



WP 4/09

LA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORE ALL'INTERNO DELLA UE E LE PROCEDURE PREVISTE PER IL RIENTRO

MANUELA TIRINI

Avvocato del Foro di Bologna

membro del Network Reunite International - London

LA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORE ALL'INTERNO DELLA UE E LE PROCEDURE PREVISTE PER IL RIENTRO

di **MANUELA TIRINI**

Premessa

Con il termine sottrazione internazionale di minore si intende l'atto con cui un genitore decide volontariamente, unilateralmente e senza il consenso dell'altro, di sottrarre il figlio all'altro genitore con l'intenzione di nascondere e di tenerlo con sé in modo permanente.

Tale fenomeno è costituito dal rapimento di un minore o dal trasferimento illegittimo dello stesso posto in essere da uno dei genitori: alla sottrazione segue la permanenza del minore in uno Stato diverso da quello di residenza abituale. L'espressione "sottrazione di minore" viene usata in riferimento sia ai casi in cui uno dei genitori trasferisce illegittimamente il figlio all'estero, sia ai casi in cui viene impedito al minore il rientro nell'abituale Paese di residenza dopo un trasferimento avvenuto per causa legittima (esempio tipico è il periodo di vacanza, terminato il quale il genitore che ha portato con sé il figlio non lo fa rientrare nel paese di residenza abituale).

Negli ultimi anni il fenomeno della sottrazione internazionale è aumentato esponenzialmente.

L'incremento del numero delle sottrazioni pare essere proporzionale a quello, conseguente al processo di integrazione europea, dei matrimoni e delle unioni cosiddette "miste".

Infatti le storie dei figli contesi tra genitori separati o divorziati o anche tra conviventi di fatto separati, già difficili quando i genitori vivono e appartengono allo stesso Stato, diventano ancor più complicate da gestire quando sorgono in situazioni internazionali. Il primo problema che si pone, come ovvio, è quello del mantenimento di una stabile relazione affettiva del minore con entrambi i genitori, spesso reso difficile dalle distanze, non solo geografiche, ma sovente anche culturali e sociali.

Parlare di sottrazione internazionale di minori significa, quindi, affrontare il problema di minori contesi tra genitori di diversa nazionalità, ma anche di minori contesi tra due mondi culturali

che si differenziano molto spesso oltre che per nazionalità, anche per religione, per tradizioni, per sviluppo socio-economico e non ultimo per ordinamento giuridico. In altre parole, la sottrazione internazionale di minore comporta per il bambino non solo il terribile distacco da una delle due figure genitoriali, ma anche l'abbandono del più ampio contesto di vita nel quale il bambino era inserito.

Già nella Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991 n. 176, viene sancito il diritto del minore di mantenere una stabile relazione con entrambi i genitori. Tale principio, com'è a tutti ben noto, è stato rafforzato, nell'ordinamento italiano, dalla legge 54/2006.

In particolare l'art. 9 della suddetta Convenzione sancisce il diritto del fanciullo, separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambe le figure genitoriali, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo.

Anche la Corte di Cassazione ha precisato più volte che ciò che più rileva è l'interesse del minore a non essere arbitrariamente sottratto al suo ambiente di vita: in ciò il senso della Convenzione Aja 1980 (rafforzata dal REG. CE 2201/2003) finalizzata a ripristinare la situazione di fatto antecedente alla sottrazione.

La correlazione tra l'art. 30 e l'art. 2 della Costituzione pone un limite invalicabile alla discrezionalità educativa del genitore nel rispetto della personalità e dei diritti inviolabili e fondamentali. Il genitore, anche qualora legittimo affidatario del minore, non può arbitrariamente privare il figlio dell'altra figura genitoriale di riferimento ma ha anzi l'obbligo di educare e sensibilizzare il minore ad avere un rapporto continuativo con l'altro genitore.

Lo sradicamento del minore dall'ambiente nel quale è cresciuto e ha sempre vissuto, dove ha costruito il centro dei suoi affetti e interessi e i primi importanti punti di riferimento nella delicata fase della crescita e della formazione della personalità, è un vero e proprio atto di violenza, suscettibile di arrecare grave pregiudizio al benessere psico-fisico del bambino.

Nei casi di sottrazione, come in tutte le decisioni relative ai fanciulli, deve pertanto essere tutelato in via preminente il superiore interesse del minore a coltivare un rapporto costante e paritetico con entrambi i genitori e a conservare l'ambiente in cui il minore si è integrato e coltiva le relazioni più significative.

La finalità degli strumenti di diritto internazionale e comunitario che disciplinano la materia è quindi quella di garantire il rapido rientro del minore nel suo luogo di residenza abituale ed ivi ristabilire il rapporto genitoriale e i legami familiari e sociali arbitrariamente interrotti dall'evento traumatico della sottrazione.

1. La procedura per il rientro del minore in caso di sottrazione circoscritta al territorio dell'Unione europea

Quando l'episodio di sottrazione internazionale rimane circoscritto al territorio dell'Unione europea, ovvero il minore, abitualmente residente in uno Stato membro, viene illecitamente condotto o trattenuto in altro Stato membro dell'UE, si applica la procedura per il ritorno del minore prevista dalle disposizioni della Convenzione de L'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, ratificata da tutti gli Stati dell'Unione europea, integrata dalle disposizioni del successivo Regolamento CE 2001/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale.

Nelle relazioni tra Stati membri dell'UE, pertanto, le disposizioni del Regolamento (CE) prevalgono su quelle della Convenzione.

1.1 La procedura d'urgenza prevista per il rimpatrio del minore illecitamente sottratto.

Punto cruciale della Convenzione de L'Aja, integrata e rafforzata dal Regolamento Comunitario 2201/2003, è garantire una protezione tempestiva ed efficace del minore, quale parte oggettivamente debole.

Prioritario ed essenziale è agire con immediatezza sia per contenere il danno arrecato al corretto ed equilibrato sviluppo psicologico del minore dalla privazione di un genitore, sia per evitare che il minore si integri nello Stato e nell'ambiente in cui si trova a seguito della sottrazione, rendendo più traumatico o addirittura inopportuno il ritorno del minore nel paese di residenza abituale.

Il trattato convenzionale è nato quindi come procedura d'urgenza volta ad assicurare l'immediato rientro del minore nel suo Stato di residenza abituale.

Nella trattazione dell'istanza di ritorno del minore sottratto, l'autorità giurisdizionale o amministrativa deve agire con la massima celerità, avvalendosi delle procedure d'urgenza previste dall'ordinamento giuridico dello Stato richiesto (artt. 2 e 11) e il provvedimento di ritorno deve essere emesso al più tardi entro il termine di sei settimane dal ricevimento dell'istanza di rimpatrio (art. 11).

Come precisa il Regolamento CE (art. 11.3), tale termine può essere superato solo in presenza di circostanze eccezionali, esplicitate e motivate, che ne rendano impossibile l'osservanza.

La procedura convenzionale d'urgenza si applica ad ogni minore che abbia la propria residenza abituale in uno Stato Contraente immediatamente prima della violazione dei diritti di affidamento o di visita e non abbia compiuto il 16° anno di età.

La Convenzione presuppone inoltre l'illiceità del trasferimento o del mancato rientro, ossia che entrambi (trasferimento o mancato rientro) siano avvenuti in violazione di un diritto di affidamento, esercitato di fatto dal genitore che ha subito la sottrazione e a questi attribuito dalla legislazione o da una decisione giudiziaria o amministrativa dello Stato ove il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima della sottrazione.

Una volta presentata l'istanza di rientro, o per il tramite dell'Autorità Centrale, o in via diretta ex art. 29 Conv. Aja, la competenza a trattare della medesima spetta alle autorità dello Stato

ove il minore è stato trasferito o trattenuto, e di fronte ad esse viene instaurato il procedimento per il rimpatrio.

L'art. 12 della Convenzione stabilisce che, se l'istanza di rimpatrio viene presentata prima del decorso di un anno dal trasferimento o mancato ritorno del minore nello Stato di residenza abituale, l'autorità giudiziaria di fronte alla quale pende il procedimento di rimpatrio, accertata l'esistenza dei presupposti per l'applicazione della procedura convenzionale e, in primis, l'illiceità del trasferimento/trattenimento, ha l'obbligo di ordinare l'immediato ritorno del minore.

Anche una volta emesso il provvedimento di ritorno del minore, tuttavia, l'effettività e la rapidità del rientro del medesimo nello Stato di residenza abituale risultano spesso compromesse nel caso in cui la decisione di rimpatrio non risulti immediatamente esecutiva.

Nel silenzio della Convenzione de L'Aja, infatti, l'esecutività della decisione giudiziaria è rimessa alle previsioni degli ordinamenti degli Stati Contraenti. In molti ordinamenti si riconosce efficacia esecutiva solo alle decisioni giudiziarie passate in giudicato, esauriti tutti i gradi di giudizio o scaduti i termini per l'impugnazione e, anche negli ordinamenti che, come quello italiano, riconoscono l'immediata esecutività dei provvedimenti di primo grado, se la decisione viene sottoposta a impugnazione o riesame, l'esecutività del provvedimento può comunque essere sospeso, su istanza di parte, in attesa di definizione del giudizio.

Per ovviare a questi inconvenienti, l'interpretazione autentica dell'art. 11.3 del Regolamento CE, in cui si ribadisce l'obbligo di addivenire alla pronuncia di ritorno del minore nel termine di sei settimane, imporrebbe di considerare tale termine valido anche per l'esecutività della decisione di rientro. Di fatto tale termine non viene mai rispettato.

Alla luce delle disposizioni della Convenzione e del Regolamento, quindi, il rigetto dell'istanza di rientro è da considerarsi ipotesi eccezionale, subordinata al prodursi di determinate e specifiche circostanze, previste in maniera tassativa dall'art. 13 della Convenzione de L'Aja. Tali circostanze devono essere debitamente provate dalla parte resistente.

Il diniego può fondarsi innanzitutto sulla prova che il genitore affidatario, al momento della sottrazione, non esercitava di fatto il diritto di custodia o comunque aveva prestatato, anche ex post, il suo consenso al trasferimento o mancato rientro del minore (art. 13.1 lett. a).

È inoltre possibile addivenire ad un rigetto dell'istanza di rimpatrio qualora sia addotta prova che il ritorno alla residenza abituale determinerebbe nel minore il fondato rischio di essere esposto a pericoli fisici o psichici o di trovarsi in una situazione intollerabile (art. 13.1 lett. b). Si tratta dell'eccezione invocata più frequentemente dal genitore che si oppone al rimpatrio. Nella prassi è infatti assai frequente che il genitore che trasferisce o trattiene all'estero il figlio minore presenti, immediatamente prima della sottrazione, una denuncia per minacce o violenze ai danni propri o del minore contro il genitore coaffidatario o i di lui prossimi congiunti. Invero si tratta spesso di argomentazioni pretestuose aventi l'unico obiettivo di impedire il rimpatrio del minore nel tentativo di legittimare la commessa sottrazione di fronte all'autorità, e facendola apparire come un gesto estremo dettato dalla necessità di salvare se stesso e/o il figlio dai gravi rischi e pregiudizi provocati dalla condotta irresponsabile dell'altro genitore.

Alla luce di tali circostanze, il Regolamento CE, ad integrazione di quanto stabilito nella Convenzione de L'Aja del 1980, è intervenuto a limitare l'applicazione di tale eccezione al rimpatrio, stabilendo che il giudice del rimpatrio è comunque obbligato a ordinare il ritorno del

minore (“non può rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore”, secondo la dizione dell’art. 11.4) qualora sia dimostrato che, nello Stato di residenza abituale del medesimo, sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo rientro. Ad esempio, in caso di eccezioni afferenti l’adeguatezza all’esercizio della potestà genitoriale da parte del genitore vittima della sottrazione, è sufficiente che, a mero titolo di esempio, quale misura a protezione del minore nello Stato di residenza abituale, venga disposta un’attività di controllo da parte del Servizio sociale competente. L’idoneità del genitore sottratto all’esercizio dei diritti-doveri contenuti nell’istituto della potestà genitoriale è questione inerente il merito della controversia e sarà quindi trattata in separato giudizio di merito senza poter avere alcun effetto sugli esiti del procedimento di rimpatrio.

1.2 L’ascolto del minore.

L’art. 13. 2 della Convenzione prevede che l’autorità giudiziaria competente possa non ordinare il ritorno del minore se questi, nel corso del procedimento di rimpatrio, manifesti la sua opposizione al rientro nella residenza abituale.

La previsione della Convenzione è rafforzata dall’art. 11.2 del Regolamento CE che prescrive l’obbligo di ascoltare il minore nel corso della trattazione della domanda di rientro, a meno che ciò risulti inopportuno in relazione all’età e al grado di maturità da questi raggiunti. Ne consegue che il mancato ascolto o il diniego dell’ascolto non opportunamente motivato dal giudice sulla base di argomentazione relativa alla capacità di discernimento raggiunta dal minore, possono costituire motivo di impugnazione della decisione di accoglimento o rigetto dell’istanza di rimpatrio.

Anche alla luce della Convenzione europea di Strasburgo sull’esercizio dei diritti del fanciullo, nei procedimenti giudiziari che lo interessano, qualora il minore sia ritenuto dotato di capacità di discernimento, questi ha il diritto di essere consultato, di esprimere la propria opinione e di essere informato sulle conseguenze pratiche del suo parere e di qualunque eventuale decisione (art. 3). Pertanto, nei casi che lo richiedono, prima di giungere a qualunque decisione ed a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, il giudice è tenuto a consultarlo e a permettergli di esprimere la propria opinione tenendola poi nella dovuta considerazione (art. 6).

1.3 L’integrazione del minore nel nuovo ambiente

In base all’art. 12 della Convenzione de L’Aja, qualora l’istanza di rimpatrio sia stata presentata dopo un anno dall’avvenuto trasferimento o mancato rientro del minore, l’obbligo di ordinarne il ritorno viene meno se si dimostra che il minore si è integrato nel nuovo ambiente e, pertanto, un nuovo ulteriore distacco risulterebbe inopportuno e pregiudizievole.

1.4 Rimpatrio e affidamento

La decisione sul rimpatrio e quella sull’affidamento sono autonome e indipendenti¹. Per un verso la decisione sul rientro non pregiudica il merito del diritto di custodia (art. 19 della

¹ La Convenzione de L’Aja del 25 ottobre 1980 sugli effetti civili della sottrazione internazionale di minori, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 64 del 1994 distingue nettamente, all’art. 5, il diritto di affidamento – che comprende quelli concernenti la cura della persona del minore, e, in particolare, il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza – dal diritto di visita, che comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo, e prevede per le due situazioni una tutela differenziata, sancendo, all’art. 12, l’immediato ritorno del minore nello Stato di residenza abituale esclusivamente per l’ipotesi di illecito trasferimento o trattenimento, che ricorre solo in caso di violazione del diritto di affidamento o custodia.

Convenzione), per altro verso, anche qualora nello Stato richiesto o in quello di residenza abituale sia stata emessa una decisione sull'affidamento favorevole al genitore che ha effettuato la sottrazione, tale pronuncia non può fondare il rigetto dell'istanza di ritorno (art. 17) – salva la possibilità della sola considerazione delle ragioni motivazionali contenute nel provvedimento decisorio reso in ordine al procedimento di merito.

Ciò nondimeno il procedimento di rimpatrio, in quanto dotato del carattere d'urgenza, "prevale" sui procedimenti di merito pendenti. Alla luce dell'art. 16 della Convenzione "le autorità giudiziarie o amministrative dello Stato nel quale il minore è stato trasferito o è trattenuto non potranno deliberare nel merito dei diritti di affidamento" per tutta la durata del procedimento relativo al ritorno del minore. Pertanto, se nelle more del procedimento convenzionale viene instaurato, di fronte ad un giudice dello Stato richiesto, un processo relativo ai diritti di custodia, questo viene sospeso, su istanza di parte, fino alla definizione della domanda di ritorno.

Si dispone pertanto una sorta di interruzione delle deliberazioni dei procedimenti civili e amministrativi eventualmente intrapresi da uno dei genitori per influire, tramite la formazione di una nuova situazione giuridica, sulle decisioni relative alla sottrazione.

In base a quanto prescritto dall'art. 9 della Convenzione de L'Aja del 1961, e a quanto più recentemente previsto dal Reg. CE all'art. 20, tuttavia, possono essere adottate le misure provvisorie e urgenti che si rendano necessarie per garantire la protezione del minore (o dei suoi beni).

Alla luce dei principi che regolano la litispendenza internazionale, cui la Convenzione de L'Aja non deroga, la competenza a pronunciarsi nel merito dei diritti di custodia spetta all'autorità giudiziaria adita per prima. Come prevede l'art. 19.2 del Regolamento CE, "qualora dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diversi siano state proposte domande sulla responsabilità genitoriale su uno stesso minore, aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita. Quando la competenza dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita è stata accertata, l'autorità successivamente adita dichiara la propria incompetenza a favore dell'autorità giurisdizionale preventivamente adita".

Al fine di radicare la competenza nel merito della controversia nello Stato di residenza abituale del minore, diventa quindi di essenziale importanza che il genitore che ha subito la sottrazione adisca immediatamente il giudice della residenza abituale. In tal modo, parallelamente al procedimento di rimpatrio nello Stato richiesto, si svolgerà il giudizio sul merito nello Stato di residenza abituale del minore. La pendenza del procedimento di rimpatrio, infatti, può fondare l'istanza di sospensione del giudizio sul merito iniziato nello Stato in cui il minore è stato trasferito o trattenuto (art. 16 della Convenzione) ma non pregiudica il regolare proseguimento dei procedimenti sul merito instaurati di fronte al giudice della residenza abituale.

Qualora, invece, difetti il presupposto dell'illiceità del trasferimento, la Convenzione dispone all'art. 21 che, con l'ausilio dell'Autorità centrale, al genitore non affidatario sia garantito l'effettivo esercizio del diritto di visita senza peraltro indicarne specifiche modalità esecutive e senza escludere la possibilità che, in caso di scelta, rimessa al genitore affidatario, di una nuova residenza particolarmente distante, sia reso di fatto particolarmente difficile lo stesso esercizio del diritto di visita, avuto anche riguardo alla circostanza che un' eventuale disposizione che favorisse il ripristino della precedente residenza del minore comporterebbe la necessità del rientro anche del genitore affidatario, incidendo illegittimamente sulla libertà di quest'ultimo di stabilirsi nella località che ritenga più conveniente (Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza 14 luglio 2006, n. 16092).

Il Regolamento CE introduce tuttavia un correttivo, in materia di sottrazione internazionale di minori, alla disciplina di diritto internazionale privato relativa alla litispendenza internazionale e al principio di prevenzione. Il Regolamento si ispira infatti al principio secondo il quale il giudice dello Stato membro di residenza abituale del minore, in quanto maggiormente vicino ai suoi interessi e consapevole del suo vissuto, debba restare competente a decidere nel merito della controversia anche dopo la sottrazione.

In particolare, l'art. 10 del Regolamento prevede che "l'autorità dello Stato nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o mancato rientro conserva la competenza giurisdizionale" nel merito della controversia. Il trasferimento di competenza al giudice dello Stato in cui il minore si trova a seguito della sottrazione è consentito solo in due circostanze: se il minore ha acquisito la residenza abituale nello Stato richiesto e il titolare del diritto di affidamento ha accettato la sottrazione oppure se il minore si è integrato nel nuovo ambiente ed è soddisfatta almeno una delle seguenti condizioni: a) entro un anno dalla notizia della sottrazione non è stata presentata domanda di ritorno, b) la domanda di ritorno è stata ritirata senza essere ripresentata entro l'anno; c) il procedimento è già stato definito di fronte al giudice dello Stato di residenza abituale del minore con una pronuncia a norma dell'art. 11.7 del Regolamento CE o con una decisione sull'affidamento che non prevede il rientro del minore.

Il Regolamento CE offre un rimedio in extremis per ottenere il rientro del minore anche nei casi in cui la domanda di rimpatrio sia stata rigettata sulla base di una delle eccezioni al ritorno previste dall'art. 13 della Convenzione, lasciando quindi l'ultima parola sul rientro del minore al giudice dello Stato di residenza abituale del medesimo.

Ai sensi dell'art. 11.6 del Reg. CE, infatti, il giudice dello Stato richiesto che emette decisione contraria al ritorno del minore, deve trasmettere immediatamente all'autorità giudiziaria dello Stato di residenza abituale del minore copia del provvedimento giudiziario e dei documenti pertinenti, inclusa la trascrizione delle audizioni di fronte al giudice.

Qualora non fosse ancora stato adito da una delle parti, il giudice dello Stato di residenza abituale che riceve gli atti relativi al procedimento conclusosi con il rigetto dell'istanza di rimpatrio deve informarne le parti invitandole a presentare le proprie conclusioni. In caso di mancata presentazione delle conclusioni entro un termine di tre mesi il procedimento viene archiviato. In caso contrario, il giudice dello Stato di residenza abituale acquisisce la competenza a trattare nel merito la controversia nella sua integralità ed esamina la questione dell'affidamento e del diritto di visita, potendo anche ordinare il ritorno del minore (art. 11.7 del Reg. CE).

Pertanto, l'esistenza di un provvedimento contro il ritorno del minore, pronunciato dal giudice dello Stato in cui il minore è stato trasferito o trattenuto, non impedisce che il giudice dello Stato di residenza abituale del minore si pronunci successivamente sull'affidamento ordinando il ritorno del minore.

Tale decisione, una volta emessa, è inoltre immediatamente riconosciuta ed esecutiva in tutti gli Stati membri, senza che sia necessario richiederne l'exequatur né possibile opporsi al riconoscimento. Perché ciò sia possibile occorre che la decisione sia certificata dalla stessa autorità giudiziaria che ha ordinato il rientro del minore (art. 42.1 del Regolamento CE). Questa rilascia cioè un certificato, redatto sulla base del modello contenuto nell'allegato IV del Regolamento, in cui si attesta che le parti e il minore – salvo fosse inopportuno in ragione della sua età e grado di maturità – hanno avuto la possibilità di essere ascoltati nel corso del procedimento e che, nel corso dell'istruttoria, sono stati tenuti in debito conto gli elementi

giuridici e probatori che indussero il giudice dello Stato richiesto alla decisione contraria al rientro del minore (art. 42. 2).

Il certificato può essere rilasciato non solo quando la decisione è diventata esecutiva in base al diritto nazionale applicabile ma anche quando è il giudice stesso ad ordinarne l'esecutività nonostante la pendenza di eventuali impugnazioni (art 42.1).

2. L'orientamento della giurisprudenza italiana

Nella necessaria premessa che la giurisprudenza nella materia de qua non è copiosa, si riportano di seguito alcune delle pronunce che si ritengono più esemplificative degli argomenti trattati. Con la necessaria precisazione circa il fatto che, purtroppo, le pronunce di merito sono diversificate e spesso non rispondenti al dettato convenzionale e comunitario.

2.1. Sulla residenza abituale del minore

La Suprema Corte ricostruisce la nozione di residenza abituale del minore prevista dall'art. 3 della Convenzione de L'Aja, con riferimento al luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, derivanti dallo svolgersi in tale località della sua quotidiana vita di relazione². L'accertamento della residenza abituale è riservato all'apprezzamento del giudice del merito e, pertanto, se congruamente e logicamente motivato, è incensurabile in sede di legittimità.

2.2. Sull'illiceità del trasferimento o trattenimento del minore all'estero

La Corte di Cassazione, Sez. I Civile, con sentenza 14 luglio 2006, n. 16092, ha statuito che, in regime di affidamento esclusivo, non è illecito il trasferimento all'estero del minore compiuto dal genitore unico affidatario, cui va riconosciuto il diritto di stabilire la propria residenza all'estero portando con sé il figlio minore. Il diritto di affidamento comprende infatti anche il diritto di decidere liberamente riguardo la residenza del minore (art. 5 Convenzione de L'Aja). Neppure il fatto che la nuova residenza sia particolarmente distante dalla precedente, rendendo maggiormente difficile l'esercizio del diritto di visita, può limitare il diritto di scelta del genitore affidatario. Pertanto, in caso di trasferimento legittimo, il genitore non affidatario non ha titolo per richiedere il rientro del minore. Il ripristino della precedente residenza del minore comporterebbe infatti la necessità del rientro anche del genitore affidatario, incidendo illegittimamente sulla sua libertà di stabilirsi nella località che ritenga più conveniente. Il genitore non affidatario, con l'ausilio dell'Autorità centrale, può tuttavia ottenere che gli sia garantito l'effettivo esercizio del diritto di visita (art. 21, Convenzione de L'Aja).

² Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza 7 luglio 2008, n. 18614; Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza 16 febbraio 2008, n. 3798; Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza 3 maggio 2005, n. 2093; Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza 14 luglio 2006, n. 16092, precisa inoltre che, anche nel caso di una breve permanenza del minore in un determinato Stato, questo può essere considerato come sua residenza abituale se si evince la seria intenzione del genitore affidatario di stabilirsi durevolmente nello Stato ove ha intrapreso un'attività lavorativa e avviato un nuovo legame affettivo.

In materia di affidamento condiviso, invece, il Tribunale di Venezia, con ord. 19 gennaio 2008, ha ritenuto che la decisione relativa al luogo di residenza del figlio minore debba essere adottata dai genitori affidatari nel pieno accordo di entrambi, con la conseguenza che l'espatrio del minore senza il consenso dell'altro genitore co-affidatario e il suo trattenimento all'estero integrano l'illecito trasferimento del minore (con contestuale applicazione della Convenzione de L'Aja del 1980 e del Regolamento CE 2201/2003 per i paesi UE). Ritenuta pertanto "arbitraria" la scelta del genitore che ha mutato la residenza del figlio senza il consenso dell'altro genitore, co-affidatario, viene disposto il rientro immediato del minore nella sua residenza abituale e l'affidamento in via esclusiva in capo all'altro genitore, prescrivendo altresì il divieto di espatrio del minore senza il consenso del genitore affidatario in via esclusiva.

A fronte della manifesta illiceità del comportamento del genitore co-affidatario responsabile della sottrazione, il Tribunale per i Minorenni di Palermo, con decreto 8 luglio 2008, prende atto dell'incapacità del "sottrattore" di svolgere responsabilmente e adeguatamente il proprio ruolo genitoriale e procede ad una modifica del regime di affidamento, da condiviso a monogenitoriale (in capo, ovviamente, al genitore vittima della sottrazione), ivi ritenendo di ravvisare le ragioni "eccezionali" di cui all'art. 155-bis c.c. per le quali derogare alla regola dell'affidamento condiviso.

In senso contrario il Tribunale di Messina, il quale, con sentenza 19 gennaio 2008, preso atto del mancato rientro in Italia del minore, affidato in via condivisa ad entrambi i genitori, collocato in Italia presso la madre e condotto all'estero ad opera della stessa, ha confermato la collocazione del minore presso l'abitazione materna, alla luce del preminente interesse del medesimo ad avere accanto a sé la figura materna. In particolare, il Tribunale ha ritenuto che, anche in regime di affidamento condiviso, una volta intervenuta l'autorizzazione a vivere separati, non si possa condizionare o limitare in alcun modo la scelta di uno dei coniugi di allontanarsi da quello che era il luogo di residenza della famiglia. Pertanto, il giudice della separazione, pur biasimando l'unilateralità della scelta compiuta dalla ricorrente, ha escluso l'opportunità di una radicale revisione del regime di affidamento e di una diversa individuazione del genitore con cui il minore ordinariamente vive, confermando la collocazione del minore presso la madre, nello Stato ove era stato condotto a seguito della sottrazione.

2.3. Sulle condizioni ostative al ritorno del minore ai sensi dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja del 1980

La ricorrenza dell'ipotesi di deroga all'obbligo di immediata restituzione del minore, prevista dall'art.13.1 lett. b della Convenzione de L'Aja del 1980, per il caso in cui sussista un fondato rischio che il minore, per il fatto del suo rientro, sia esposto a pericoli fisici e psichici o ad una situazione intollerabile, esige la valutazione di elementi probatori, attraverso un'indagine di fatto, sottratta al controllo di legittimità³. La Suprema Corte esclude l'obbligo per il Tribunale per i Minorenni di disporre in ogni caso la consulenza tecnica o di chiedere informazioni all'Autorità competente dello Stato di residenza del minore, riguardo alla sua situazione

³ Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza 7 luglio 2008, n. 18614 ha affermato che l'adozione di un provvedimento limitativo della potestà genitoriale, ai sensi dell'art. 330 c.c., non può fondare, in base alla Convenzione de L'Aia del 1980, il rifiuto di riconsegna del minore illegittimamente trattenuto all'estero o sottratto dal suo luogo di residenza abituale, ma le motivazioni di quel provvedimento possono essere oggetto di considerazione da parte del giudice chiamato ad applicare la Convenzione.

sociale, essendo tenuto esclusivamente a considerare adeguatamente le eventuali informazioni fornite dall'Autorità centrale.

2.4. Sull'ascolto del minore

L'articolo 13, comma 2°, della Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale di minori riguarda un'ipotesi di esclusione dell'ordine di rimpatrio che ricorre allorché il minore vi si oppone, sempre che costui abbia raggiunto "un'età e un grado di maturità" tali da giustificare il rispetto della sua opinione.

L'ascolto del minore avente capacità di discernimento ha una rilevanza cognitiva, in quanto l'esito dei colloqui consente al giudice di valutare direttamente se sussista o meno il fondato rischio, per il minore medesimo, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici o psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile⁴. Nell'indagine sul raggiungimento da parte del minore di un'adeguata capacità di discernimento, al fine di esprimere una volontà idonea a opporsi al rimpatrio, il giudice non è tenuto a procedere all'audizione del minore secondo modalità particolari (ad esempio, procedendo all'esperimento di una consulenza tecnica d'ufficio), purché le ragioni del rifiuto siano adeguatamente motivate⁵.

La volontà del minore di opporsi al rientro non indica comunque 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 del Tribunale per i Minorenni – non abbia ancora raggiunto l'età e il grado di maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione; in tal caso, l'ascolto del minore, avente capacità di discernimento, ha una rilevanza cognitiva, in quanto l'esito di quei colloqui consente al giudice di valutare direttamente se sussista o meno il fondato rischio, per il minore medesimo, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici o psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile⁶.

2.5. La procedura ai sensi dell'art. 11, c. 6 e 7 del Regolamento CE 2201/2003⁷

Le autorità giudiziarie dello Stato di residenza abituale del minore possono dotare di esecutività immediata la decisione giudiziaria che dispone il ritorno del minore, mediante l'adozione del certificato previsto dal Regolamento CE n. 2201/2003, a condizione che lo Stato di esecuzione abbia adottato un atto contrario al ritorno prima del provvedimento dello Stato di origine. Una volta che un provvedimento contro il ritorno di un minore sia stato emanato e

⁴ Secondo Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza 27 luglio 2007, n. 16753, ai sensi dell'articolo 13.1, lett. b e art.13.2 della Convenzione, non viene disposto il ritorno del minore in ragione dell'opposizione da questi manifestata al rientro. È opportuno tenere conto del parere espresso dal minore, la cui capacità di discernimento sia stata valutata e riscontrata in ragione dell'età del minore, del suo grado di maturità e della piena consapevolezza da questi dimostrata circa l'importanza della vicenda e del ruolo assunto dal minore. Contribuiscono alla decisione anche il favorevole apprezzamento del comportamento e della convinzione manifestata dal minore nell'esprimere la propria volontà di non tornare e di rimanere a vivere con il genitore sottrattore e la valutazione che la decisa e precisa scelta del minore non sia determinata dall'influenza esercitata dal genitore sottrattore o dal desiderio del minore di assecondarlo. Corte di Cassazione, Sez. I Civ., sentenza 30 maggio 2008, n. 14550 ha affermato che è onere della parte ricorrente indicare quali tra gli acquisiti elementi avrebbero dovuto portare ad escludere la capacità di discernimento del minore, riconosciutagli dal giudice minorile.

⁵ Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza 15 febbraio 2008, n. 3798.

⁶ Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza 27 luglio 2007, n. 167.

⁷ Corte di Giustizia delle Comunità europee, Sez., III, sentenza 11 luglio 2008, n.195/08; Corte di Giustizia delle Comunità europee, Sez. III, sentenza 11 luglio 2008, n. 198/08 PPU.

portato a conoscenza del giudice d'origine, è irrilevante, ai fini del rilascio del certificato previsto all'art. 42 del Regolamento CE n. 2201/2003, che tale provvedimento sia stato sospeso, riformato, annullato o comunque non sia passato in giudicato o sia stato sostituito da un provvedimento di ritorno, quando il ritorno del minore non ha effettivamente avuto luogo.

Il certificato di esecutività ha immediata applicazione, anche se il provvedimento dello Stato di esecuzione può essere annullato o impugnato. La parte interessata può chiedere il non riconoscimento della decisione certificata anche nel caso in cui non abbia presentato in precedenza istanza di riconoscimento. Se non è stato sollevato alcun dubbio in merito all'autenticità del certificato e quest'ultimo è stato redatto conformemente al formulario il cui modello è riportato all'allegato IV del Regolamento, l'opposizione al riconoscimento del provvedimento di ritorno è vietata e al giudice adito spetta solo constatare l'esecutività del provvedimento certificato e pronunciare il ritorno immediato del minore. L'esecutività di una decisione che prescrive il ritorno di un minore, successiva ad un provvedimento contro il ritorno, beneficia infatti dell'autonomia procedurale al fine di non ritardare il ritorno del minore illecitamente trasferito o trattenuto in uno Stato membro diverso da quello in cui aveva la sua residenza abituale.

In tema di sottrazione internazionale di minore da parte di uno dei genitori, il provvedimento emesso ex art. 330 ss. c.c. dal giudice nazionale ignaro dell'illecito trasferimento o trattenimento, non può costituire un motivo legittimo di rifiuto del rientro del minore presso la sua residenza abituale⁸.

3. Conclusioni

Pur nella vigenza, al di sopra delle norme di diritto interno, di un Regolamento Comunitario che dovrebbe essere ottemperato nella sua interezza, è ben evidente che ancora oggi, ad alcuni anni dall'entrata in vigore del suddetto Regolamento CE, si è ancora ben lontani da un diritto comune europeo.

Vi è ancora la tendenza da parte di ogni Stato aderente all'Unione europea, e ciò vale soprattutto per gli Stati di nuovo ingresso UE, ad applicare in primis la legge nazionale, e si fatica, con grande evidenza, ad utilizzare uno strumento comunitario che, se applicato, risolverebbe molti conflitti di giurisdizione e molti contrasti di giudicati, a beneficio degli interessi del minore.

⁸ Corte di Cassazione, Sez. I Civile, sentenza 7 luglio 2008, n. 18614, nella fattispecie, il giudice, nell'emettere nei confronti di un coniuge un provvedimento provvisorio e urgente di limitazione della potestà genitoriale e di divieto di portare con sé i figli all'estero dove abitualmente risiedevano, non era a conoscenza che i minori erano stati illecitamente trattenuti in Italia dall'altro coniuge.