

**Regolamento CE n. 2201/03 ed esecuzione delle decisioni
in tema di affidamento dei minori**

di [Francesco Tedioli](#)

[Cass. civ. Sez. Unite, 20 dicembre 2006, n. 27188](#)

pubblicato in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2007, fasc. 11, pagg. 888-899.

A) Necessità di *exequatur* del provvedimento sull'affidamento di minore nello stato di abituale residenza dello stesso

Nella disciplina del regolamento CE n. 2201/2003, la decisione del giudice italiano, la quale modifichi una precedente scelta e sostituisca l'uno a l'altro genitore nella qualità di affidatario del figlio minore, non autorizza il nuovo affidatario a prelevare e trasferire il minore stesso dallo Stato membro in cui risiede assieme al precedente affidatario, rendendosi a tal fine necessaria la dichiarazione di esecutività di cui all'art. 28 del medesimo regolamento.

B) Mancata deduzione del difetto di giurisdizione ed impossibilità di dedurlo o rilevarlo in diversa sede.

Il difetto di giurisdizione, ove non si traduca in radicale nullità od inesistenza dell'atto, integra un vizio denunciabile con i mezzi d'impugnazione e con i rimedi accordati dalla regole del procedimento nel quale l'atto stesso si è formato, talché non può essere dedotto o rilevato in una diversa sede processuale, per confutare il titolo, ormai definitivo fatto valere a sostegno di una distinta domanda od eccezione.

Cassazione civile, sezioni Unite, 20 dicembre 2006, n. 27188

Pres. Carbone V. - Rel. Graziadei G. - P.M. Iannelli d. (Conf.) – M. c. S

Famiglia – Potestà dei genitori - Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale - Regolamento CE n. 2201/2003 - Principio generale dell'automatico riconoscimento - Portata e limiti - Attività modificativa della situazione in atto - Previa notificazione e apposita declaratoria di esecutività - Necessità - Conseguenze.

In tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale, nella disciplina del regolamento CE del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201/2003, le decisioni sull'esercizio della responsabilità genitoriale, se non si sottraggono al principio generale dell'automatico riconoscimento (restando l'eventuale disconoscimento subordinato ad iniziativa di parte), non possono, solo perché riconosciute, essere poste in esecuzione, vale a dire non possono costituire titolo per un'attività modificativa

della situazione in atto, all'uopo occorrendo, oltre alla previa notificazione, la apposita declaratoria di esecutività, su istanza dell'interessato, di cui all'art. 28 del citato regolamento. Ne deriva che la decisione del giudice italiano, la quale modifichi una precedente scelta e sostituisca l'uno all'altro genitore nella qualità di affidatario del figlio minore, non autorizza il nuovo affidatario a prelevare e trasferire il minore stesso dallo Stato membro in cui risieda assieme al precedente affidatario, rendendosi a tal fine necessaria, la dichiarazione di esecutività. (Cassa con rinvio, Trib. Minorenni Napoli, 15 Febbraio 2006)

Giurisdizione civile – Giurisdizione in generale – Difetto di giurisdizione - in genere - Vizio relativo - Deduzione e rilievo - Titolo definitivo fatto valere in una diversa sede processuale a sostegno di una distinta domanda od eccezione - Possibilità di dedurre o rilevare, in quella diversa sede, il difetto di giurisdizione a confutazione del titolo - Esclusione.

Il difetto di giurisdizione, ove non si traduca in radicale nullità od inesistenza dell'atto in ragione della sua provenienza da un organo non incluso fra quelli cui l'ordinamento astrattamente riconosce attribuzioni giurisdizionali, integra un vizio denunciabile con i mezzi d'impugnazione e con i rimedi accordati dalla regole del procedimento nel quale l'atto stesso si è formato, di modo che non può essere dedotto o rilevato in una diversa sede processuale, per confutare il titolo, ormai definitivo (sia pure "rebus sic stantibus"), fatto valere a sostegno di una distinta domanda od eccezione. (Cassa con rinvio, Trib. Minorenni Napoli, 15 Febbraio 2006)

Sommario

1. Il caso
2. La disciplina dell'affidamento, del diritto di visita e della sottrazione di minori nelle convenzioni internazionali
3. La responsabilità genitoriale nel regolamento (CE) n. 2201/2003

Il fatto

C.M.L., madre di S.C., nata il (OMISSIS) dalla sua unione con l'avv. S.L., il (OMISSIS) ha presentato ricorso al Tribunale per i Minorenni di Napoli deducendo:

- che, in base a provvedimento dello stesso Tribunale, confermato dalla Corte d'Appello di Napoli, era stata nominata affidataria della minore, con l'obbligo di stabilire la propria residenza nella penisola sorrentina;
- che, ritenendo tale limitazione inefficace, per contrasto con la Costituzione ed il Trattato istitutivo della UE, il 2 aprile 2005 si era trasferita in (OMISSIS), suo paese di origine, fissando la residenza insieme alla figlia nella regione di (OMISSIS);
- che il padre, contestando la legittimità di tale trasferimento, aveva nuovamente adito il Tribunale per i minorenni di Napoli, chiedendo l'affidamento della figlia;
- che l'istanza, respinta in primo grado, era stata accolta dalla Corte d'Appello di Napoli; sezione per i Minorenni, con Decreto depositato il 14 dicembre 2005;
- che il (OMISSIS) lo S. aveva prelevato la bambina, esercitando il diritto di visita, e l'aveva riportata in Italia.

Su queste premesse la C. ha chiesto che si disponesse l'immediato rientro in (OMISSIS) della minore, sostenendo che il contegno del padre configurava arbitraria sottrazione, dato che il provvedimento del 14

dicembre 2005 era nullo, per carenza di giurisdizione, e comunque era inefficace, in carenza di exequatur da parte della competente autorità spagnola.

Il Tribunale, con decreto del 15 febbraio 2006, ha respinto la domanda.

Rilevando preliminarmente che trovava applicazione il regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 (entrato in vigore il 1 marzo 2005 e prevalente sulle convenzioni di Lussemburgo del 20 maggio 1980 e di L'Aja del 25 ottobre 1980), ha ritenuto il Tribunale che detto provvedimento del 14 dicembre 2005 fosse valido ed efficace titolo giustificativo del comportamento dello S.; in particolare ha osservato che il provvedimento stesso:

- non era nullo per difetto di giurisdizione, dato che lo S. aveva presentato la domanda per la modifica dell'affidamento entro tre mesi dal trasferimento della figlia in Spagna e che di conseguenza operava l'art. 9, comma 1 del citato regolamento sull'ultrattività per un trimestre della competenza giurisdizionale del giudice della precedente residenza abituale della minore;
- era immediatamente efficace in tutti i paesi della Comunità, ai sensi dell'art. 21, comma 1 di detto regolamento, non sussistendo le situazioni ostative di cui all'art. 23 (la C., rimasta contumace davanti alla Corte d'Appello, aveva avuto notizia del relativo procedimento dal suo precedente difensore ed aveva del resto dichiarato di non essere comparsa in quella sede optando per una successiva iniziativa dinanzi all'autorità giudiziaria spagnola).

La cassazione della pronuncia del Tribunale è stata chiesta dalla C., con ricorso notificato il 10 marzo 2006 ed articolato in tre censure.

Lo S. ha replicato con controricorso, pregiudizialmente deducendo l'inammissibilità del ricorso, per carenza dell'esposizione sommaria dei fatti di causa, ed inoltre prospettando l'esigenza d'integrare il contraddittorio nei confronti del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Napoli e nei confronti del Procuratore generale presso questa Corte;

ha contestualmente proposto ricorso incidentale, con un unico motivo d'impugnazione.

La ricorrente principale ha depositato memoria.

La motivazione

I ricorsi devono essere riuniti, in applicazione dell'art. 335 cod. proc. civ..

Il ricorso principale, contrariamente a quanto assume il resistente e ricorrente incidentale, menziona (pagg. 1 - 5) tutti i dati indispensabili per la cognizione della vicenda processuale, negli sviluppi influenti per la definizione delle questioni proposte in questa sede, e, quindi, non manca del requisito di cui all'art. 366 cod. proc. civ., comma 1, n. 3.

Quanto all'integrità del contraddittorio, va considerato che la controversia è insorta con la domanda proposta da un genitore contro l'altro, non su iniziativa del Pubblico Ministero, contemplata dalla L. 15 gennaio 1994, n. 64, per il diverso caso di richiesta di rimpatrio avanzata dall'Autorità centrale, e che, pertanto, si resta nell'ambito dell'intervento obbligatorio del medesimo pubblico ministero, assicurato nel giudizio di legittimità dalla presenza del Procuratore generale presso questa Corte.

Il secondo motivo del ricorso principale, logicamente prioritario, ripropone la tesi secondo cui il Tribunale avrebbe dovuto rilevare l'invalidità, per difetto di giurisdizione, del Decreto della Corte d'Appello del 14 dicembre 2005.

Il principio generale della competenza giurisdizionale dell'autorità dello Stato in cui il minore risiede abitualmente, osserva la ricorrente, non poteva trovare deroga nelle previsioni dell'art. 9, comma 1 del regolamento n. 2201/2003, il quale, contemplando la persistenza per tre mesi della giurisdizione del Giudice dello Stato della precedente residenza abituale, si riferisce esclusivamente alle pronunce sul diritto di visita, non quindi alle pronunce in tema di affidamento.

Il motivo è infondato, pur richiedendo una correzione della motivazione in diritto della statuizione del Tribunale.

Il difetto di giurisdizione, ove non si traduca in radicale nullità od inesistenza dell'atto in ragione della sua provenienza da un organo non incluso fra quelli cui l'ordinamento astrattamente riconosce attribuzioni giurisdizionali, integra un vizio denunciabile con i mezzi d'impugnazione e con i rimedi accordati dalle regole del procedimento nel quale l'atto stesso si è formato, di modo che non può essere dedotto o rilevato in una diversa sede processuale, per confutare il titolo, ormai definitivo (sia pure rebus sic stantibus), fatto valere a sostegno di una distinta domanda od eccezione.

Il primo motivo del ricorso è rivolto a criticare l'affermazione del Tribunale circa la legittimità del trasferimento della minore sulla sola base del provvedimento della Corte d'Appello che ne conferiva l'affidamento al padre.

Denunciandosi il mancato coordinamento delle disposizioni dell'art. 21, comma 1 del regolamento n. 2201/2003 con quelle del successivo comma 2, e soprattutto con quelle dell'art. 28, si sostiene che lo S. avrebbe potuto avvalersi di detto provvedimento soltanto dopo averne richiesto ed ottenuto da parte del Giudice spagnolo declaratoria di esecutività.

Il motivo è fondato.

Il regolamento CE n. 2201/2003 si occupa delle decisioni di divorzio, separazione personale ed annullamento del matrimonio, ed inoltre delle decisioni in tema di "responsabilità genitoriale", in esse espressamente includendo quelle sull'affidamento dei figli minori (art. 1).

L'art. 21, comma 1, fissa il principio generale secondo cui ciascuno Stato membro riconosce le decisioni pronunciate in altro Stato "senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento", e, poi, con il comma 2, in riferimento al rapporto matrimoniale, puntualizza che tale esenzione da ulteriori procedimenti si riferisce anche agli aggiornamenti delle iscrizioni anagrafiche consequenziali a statuizioni non più impugnabili.

Il riconoscimento, dunque, è automatico. Ove sussistano le circostanze ostative elencate dagli artt. 22 e 23, o insorga l'esigenza di un accertamento negativo delle medesime circostanze (per superare eventuali contestazioni), i successivi commi di detto art. 21, contemplano e regolano il diritto dell'interessato di richiedere una pronuncia che rispettivamente neghi od affermi la riconoscibilità.

Le predette disposizioni riguardano tutte le materie dinanzi elencate, compresa quella della responsabilità genitoriale (cui del resto "espressamente si riferisce l'art. 23, contemplando i motivi di non riconoscimento delle relative decisioni).

Con specifico riferimento alle decisioni sull'esercizio della responsabilità genitoriale, emesse ed esecutive in uno Stato membro, l'art. 28, comma 1, stabilisce che "sono eseguite in un altro Stato membro dopo esservi state dichiarate esecutive su istanza della parte interessata, purchè siano state notificate".

Dal collegamento delle riportate norme emerge che le decisioni sull'esercizio della responsabilità genitoriale, se non si sottraggono al principio generale dell'automatico riconoscimento (restando l'eventuale disconoscimento subordinato ad un'iniziativa di parte), non possono, solo perchè riconosciute, essere poste in esecuzione, vale a dire non possono costituire titolo per un'attività modificativa della situazione in atto, all'uopo occorrendo, oltre alla previa notificazione, un'apposita declaratoria di esecutività, su istanza dell'interessato.

La peculiarità di tale previsione, rispetto a quelle operanti per le altre decisioni (eseguibili, in assenza di diversa disposizione, come conseguenza del riconoscimento automatico), trova logica giustificazione nella forte incidenza delle pronunce sull'affidamento del minore, quando abbisognino di esecuzione, comportando lo sradicamento del minore stesso dall'ambiente e dall'abitudini di vita in atto.

Una conferma di detta scelta del legislatore comunitario si desume a contrario dall'art. 41 del regolamento, nella parte in cui, con riguardo alle decisioni sul diritto di visita, cioè a pronunce connotate da più attenuata

interferenza sulle posizioni del minore, ne prevede "il riconoscimento e l'eseguibilità in altro Stato membro senza che sia necessaria alcuna dichiarazione di esecutività".

In conclusione, con l'accoglimento del primo motivo del ricorso principale, si deve affermare che, nella disciplina del regolamento CE n. 2201/2003, la decisione del Giudice italiano, la quale modifichi una precedente scelta e sostituisca l'uno a l'altro genitore nella qualità di affidatario del figlio minore, non autorizza il nuovo affidatario a prelevare e trasferire il minore stesso dallo Stato membro in cui risieda assieme al precedente affidatario, rendendosi a tal fine necessaria la dichiarazione di esecutività di cui all'art. 28.

Tale principio infirma il provvedimento impugnato, ove ha ritenuto che il comportamento dello S., integrante esecuzione in Spagna del provvedimento del Giudice italiano modificativo dell'affidamento, fosse assistito da titolo valido ed efficace, nonostante la carenza di dichiarazione di esecutività da parte del giudice spagnolo.

Il terzo motivo del ricorso principale, con il quale la C. assume che il Tribunale avrebbe dovuto comunque ritenere preclusa l'esecuzione del Decreto della Corte d'Appello per carenza dei presupposti di cui all'art. 23, lett. c) del regolamento (in ragione della sua contumacia nel relativo procedimento), rimane superato dall'accoglimento del primo motivo, tenendosi del resto conto che l'indagine sull'osservanza del citato art. 23 spetta, ai sensi dell'art. 31, al giudice competente sulla declaratoria di esecutività.

L'accoglimento del ricorso principale comporta, con la cassazione del decreto impugnato, la prosecuzione della causa in fase di rinvio, affinché, muovendosi dal principio dinanzi enunciato, e quindi riconoscendosi l'illegittimità del trasferimento della piccola C. posto in essere dallo S., si provveda al riesame della domanda di rimpatrio ed agli - accertamenti all'uopo occorrenti.

Resta assorbito anche il ricorso incidentale, inerente alle spese del giudizio di merito.

Al Giudice di rinvio, da designarsi nello stesso Tribunale per i minorenni di Napoli, si affida anche la statuizione sulle spese di questa fase processuale.

P.Q.M.

La Corte, a sezioni unite, riunisce i ricorsi, accoglie il primo motivo del ricorso principale, rigettando il secondo e dichiarando assorbito il terzo motivo dello stesso ricorso principale; dichiara assorbito anche il ricorso incidentale; cassa il decreto impugnato, e rinvia la causa al Tribunale per i Minorenni di Napoli, in diversa composizione, anche per le spese del presente giudizio.

1. Il caso

In seguito alla separazione tra coniugi - una cittadina spagnola ed un italiano - il Tribunale per i Minorenni di Napoli, con provvedimento confermato dalla Corte d'Appello, affida la figlia alla madre con l'obbligo di stabilire la propria residenza nella Regione Campania, ove risiede il padre.

La donna, ritenendo tale limitazione inefficace perché contrastante con la Costituzione ed il Trattato Istitutivo dell'UE, si trasferisce in Spagna e porta con sé la minore.

Il padre reagisce, contestando la legittimità del trasferimento e chiedendo al Tribunale per i Minori l'affidamento della bambina. La sua istanza, respinta in primo grado, viene accolta in appello.

Pochi giorni dopo la pronuncia, Sempronio riporta con sé la figlia in Italia, dopo averle fatto visita in Spagna. Su queste premesse, la ex moglie chiede al Tribunale per i Minorenni di disporre l'immediato rientro della figlia in Spagna, sostenendo che la condotta del padre configura un'arbitraria sottrazione della minore. Il provvedimento di affidamento al padre era, infatti, nullo per carenza di giurisdizione e, comunque, inefficace in assenza di un *exequatur* della competente autorità spagnola.

Il Tribunale adito respinge la domanda, rilevando che, ai sensi del Regolamento CE n. 2201/2003, il provvedimento censurato è da ritenere immediatamente efficace in tutti i paesi della Comunità Europea (ex art. 21, primo comma, Reg. cit.). Inoltre, considerato che la domanda per la modifica dell'affidamento era stata proposta entro tre mesi dal trasferimento in Spagna, non vi era difetto di giurisdizione. Secondo la Corte, infatti, opera l'art. 9, primo comma, del regolamento, che dispone l'ultrattività, per un trimestre della competenza giurisdizionale del giudice della precedente residenza abituale della minore.

La madre, non soddisfatta dalla decisione, ricorre in Cassazione. Il marito si difende e propone ricorso incidentale.

Il primo motivo di gravame, formulato dal padre, attinente alla completezza dell'atto introduttivo, viene giudicato infondato dalle Sezioni Unite¹ in quanto il contraddittorio è assicurato dalla presenza del P.G. presso la Cassazione.

Stessa sorte per il secondo motivo, con il quale la ricorrente sostiene l'invalidità, per difetto di giurisdizione, del decreto della Corte d'Appello che ha concesso l'affidamento al resistente. Il Tribunale, nella prospettazione offerta, avrebbe dovuto rilevare l'invalidità del provvedimento, in quanto la competenza giurisdizionale spettava esclusivamente all'autorità dello Stato (la Spagna) in cui la minore risiedeva abitualmente. Tale principio non è derogato dall'art. 9, primo comma², del regolamento CE 2201/2003, che si riferisce esclusivamente alle pronunce sul diritto di visita e non a quelle in tema di affidamento.

La censura viene dichiarata inammissibile perché, quand'anche l'eccezione di difetto di giurisdizione fosse fondata, essa non determinerebbe la radicale nullità o inesistenza dell'atto impugnato. Infatti, in assenza di una tempestiva formulazione, l'eccezione non può essere proposta per la prima volta nel giudizio in cassazione, talché non può intaccare un titolo, ormai definitivo, seppure *rebus sic stantibus*.

Quanto, infine, al primo motivo, la ricorrente denuncia il mancato coordinamento tra le disposizioni dell'art. 21, comma I, del Reg. n. 2201/2003 e quelle del successivo II comma, nonché dell'art. 28. In sostanza, la madre sostiene che il marito avrebbe potuto avvalersi del provvedimento di affidamento solo dopo avere richiesto ed ottenuto la declaratoria di esecutività al giudice spagnolo.

La Corte, che si occupa per la prima volta del problema, accoglie la censura, dopo aver precisato che: 1) il regolamento CE si applica alle decisioni in tema di divorzio, separazione personale ed annullamento del matrimonio, nonché di "responsabilità genitoriale". In questa ultima categoria è espressamente incluso l'affidamento dei figli minori (art. 1); 2) l'art. 21, comma I, fissa il principio generale secondo il quale le decisioni giudiziarie rese in uno degli Stati membri, sono automaticamente riconosciute anche negli altri ed a tal fine, non è necessario alcun procedimento suppletivo; 3) tale esenzione, con riferimento al rapporto matrimoniale, opera anche per gli aggiornamenti delle iscrizioni anagrafiche in conseguenza di statuizioni

1 Per un primo commento alla sentenza, DE MARZO-CORTESI-LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, 2007, 646 ss.; DI PUNZIO, *Affidamento dei minori: automatico riconoscimento, esecutività dei provvedimenti*, <http://www.altalex.com/index.php?idstr=303&idnot=35741>; 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" di un giudice straniero*, in *Fam. e dir.*, 2007, 599 ss.

2 L'art. 9 regola l'ultrattività della competenza della precedente residenza abituale del minore e, al comma I, stabilisce che il cambio (*lecito trasferimento*) della residenza abituale di un minore da uno Stato membro ad un altro non assume rilievo, lasciando immutata la giurisdizione pregressa per un periodo di tre mesi dal trasferimento, quando si tratti di statuire in ordine alla modifica di un provvedimento sul diritto di visita reso in detto Stato membro prima del trasferimento. La previsione normativa è volta a scongiurare il rischio di *forum shopping*. Per approfondimenti, v *infra.*, spec. nota 50.

non più impugnabili. Solo nel caso in cui sussistano le circostanze ostative al riconoscimento (artt. 22³ e 23⁴) o vi sia contestazione sull'esistenza o meno di tali circostanze, l'interessato potrà attivare un procedimento *ad hoc*, disciplinato, anch'esso dall'art. 21⁵. Le predette disposizioni sono applicabili anche in materia di potestà genitoriale, questione alla quale espressamente si riferisce l'art. 23.

E' pertanto corretto affermare che le decisioni relative alla potestà genitoriale godono dell'automatico riconoscimento (restando l'eventuale disconoscimento subordinato ad un'iniziativa di parte). Ma va precisato che esse, ai sensi dell'art. 28⁶, non possono costituire valido titolo di mutamento della situazione in atto, se non assistite da un'apposita declaratoria di esecutività, emessa dall'autorità competente, su istanza dell'interessato e previa notifica alla controparte. Tale peculiarità distingue i provvedimenti in materia di affidamento da tutti gli altri, assoggettati alla regola

generale dell'eseguibilità come conseguenza del riconoscimento automatico. Questo limite trova logica giustificazione nella necessità di protezione del minore da provvedimenti che, nella loro fase attuativa, incidono notevolmente sulle sue abitudini, comportano il suo sradicamento dall'ambiente di vita che lo circonda, talché si rende opportuno l'intervento dello Stato membro nel quale il provvedimento deve essere eseguito.

I provvedimenti di affidamento dei minori resi dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro, per essere attuati in un altro Stato membro necessitano di un'apposita declaratoria di esecutività e della loro notifica alla controparte.

La Corte chiarisce come la suddetta interpretazione sia confermata, *a contrariis*, dalla disposizione contenuta nell'art. 41 che, con riguardo alle decisioni inerenti al diritto di visita (che interferiscono in misura più limitata sulle posizioni del minore), ne prevede l'automatico riconoscimento e l'automatica eseguibilità.

In conclusione, la Cassazione afferma che, nella disciplina del regolamento CE 2201/03, la decisione resa dal giudice italiano, la quale modifichi una precedente scelta e sostituisca un genitore all'altro nella qualità di affidatario del figlio minore, non autorizza il nuovo affidatario a prelevare e trasferire il minore dallo Stato membro in cui risiede. E' necessaria, pertanto, la suddetta declaratoria di esecutività.

Quanto al terzo motivo del ricorso principale e cioè che il Tribunale avrebbe dovuto, comunque, ritenere preclusa l'esecuzione del decreto della Corte d'Appello, per carenza dei presupposti di cui all'art. 23, lettera c) del regolamento (causa la contumacia della ricorrente nel relativo procedimento), la Suprema Corte ritiene

- 3 L'articolo elenca i motivi di non riconoscimento delle decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio e, più precisamente: a) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto; b) quando la pronuncia è resa in contumacia, ovvero la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese, salvo che sia stato accertato che il convenuto ha accettato inequivocabilmente la decisione; c) se essa è incompatibile con una decisione resa in un procedimento tra le medesime parti nello Stato membro richiesto; o d) se la decisione è incompatibile con una decisione anteriore avente le stesse parti, resa in un altro Stato membro o in un paese terzo, purché la decisione anteriore soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro richiesto.
- 4 I motivi di diniego del riconoscimento sono gli stessi previsti per le decisioni matrimoniali (art. 22), con due precisazioni ed una aggiunta. Anzitutto, per accertare l'eventuale manifesta contrarietà all'ordine pubblico occorre tener conto dell'interesse superiore del minore (lettera a). Inoltre, anche la mancata audizione del minore (salvo i casi d'urgenza) può impedire il riconoscimento se avvenuta in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto (lettera b). Infine, vi è stata l'ulteriore previsione che, in caso di affidamento extragenitoriale (presso un istituto o una famiglia affidataria), occorre sia stata rispettata la procedura prevista dall'articolo 56 (lettera g).
- 5 Fatta salva la sezione 4 del presente capo, ogni parte interessata può far dichiarare, secondo il procedimento di cui alla sezione 2, che la decisione deve essere o non può essere riconosciuta. La competenza territoriale degli organi giurisdizionali indicati nell'elenco, comunicato da ciascuno Stato membro alla Commissione conformemente all'articolo 68, è determinata dal diritto interno dello Stato membro nel quale è proposta l'istanza di riconoscimento o di non riconoscimento. Se il riconoscimento di una decisione è richiesto in via incidentale dinanzi ad una autorità giurisdizionale di uno Stato membro, questa può decidere al riguardo.
- 6 Con specifico riferimento alle decisioni sull'esercizio della responsabilità genitoriale, emesse ed esecutive in uno Stato membro, l'articolo 28, comma I, stabilisce che "sono eseguite in un altro Stato membro dopo esservi state dichiarate esecutive su istanza della parte interessata, purché siano state notificate".

che sia superato dall'accoglimento del primo motivo, senza contare che la verifica sull'osservanza dell'art. 23, spetta, ai sensi del successivo art. 31, al giudice competente a dichiarare l'esecutività.

2. La disciplina dell'affidamento, del diritto di visita e della sottrazione di minori nelle convenzioni internazionali.

Negli ultimi anni la crescita esponenziale di matrimoni o unioni di fatto fra soggetti aventi diverse nazionalità o residenti in Stati differenti rispetto a quello di provenienza si accompagna ad un pari incremento dei conflitti di natura familiare. Le autorità giudiziarie, nell'adottare i necessari provvedimenti, devono, pertanto, affrontare complesse questioni di competenza giurisdizionale, fenomeni di *forum shopping* o di litispendenza internazionale oltre che individuare la legge applicabile al caso concreto. L'incertezza, talvolta, è aggravata dalla coesistenza di una serie disomogenea di fonti, quali convenzioni e regolamenti⁷, che si avvicinano e si integrano.

Tenteremo, in questa analisi per brevi cenni, di offrire alcune indicazioni in tema di affidamento, diritto di visita⁸, nonché sottrazione internazionale dei minori⁹, regolate oltre che dalle norme di diritto internazionale privato (L. 31 maggio 1995, n. 218)¹⁰, anche da numerose convenzioni internazionali¹¹. In primo luogo, la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961¹², sulla competenza¹³ e sulle norme applicabili¹⁴ in materia di protezione dei minori¹⁵ e dei loro beni, applicabile alla tutela, alla potestà dei genitori, alle modalità di visita,

7 CORTESI-DE MARZO-LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare, Profili di diritto sostanziale e processuale, Teoria e pratica del diritto*, II, Milano, 2007, 595 ss.; ANCeschi, *La famiglia nel diritto privato internazionale*, Torino, 2006, 275 ss.; CALO', *Influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, 509-536; CASSANO, *La tutela del minore nelle recenti Convenzioni internazionali*, in *Fam. dir.*, 2002, n. 2, 205; SPALLAROSSA, *Misure di protezione dei figli e norme di coordinamento internazionale privato, di coordinamento internazionale e nella Comunità europea*, in *Famiglia e servizi*, Milano, 2001, 287.

8 In tema si veda, DE SCRILLI, *Il diritto di visita nelle convenzioni internazionali: problemi di coordinamento*, in *Fam. dir.*, 2000, 66 ss.

9 In tema si veda, PANINI, *Il diritto di visita, il diritto di mantenimento e la sottrazione dei minori nelle convenzioni internazionali*, atti del Convegno 16-17 giugno 2000, Forum Donne Giuriste, Parma; MOSCONI - RINOLDI, *La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore. Studi e commenti sul "kidnapping" internazionale*, Padova 1988.

10 Rilevano, in particolar modo, gli artt. 36 (rapporti personali tra genitori e figli) e 37 d.i.p.p.

11 Si ricorda che, mentre le norme di diritto internazionale privato sono azionabili da tutti i soggetti presenti nello Stato italiano e di applicazione necessaria, quelle convenzionali sono utilizzabili solo se lo Stato cui si riferiscono abbia ratificato e reso esecutivo il Trattato che si vuole applicare.

12 Tale convenzione è stata dichiarata esecutiva in Italia con la L. 24 ottobre 1980, n. 742; le norme volte alla sua attuazione sono dettate dalla L. 15 gennaio 1994, n. 64. Per un commento, CECCHERINI, *La legge 15 gennaio 1994, n. 64 e le convenzioni internazionali in materia minorile*, in *Fam. dir.*, 1994, 131 ss. e DONNARUMMA, *La Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la normativa di adattamento nell'ordinamento italiano*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 175-185; Per visualizzare l'elenco aggiornato degli Stati in cui è in vigore, www.hcch.net.

13 La competenza spetta allo Stato di residenza abituale del minore. In caso di trasferimento della residenza, le misure precedentemente adottate restano in vigore sino a che non abbia provveduto lo Stato di nuova residenza. In tema, Cass., S.U., 09.01.2001, n. 1 e M. MONTANARI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni sulla protezione del minore bipolide tra Convenzione dell'Aja del 1961 e diritto comune*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 99-124.

14 Il giudice competente deve applicare la propria legge (art. 1), salvo che lo Stato nazionale del minore (nell'interesse di quest'ultimo ed a protezione della sua persona o dei suoi beni) non informi quello di residenza abituale di voler applicare la propria legge. In deroga a tale principio, ai rapporti nascenti direttamente dalla legge che non implicano alcun intervento dell'autorità amministrativa o giudiziaria, si applica la legge nazionale del minore (art. 3). Inoltre, se gli atti di esecuzione devono essere attuati in uno Stato diverso da quello nel quale sono stati adottati, rimane salva l'applicazione del diritto interno dello Stato in cui è richiesta l'esecuzione (art. 7). Per la protezione urgente dei diritti tutelati dalla convenzione si applica la legge dello stato ove si trova il minore, sino a quando non provveda lo Stato competente (artt. 8 e 9).

15 Non va dimenticata la Convenzione dell'Aja 28 maggio 1970, sul rimpatrio dei minori, ratificata con legge 30 giugno 1975, n. 396, ma non operativa per mancato deposito del lo strumento di ratifica, da parte dell'Italia.

(in generale e del genitore non affidatario), alla rappresentanza legale, all'affidamento e numerosi altri istituti. Convenzione che, va ricordato, ha acquisito ancora maggior importanza in forza del richiamo, operato dall'art. 42 d.i.p. in tema di protezione dei minori¹⁶ e che, pertanto, è diventata disciplina di applicazione necessaria per tutti i minori residenti in Italia anche se il loro Stato di appartenenza non ne è parte contraente¹⁷.

Non va, inoltre, dimenticata la Convenzione Europea del Lussemburgo del 20 maggio 1980¹⁸ la quale introduce una serie di disposizioni volte a ristabilire l'affidamento dei minori di anni 16 che sia stato arbitrariamente interrotto. In particolare, essa riconosce e dà esecuzione ai provvedimenti stranieri in materia di affidamento¹⁹ e diritto di visita, in modo rapido e semplice, attraverso la cooperazione tra le varie autorità giudiziarie.

Presupposti per invocarne l'applicazione sono l'illecito trasferimento del minore da uno Stato contraente ad un altro (o il suo espatrio nell'esercizio del diritto di visita ed il mancato rientro presso il genitore affidatario) nonché l'esistenza di un provvedimento di affidamento o di esercizio del diritto di visita²⁰ che si vuol far riconoscere o eseguire nell'altro Stato (art. 7)²¹.

16 Tale norma, pertanto, deroga al principio generale di applicazione della legge nazionale del figlio (art. 35) con riguardo alla competenza delle autorità, alla legge applicabile ai rapporti tra genitori e figli ed all'esercizio della potestà.

17 Per una applicazione di tali principi, Cass., S.U., 09.01.2001, n. 1; Trib. Rovigo, 12 novembre 2003 (decr.), in *Fam. e dir.*, 2/2004, 179 ss.; Trib. Min. 10 luglio 1998, ivi, 1/2000, 65 ss., spec. in tema di diritto di visita.

18 La Convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e ristabilimento dell'affidamento, è stata ratificata con L. 15 gennaio 1994, n. 64 ed è entrata in vigore, per l'Italia, il 1 maggio 1995. In tema, SALZANO, *La sottrazione internazionale di minori*, Milano, 1995, 127; ARTIGLIERE-GENNARELLI, *Brevi cenni sulla Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento e di ristabilimento dell'affidamento*, in BEGHÉ LORETI (a cura di), *La protezione dei minori nelle convenzioni internazionali*, Roma, 1982; GALBIATI-LIBRANDO-ROVELLI, *La convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento*, in *Riv. dir. europeo*, 1980, 337-339.

19 CANNONE, *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Bari, 2000, 223; CONDO', *Provvedimento straniero di affido ed obbligo di rimpatrio*, in *Fam. dir.*, 2001, n. 6; DOSI, *Le Convenzioni internazionali sulla protezione dei minori*, in *Fam. dir.*, 1997, 390; SACCHETTI, *Le convenzioni internazionali di Lussemburgo e dell'Aja del 1980*, in *Dir. fam.*, 1997, 1496.

20 In tema di illecita sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore, la Convenzione del Lussemburgo del 20 maggio 1980 e quella dell'Aja del 25 ottobre 1980, hanno la medesima finalità di tutela dell'interesse del minore dal pregiudizio derivante dai trasferimenti indebiti; tuttavia, mentre presupposto della prima è che, anteriormente al trasferimento del minore attraverso una frontiera internazionale, sia stata adottata, in uno degli Stati contraenti, una decisione esecutiva sull'affidamento, ovvero che, successivamente al trasferimento, sia stato pronunciato un provvedimento sull'affidamento dichiarativo dell'illiceità del trasferimento stesso, scopo della seconda è il ripristino dello "status quo" di residenza del minore, essendo irrilevante l'esistenza di un titolo giuridico, oppure di un provvedimento giurisdizionale straniero di affidamento, se non al limitato e provvisorio fine di legittimare, alle condizioni stabilite dall'art. 3 di detta legge, la persona o l'ente che, svolgendo di fatto la funzione di affidatario, può chiedere il rientro del minore. Pertanto, qualora sia esperita l'azione prevista dalla Convenzione de L'Aja, ossia sia chiesta la reintegrazione della situazione di fatto in cui viveva il minore prima dell'illecita sottrazione, l'eventuale provvedimento giurisdizionale straniero concernente l'affidamento assume rilievo esclusivamente quale mero elemento integrante detta situazione di fatto (Cass., 19 dicembre 2003, n. 19544). In altre parole, mentre la convenzione dell'Aja prevede il ripristino di una situazione di fatto (Cass., 23 giugno 1998, n. 6325) e si oppone ad un comportamento illecito in sé ma non necessita di un preventivo provvedimento di affidamento, la Convenzione del Lussemburgo necessita di un provvedimento da riconoscere o a cui dare esecuzione. Il rapporto tra le due convenzioni è il medesimo che esiste tra l'azione possessoria e l'azione petitoria in materia di proprietà.

21 La domanda di rimpatrio deve esser proposta entro sei mesi dal trasferimento illegittimo (art. 8) al Tribunale per i Minorenni del luogo ove il provvedimento devono avere attuazione, ovvero all'Autorità Centrale che la trasmette al Tribunale per i Minorenni competente. Nella seconda ipotesi l'Autorità centrale svolge anche la funzione di tentare una composizione amichevole per il rientro del minore. Se questa opzione fallisce avvia una procedura giudiziaria per rintracciare il minore e garantirne il ritorno (art. 5). Se la domanda di riconoscimento del provvedimento o di esecuzione viene respinta e l'Autorità Centrale dello stato richiesto ritiene comunque di dar corso alla domanda di merito del ricorrente, l'autorità deve assicurarne la rappresentanza in

La Convenzione impedisce al genitore, che sottrae il minore, di legalizzare in un altro Stato la situazione di affidamento, ovvero garantisce, in via preventiva²², che il provvedimento di affidamento venga riconosciuto in un altro Stato per scongiurare eventuali trasferimenti illeciti o il mancato ritorno del minore.

Nel dare esecuzione al provvedimento straniero, l'autorità competente non può effettuare alcun esame sul merito, ma deve rendersi edotta del punto di vista del minore (art. 16). Il Tribunale per i minorenni decide, entro 30 giorni dalla presentazione del ricorso, con decreto, contro il quale può essere proposto ricorso per cassazione. In Italia, il decreto viene eseguito dalla Procura presso il Tribunale dei minorenni.

Di frequentissima applicazione giurisprudenziale è, anche, la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione dei minori²³. Essa mira ad assicurare l'immediato rientro del minore di anni 16 nello Stato richiedente, qualora sia stato trasferito arbitrariamente²⁴ all'estero o trattenuto illecitamente in uno degli Stati contraenti (art. 3)²⁵; tutela, inoltre, il rispetto dell'affidamento e dell'esercizio effettivo del diritto di visita²⁶. Si tratta, pertanto, di uno strumento recuperatorio con lo scopo di ristabilire lo stato di fatto²⁷

giudizio. Può, inoltre, rivolgersi alle proprie autorità competenti, per decidere sul diritto di visita, ad istanza della persona che invoca tale diritto. Il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento straniero possono essere rifiutati qualora il provvedimento del quale si chiede l'*exequatur* sia stato reso in assenza del genitore convenuto, ovvero sia incompatibile con altro provvedimento pronunciato nello stato richiesto prima del trasferimento illecito del minore, ovvero infine sia contrario all'interesse del minore (art. 10). Ciò può accadere anche quando il ricorso venga presentato successivamente al termine di sei mesi dal fatto illegittimo. L'atto introduttivo del procedimento che si è concluso con l'affidamento deve essere stato notificato all'altro genitore ed il provvedimento di affidamento deve essere esecutivo.

22 Infatti, la Convenzione non è subordinata all'avvenuto spostamento del minore.

23 Anche questa convenzione è stata ratificata L. 15 gennaio 1994, n. 64 ed è entrata in vigore, per l'Italia, il 1 maggio 1995. Per visualizzare l'elenco aggiornato degli Stati in cui è in vigore si veda www.hcch.net. ed a commento: UCCELLA, *I giudici e la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 485; CALIENDO, *Richiesta di riconsegna del minore sottratto*, in *Fam. dir.*, 1998, 139; PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, in *Riv. intern. dir. priv. proc.*, 1996, 705; CARELLA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Riv. Dir. int. priv.*, 1994, 777.

24 Pertanto, non può invocare la tutela approntata dalla convenzione il soggetto privo dell'esercizio effettivo del diritto di affidamento: Cass., 2 marzo 2000, n. 2309.

25 Il trasferimento o il mancato rientro di un minore è ritenuto illecito: a) quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione o ogni altro ente, congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e: b) se tali diritti sono effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze.

26 In tema, Cass., 11 gennaio 2002, n. 299, secondo cui, in tema di "diritto di visita" dei minori, la Convenzione dell'Aja e la legge n. 64 del 1994 sono applicabili non solo nei casi in cui manchi un provvedimento statale regolatore del diritto stesso, ma anche nei casi in cui si invochi la tutela dell'esercizio effettivo di un diritto già riconosciuto e disciplinato dal giudice competente, al fine di rimuovere gli ostacoli frapposti dal genitore affidatario alla sua attuazione (nella specie, la S.C. ha ritenuto correttamente motivato il giudizio di merito secondo cui la remissione al padre affidatario della regolamentazione degli incontri delle figlie minori con la madre residente in altro Stato non integrava una sostanziale denegazione del diritto di visita, né valeva di per sé a determinare un effettivo ostacolo al suo esercizio).

27 Presupposto dell'emissione delle misure reintegratorie, in caso di trasferimento o mancato rientro illecito del minore, è la sottrazione del minore al precedente affidamento, assunto come situazione di mero fatto, e quindi a prescindere dall'esistenza di un titolo di affidamento, attesa la valutazione di prevalenza "a priori" dell'interesse del bambino a ritornare nella sua residenza abituale (Cass., 8 novembre 2001, n. 13823). Le misure reintegratorie sono, infatti, rivolte a tutelare non titoli giuridici, ma situazioni di fatto, sicché presupposto della loro emissione è, esclusivamente e fatte salve le specifiche ipotesi eccezionali di cui all'art. 13, la sottrazione del minore al precedente affidamento in concreto esercitato, ciò costituendo violazione del diritto di custodia. Resta, pertanto, irrilevante la corrispondenza o meno di detta situazione di fatto a previsioni di legge, a prescrizioni giudiziarie o amministrative ovvero ad accordi tra gli interessati. Ne consegue che la mancanza di un esercizio effettivo dell'affidamento da parte del genitore istante legittima il rigetto della richiesta di rimpatrio del minore (Cass., 25 febbraio 2002, n. 2748).

interrotto dalla sottrazione, attraverso un procedimento privo di particolari formalità²⁸ che può essere attivato dal soggetto (persona, istituzione o ente) il quale ritiene leso il proprio diritto di custodia²⁹. L'autorità amministrativa o giudiziaria dello Stato a cui è rivolta la richiesta di rimpatrio può applicare direttamente la legislazione dello Stato di residenza abituale del minore³⁰, senza, però, svolgere particolari indagini sull'esistenza della legge o di decisioni straniere. La sottrazione illecita è più difficile da invocare, invece, se il minore espatriato è affidato congiuntamente a genitori residenti in Stati diversi. In tale ipotesi è necessario provare che la residenza abituale³¹ del figlio è presso il genitore al quale è stato sottratto³². Qualora la domanda³³ venga proposta entro un anno dal trasferimento illegittimo, lo Stato richiesto ordina immediatamente il rimpatrio; qualora invece, la domanda venga presentata successivamente a detto periodo, lo Stato può negare il ritorno se il minore risulta integrato nel nuovo ambiente³⁴, ovvero se il suo ritorno contrasta con i principi fondamentali in materia di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

28 Si tratta di un procedimento camerale agile, in cui l'audizione personale delle parti rappresenta - in assenza di ogni riferimento normativo al patrocinio legale obbligatorio ed ai tempi e ai modi della costituzione in giudizio - garanzia necessaria e, al contempo, sufficiente ai fini del rispetto del principio del contraddittorio; ne consegue che in detto procedimento non è prescritta, essendo del tutto estranea al modello prefigurato, la nomina di un difensore d'ufficio alla parte istante. Inoltre, non è necessaria la nomina d'ufficio di un interprete di fiducia per il cittadino straniero che vi prenda parte, stante la mancanza, nel testo normativo, di una prescrizione in tal senso ed apparendo la posizione di detto soggetto adeguatamente tutelata dalla presenza dell'interprete nominato ai sensi dell'art. 122 c. p. c.

29 Tale soggetto si rivolge all'Autorità centrale della residenza abituale del minore o a quella di ogni altro stato contraente, per ottenere assistenza ed assicurare il rientro del minore (art. 8).

30 Pertanto, è opportuno, ma non necessario allegare alla domanda, oltre al provvedimento che attesti l'affidamento, anche la legislazione dello Stato di appartenenza del minore.

31 La nozione di "residenza abituale" posta dalla succitata convenzione non coincide con quella di "domicilio" (art. 43, primo comma, c.c.), nè con quella, di carattere formale, di residenza scelta d'accordo tra i coniugi (art. 144 c.c.), in quanto corrisponde 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 detta località la sua quotidiana vita di relazione (Cass., 19 dicembre 2003, n. 19544).

32 Così, Cass., 23 giugno 1998, n. 6235.

33 Le richieste di rimpatrio o di esercizio del diritto di visita vengono presentate tramite l'Ufficio Centrale che trasmette gli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni dove si trova il minore. Il Procuratore richiede, in via d'urgenza, al Tribunale, l'ordine di restituzione o di ripristino del diritto di visita, a seconda delle richieste dell'istante. Il Tribunale, entro trenta giorni, sentite le parti, decide in camera di consiglio. Il decreto, immediatamente esecutivo è reclamabile in Cassazione. Il P.M. è competente a curarne l'esecuzione.

Il genitore che ha trasferito all'estero il minore o che non lo ha riaccompagnato presso lo Stato di residenza abituale, spesso ricorre ad interventi ostativi, quale radicare, presso il Tribunale ordinario una causa di separazione o divorzio, con conseguente domanda di affidamento, ovvero depositare presso il T.M. una domanda di decadenza della potestà del genitore residente nell'altro Stato. Tutte queste iniziative non sono, però, sufficienti a paralizzare il rientro del minore, talché il giudice adito per l'affidamento del minore nella separazione o nel divorzio deve sospendere ogni decisione sino alla definizione del procedimento di riconsegna del minore (art. 16). In giurisprudenza: Cass., 15 ottobre 1997, n. 10090, secondo cui, alla stregua delle disposizioni di cui agli artt. 16 e 17 della Convenzione, il giudice nazionale adito con la richiesta di separazione personale non è privo di giurisdizione riguardo alla richiesta del provvedimento interinale o definitivo di affidamento del minore. Il Giudice è tenuto a sospendere ogni decisione al riguardo sino alla definizione del procedimento di riconsegna del minore previsto dalla convenzione suddetta, procedimento alla definizione del quale è competente il Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 7 della legge n. 64 del 1994 di esecuzione della convenzione. Su tale competenza non spiega effetto alcuno la pendenza di procedimenti relativi all'affidamento del minore e non hanno rilievo ostativo, in relazione ai provvedimenti che il Tribunale è chiamato ad emettere, gli eventuali provvedimenti presi, in qualunque tempo, nei suddetti procedimenti. Il giudice ne può tenere conto unicamente prendendone in considerazione le motivazioni al fine di stabilire se ne risultino elementi ostativi alla riconsegna del minore al genitore al quale sia stato sottratto.

34 Il rimpatrio può essere, altresì, negato se chi vi si oppone dimostra che il soggetto a cui era affidato il minore non esercitava effettivamente il diritto di affidamento, ovvero se vi sia il fondato timore che il minore sia esposto a pericoli fisici o psichici (Cass., S.U., 23 febbraio 2001, n. 70; Cass., 23 giugno 1998, n. 9501), ovvero di trovarsi in una situazione intollerabile al rientro. Il giudice italiano (Tribunale per i minorenni), con riguardo al minore straniero che si deduca essere stato illecitamente

fondamentali vigenti nello Stato in cui il minore si trova (art. 20). Un altro vantaggio della convenzione è rappresentato dall'istituto dell'acquiescenza processuale, un accordo, anche temporaneo, durante il giudizio instaurato per il rimpatrio del minore, sulla sua attuale situazione. Le parti, che non ravvisano la necessità di ristabilire d'urgenza lo stato di fatto precedente, chiedono la sospensione della procedura di rientro in attesa di trovare una soluzione su tutta la situazione controversa (diritto di affidamento, mantenimento..). La convenzione si occupa, infine, del diritto di visita che in sé comprende anche la facoltà di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato nel tempo (art. 5). Ne ristabilisce l'esercizio effettivo, qualora esso venga ostacolato (art. 4), specialmente attraverso la cooperazione tra le autorità centrali nazionali³⁵, principio che è a fondamento anche della Convenzione O.N.U. di New York del 20 novembre 1989, sui diritti del fanciullo³⁶.

3. La responsabilità genitoriale nel regolamento (CE) n. 2201/2003

Di fondamentale importanza è, infine, il Reg. del Consiglio d'Europa 27 novembre 2003, n. 2201/2003³⁷, oggetto di immediata applicazione nella fattispecie decisa dalla Suprema Corte. Esso interviene nuovamente sulla materia con un complesso di norme che si sostituiscono a quelle del precedente Reg. CE 1347/2000

condotto o trattenuto in Italia, è munito di competenza giurisdizionale, oltre che per la pronuncia sull'istanza di rimpatrio, anche per le misure temporanee strettamente collegate a tale pronuncia, come quella dell'affidamento provvisorio ad uno dei genitori e della momentanea sospensione dei rapporti con l'altro genitore, ove indispensabile per l'immediata tutela del minore stesso a seguito della reiezione di detta domanda, per grave situazione di pericolo. (art. 13, comma primo, lett. b della convenzione): Cass., 23 febbraio 2001, n. 70. La prova dell'esistenza di rischi al rimpatrio deve essere fornita da chi si oppone al ritorno.

35 In particolare l'art. 7, lettera f, nel quadro dell'obbligo di cooperazione tra autorità centrali nazionali, dispone che esse prendano i provvedimenti necessari per avviare o agevolare l'instaurazione di una procedura giudiziaria o amministrativa diretta a consentire l'organizzazione o l'esercizio effettivo del diritto di visita. Ai sensi dell'art 21, esse devono, inoltre, cooperare allo scopo di assicurare il pacifico godimento del diritto e l'assolvimento di ogni condizione cui esso possa essere soggetto.

36 In vigore, a livello internazionale dal 2 settembre 1990, è stata ratificata e recepita dall'Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176. Essa dispone che le parti contraenti dovranno adottare tutte le misure idonee a *impedire spostamenti e non ritorni illeciti di fanciulli all'estero*. A tal fine gli Stati parti favoriscono la conclusione di accordi bilaterali o multilaterali, oppure l'adesione ad accordi esistenti (art. 11). In tema, DELL'ANTONIO, *La Convenzione sui diritti del fanciullo: lo stato di sua attuazione in Italia*, in *Dir. fam.*, 1997, 246; DOGLIOTTI, *I diritti del minore e la Convenzione dell'ONU*, in *Dir. fam.*, 1992, 301; MORO, *L'attuazione della Convenzione ONU nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Documenti giustizia*, 1995, 442.

37 Il Regolamento del Consiglio (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale ed in materia di responsabilità genitoriale, abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000. Esso è in vigore dal 1 agosto 2004 ed in applicazione dal 1 marzo 2005, ad eccezione degli artt. 67, 68, 69, 70, che si applicano dal 1 agosto 2004. Ai sensi dell'art. 249, comma II, del Trattato, il regolamento ha portata generale, è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri dell'Unione europea (ad eccezione della Danimarca). E' stato modificato dal Regolamento n. 2116/2004 che, a seguito dell'adesione alla Comunità dei nuovi dieci membri, tra cui Malta, introduce una disposizione relativa all'accordo tra tale Stato e la Santa Sede. Per un commento, BARUFFI, *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II bis*, in BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, 175 ss.; ARENA, *Regolamento Ce 2201/2003: cosa cambia sul riconoscimento in Italia delle sentenze straniere di divorzio*, in *Stato civile it.*, 2005, 723; LOMBARDINI, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: il Regolamento comunitario n. 2001 del 2003, (Prima parte) e (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2005, 555-566, 723-731; BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, 163-2003; CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Fam. e dir.* 3/2004, 291; DI LIETO, *Il regolamento 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in *Dir. com. scambi int.*, 2004, 117; ESPINOSA CALABUIG, *La responsabilidad parental y el nuevo reglamento de "Bruselas II-bis": entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, 735-782; MCELEAVY, *Brussels II-bis, Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition*, in *ICLQ* 2003, 503-512.

(Bruxelles II) e prevalgono, nei rapporti tra gli Stati membri, sulle convenzioni vigenti concluse tra due o più Stati, relativamente alle materie disciplinate dal regolamento stesso (capo V, artt. 59-63)³⁸.

La disciplina comunitaria, oltre a trovare applicazione in materia di divorzio, separazione personale e annullamento del matrimonio, regola anche la responsabilità genitoriale³⁹. Con questa nozione, preferita a quella di *potestà genitoriale*⁴⁰, si intende l'insieme dei diritti e dei doveri che fanno capo a persone fisiche o giuridiche, in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo, relativi alla persona o ai beni di un minore. Il regolamento compie, così, una sorta di "rivoluzione copernicana"⁴¹, segnando il passaggio da una concezione della famiglia in cui la posizione dominante è quella dei genitori (e prima ancora del padre), ad una concezione in cui al centro sono posti i figli ed, in particolar modo, *l'interesse superiore del minore*, nei cui confronti i genitori, lungi dal vantare *diritti e poteri*, sono soggetti a *responsabilità*. Privilegia, dunque, "l'aspetto degli obblighi dei genitori", escludendo, almeno apparentemente che essi abbiano come corollario una posizione *di soggezione dell'altra parte del rapporto*⁴². E' evidente, però, che la responsabilità genitoriale riassume in sé anche alcuni diritti ed, in particolare, quello di visita e quello di affidamento⁴³, di cui è titolare qualsiasi persona che eserciti la responsabilità familiare su un minore.

Il diritto di visita⁴⁴ si sostanzia nella possibilità di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza

38 Il regolamento, specificamente, prevale sulla: a) convenzione dell'Aia, del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori; b) convenzione del Lussemburgo, dell'8 settembre 1967, sul riconoscimento delle decisioni relative al vincolo matrimoniale; c) convenzione dell'Aia, del 10 giugno 1970, sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali; d) convenzione europea, del 20 maggio 1980, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento; e sulla e) convenzione dell'Aia, del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori. Quanto alle relazioni con la convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, nonché la cooperazione, in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori interviene l'art 61. Il regolamento prevale: a) se il minore in questione ha la sua residenza abituale nel territorio di uno Stato membro; b) per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione emessa dal giudice competente di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, anche se il minore risiede abitualmente nel territorio di uno Stato non membro che è parte contraente di detta convenzione. Va aggiunto che la possibilità di conflitti tra la norma comunitaria e la convenzione, malgrado l'art. 53 di quest'ultima riconosca la prevalenza degli accordi internazionali, appare concreta in ragione della diversità di disciplina in materia di competenza e connessione. Gli Stati non facenti parte dell'Unione europea non sono tenuti a riconoscere le decisioni emesse in base a competenze giurisdizionali stabilite a livello europeo. Un ulteriore motivo di incertezza dipende dalla diversità dell'ambito operativo dei due strumenti: da un lato il regolamento che incide sul riconoscimento-esecuzione e sulla competenza giurisdizionale ma non anche sulla disciplina sostanziale applicabile al rapporto, dall'altro la convenzione che, invece, si cura dell'individuazione della legge applicabile al rapporto, generalmente corrispondente al diritto vigente nazionale del luogo di residenza.

39 Tale nozione riprende sostanzialmente la formulazione della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure per la tutela dei minori. Detta convenzione è in vigore alla data del 14 ottobre 2005 (per aggiornamento, v. www.hcch.net). Conformemente alla sentenza AETS ("Accordo europeo sui trasporti stradali", causa 22/70) della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia di competenza esterna, poiché a livello interno è stato adottato il Regolamento (CE) n. 1347/2000, gli Stati membri non possono più aderire individualmente alla convenzione del 1996. Ne risulta, quindi, una condivisione della competenza fra la Comunità e gli Stati membri. Tuttavia, la convenzione non prevede l'adesione della Comunità. Per questi motivi, il Consiglio ha deciso, in via eccezionale, di autorizzare gli Stati membri, vincolati a disposizioni comunitarie sulla stessa materia, a firmare la convenzione nell'interesse della Comunità. Gli Stati membri hanno firmato la convenzione il 1 aprile 2003, ad eccezione dei Paesi Bassi che avevano espletato questa formalità il 1 settembre 1997. In tale occasione, gli Stati membri hanno rilasciato una dichiarazione intesa ad assicurare l'applicazione coerente delle norme comunitarie in materia di riconoscimento e di esecuzione nell'ambito della Comunità. La decisione relativa alla firma della convenzione è stata seguita da una proposta relativa alla ratifica.

40 Tale espressione è utilizzata nel nostro ordinamento nazionale, nel Reg. 1347/2000 e in altri accordi internazionali.

41 LOMBARDINI, *cit.*, 560.

42 M. FINOCCHIARO, *Va in soffitta la nozione di "potestà": ora il nucleo ruota intorno ai figli*: in *Guida al diritto*, 2004, n. 3, 112.

43 Entrambe le definizioni ricalcano quelle offerte dall'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980.

abituale per un periodo limitato di tempo (art. 2, n. 10), mentre per affidamento si intendono *i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore ed in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza*, nonché ad essere consultati prima della modifica della residenza abituale del minore (art. 2, n. 9).

Dal punto di vista processuale, il regolamento si distingue principalmente per l'ampliamento del proprio ambito di applicazione a tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, incluse le misure di protezione del minore. A differenza del Reg. Bruxelles II, non è più necessario alcun nesso con un procedimento matrimoniale⁴⁵, talché la normativa (art. 1, lett. b) disciplina, *l'attribuzione, l'esercizio, la delega, la revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale*⁴⁶, indipendentemente dalla previa instaurazione di un procedimento in materia di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio. A ciò si aggiunga che non sono più i soli genitori (sposati), nei riguardi dei figli comuni, a giovare del nuovo regime ma, più in generale, chiunque sia *titolare* della responsabilità genitoriale⁴⁷.

Al fine di individuare l'autorità giurisdizionale competente in tema di responsabilità genitoriale il legislatore comunitario ha dettato un complesso di norme⁴⁸ che individuano la competenza ora in base al luogo di residenza abituale del minore (art. 8)⁴⁹ al momento di presentazione della domanda, ora sulla base del luogo in cui il minore precedentemente risiedeva (art. 9)⁵⁰, ora facendo riferimento alle autorità competenti a

44 In tema, BARUFFI, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2005, 105 ss.

45 Questo era uno dei principali limiti del Reg. CE 1347/2000, che trovava applicazione, quanto alle questioni relative alla potestà dei genitori, solo se esse erano relative ai figli di entrambi i coniugi ed a condizione che il procedimento fosse instaurato mentre era in corso quello concernente il vincolo matrimoniale. La prima limitazione, in particolare, determinava una discriminazione nei confronti dei figli minori non uniti dal vincolo matrimoniale, per i quali, le decisioni in materia di diritto di visita e di affidamento non potevano essere riconosciute/eseguite all'estero, se non con procedure di particolare lunghezza e complessità.

46 Le materie di cui al paragrafo 1, lettera b), riguardano in particolare: a) il diritto di affidamento e il diritto di visita; b) la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi; c) la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano; d) la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto; e) le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore. Non rientrano, invece, nell'ambito di applicazione del regolamento gli istituti indicati nell'art 1, par. 3: la determinazione o all'impugnazione della filiazione; la decisione relativa all'adozione, alle misure che la preparano o all'annullamento o alla revoca dell'adozione; i nomi e i cognomi del minore; l'emancipazione; le obbligazioni alimentari (per le quali si applica l'art 4, n. 2 del Reg. Bruxelles I); i trust e le successioni; i provvedimenti derivanti da illeciti penali commessi da minori.

47 Quindi, ogni persona o istituzione, pubblica o privata, cui sia attribuito un diritto di affidamento, singolo o congiunto o di visita. In questo modo, si ammette che titolare del diritto di visita possa essere anche un terzo con il quale sussiste un particolare legame familiare. Nel contempo, non si fanno differenze tra minori nati in costanza di matrimonio, fuori dal matrimonio o dal precedente matrimonio di uno dei genitori (MOSCONI-CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2007, 103).

48 Tali norme si ispirano alle disposizioni corrispondenti delle Convenzioni dell'Aja del 1961 e del 19 ottobre 1996.

49 Si tratta del cd. criterio di *vicinanza*, sul quale v., MAGRONE, *Nelle controversie che investono un minore più tutela con il criterio della vicinanza*, in *Giuda al dir., Dir. com. int.*, 2005, 1, n. 19- 23. Nel regolamento, però, manca una definizione autonoma di *residenza abituale*, né si rinvia alla nozione accolta dalla *lex fori*. A parere della dottrina non è possibile neppure richiamare la nozione elaborata in numerose pronunce della Corte di Giustizia (a partire da C.G. 15 settembre 1994, in causa 452/93) quale *luogo in cui l'interessato ha fissato, con carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi*. Tale definizione è stata elaborata ai fini dell'applicazione in campo prevalentemente economico e, pertanto, è poco consona per il settore familiare (BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 1005, in nota). Secondo Cass., 19 ottobre 2006, n. 22507, ai fini dell'applicazione della Convenzione dell'Aja 25 ottobre 1980, *la nozione di "residenza abituale" .. corrisponde ad una situazione di fatto, dovendo per essa intendersi il luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza, anche di fatto, ha il centro dei propri legami affettivi, non sol parentali, derivanti dallo svolgersi in detta località la sua quotidiana vita di relazione...*

50 Quanto all'ultrattività della competenza della precedente residenza abituale del minore, vedi nota 2. La norma risponde all'esigenza di dover modificare le condizioni di visita a seguito del trasferimento (lecito) del coniuge affidatario, sempre che il titolare del diritto di visita, che continua a risiedere abitualmente nello Stato membro della precedente residenza abituale del

decidere sulle domande di divorzio, separazione dei coniugi o annullamento del matrimonio (art 12 par. 1)⁵¹, ora sulla base dello Stato con il quale il minore ha un legame sostanziale (art. 12 par. 3)⁵², ora facendo riferimento al luogo in cui il minore si trova (art. 13)⁵³, infine rimettendosi alla legge dello Stato nazionale (art 14)⁵⁴. Degna di nota è la disposizione finale che consente all'autorità competente, la possibilità, nell'interesse superiore del minore, di suggerire la trattazione della controversia da parte dell'autorità di un altro Stato membro con il quale il minore abbia un legame particolare (art. 15). Si introducono, così, un'ipotesi eccezionale di *forum non conveniens*⁵⁵ e specifiche condizioni per consentire la *traslatio iudicii*⁵⁶. In tema di sottrazione di minori⁵⁷, ove il trasferimento (o il mancato rientro)⁵⁸ del minore sia illecito⁵⁹, la competenza giurisdizionale è del giudice della residenza abituale del minore immediatamente prima della sottrazione (art. 10)⁶⁰. La *ratio* della norma è rinvenibile nella volontà di scongiurare il rischio che, nel caso di figli minori contesi dai genitori, un genitore li allontani illecitamente, conducendoli in un altro Stato

minore si renda parte diligente nel richiedere in tempi strettissimi la modifica del provvedimento originario all'autorità giurisdizionale che lo aveva adottato. La disposizione non trova applicazione se il titolare del diritto di visita abbia accettato la competenza dell'autorità giurisdizionale dello Stato nel quale è avvenuto il lecito trasferimento della residenza abituale del minore.

- 51 Le autorità giurisdizionali competenti a decidere sulle domande di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio sono, altresì, competenti per le domande relative alla responsabilità dei genitori che si ricollegano a tali domande se: a) almeno uno dei coniugi esercita la responsabilità genitoriale sul figlio; e b) la competenza giurisdizionale di tali autorità giurisdizionali è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite, ed è conforme all'interesse superiore del minore. Tale situazione prende il nome di "proroga della competenza".
- 52 Le autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti in materia di responsabilità dei genitori *se: a) il minore ha un legame sostanziale con quello Stato membro, in particolare perché uno dei titolari della responsabilità genitoriale vi risiede abitualmente* o perché è il minore stesso è cittadino di quello Stato. Tale requisito non è, però, sufficiente se non è accompagnato da un altro ineludibile duplice presupposto: che la competenza delle suddette autorità sia stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco da tutte le parti del procedimento alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite e che sia conforme all'interesse superiore del minore.
- 53 Se non è possibile stabilire la residenza abituale del minore né determinare la competenza ai sensi dell'articolo 12, sono competenti i giudici dello Stato membro in cui si trova il minore, anche se si tratta di minori rifugiati o sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei loro paesi.
- 54 Solo quando non sia ravvisabile alcuna autorità giurisdizionale competente ai sensi degli articoli da 8 a 13 la competenza, in ciascuno Stato membro, è determinata dalla legge di tale Stato.
- 55 La dottrina del *forum non conveniens*, ispirata da esigenze di politica giudiziaria ed economia processuale, nasce nei paesi di *common law*. E' originaria della Scozia (v. DENNARD, *Forum non conveniens in international maritime collision in the federal Courts: a suggested approach*, in *Cornell int. I. jour.* 1993, p. 123, nota 14), da cui, poi, si è diffusa negli Stati Uniti (v., in particolare, CASAD, *Il concetto di jurisdiction in materia civile alla fine del ventesimo secolo forum conveniens e forum non conveniens*, in *R. d. proc.* 1999, p. 1050, spec. 1063 ss.). E' accolta, poi, in Inghilterra (ove è riconosciuta nella *section 49* del *Civil Jurisdiction Act* del 1982), in alcuni paesi di tradizione britannica (Canada, per la cui disciplina v. LUPOI, *Conveniens or not conveniens? Il dilemma Canadese*, in *R. trim. d. proc. civ.* 2000, III, p. 891 ss.; Australia, Taiwan, Israele) e, persino, in paesi di *civil law* (v. art. 429 lettera c del c.p.c. Olandese, come interpretato da *Cour de Cassation*, 13 febbraio 1987, in *Rev. cr. dr. in. priv.* 1998, p. 556). In dottrina si veda: LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, nt. 2, p. 145 ss.; PISTIS, *Forum non conveniens*, disponibile sul sito web: <http://www.judicium.it/news/pistis01.html>; NEWTON, *Forum non conveniens in Europe (again)*, in *Lloyd's mar. comm. law quar.* 1997, p. 341; HILL, *The law relating to international commercial disputes*, London, 1994, p. 163 ss.; FENTIMAN, *Jurisdiction, Discretion and the Brussels convention*, in *Cornell int. law jour.* 1993, p. 63 ss.; GAUDEMET TALLON, *Le forum non conveniens, une menace pour la convention de Bruxelles? (A propos de trois arrêts anglais récents)*, in *Rev. crit. dr. int. priv.* 1991, p. 493 ss.; DICEY-MORRIS, *The conflict of laws*, London, 1987, p. 389 ss.; VERHEUL, *The forum (non) conveniens in English and Dutch law and under some international conventions*, in *35 Int. comp. l. quar.* 1986, p. 413 ss.; WEILER, *Forum non conveniens, an English doctrine?*, in *Mod. I. rev.* 1978, p. 739.
- 56 La *traslatio iudicii* può essere proposta/accettata se lo Stato membro davanti alle cui autorità verrebbe trasferita la (o parte della) causa: a) è divenuto la residenza abituale del minore dopo che l'autorità giurisdizionale di cui al paragrafo 1 è stata adita; o b) è la precedente residenza abituale del minore; o c) è il paese di cui il minore è cittadino; o d) è la residenza abituale di uno dei titolari

membro, allo scopo di ottenere l'affidamento. Il giudice competente può, pertanto, emanare una decisione (esecutiva, sul ritorno del minore) che prevale sull'eventuale decisione di non ritorno, pronunciata dal giudice del luogo ove si trova il minore dopo la sottrazione illecita. Quest'ultima autorità potrà soltanto adottare un provvedimento provvisorio contro il ritorno del minore, a cui, a sua volta, potrà succedere una decisione sull'affidamento emessa nello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente.

Prendiamo, infine, in esame gli aspetti più significativi in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale.

Il regolamento ribadisce⁶¹ la regola dell'immediato ed automatico riconoscimento, all'interno degli altri Stati membri, delle decisioni rese dall'autorità di uno Stato membro, senza necessità di ricorrere ad alcun procedimento (art. 21) e senza possibilità di riesaminare né la competenza giurisdizionale del giudice che ha pronunciato la decisione (art. 24), né il merito della stessa (art. 26). Si tratta di una regola ispirata dal principio della *fiducia reciproca* tra gli stati membri, talché i motivi di non riconoscimento vengono limitati al minimo indispensabile (art. 23, vedi *supra sub* nota 4). Alle decisioni, si ricorda, sono parificati *gli atti pubblici e gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva (considerando n. 22)*.

Con riferimento, invece, all'esecuzione⁶² bisogna distinguere tra le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, regolate dagli artt. da 28 a 37 e quelle in materia di diritto di visita e ritorno del minore, regolate dalla sez. 4 del regolamento.

Le prime possono essere eseguite in un altro Stato membro, purché - esecutive nello stato membro d'origine

della responsabilità genitoriale; o e) la causa riguarda le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore situati sul territorio di questo Stato membro.

57 Per sottrazione internazionale si intende non solo il rapimento di un minore, ma anche l'indebito trasferimento del minore all'estero, senza il consenso dell'altro genitore, o addirittura in assenza di una precedente decisione giudiziaria, sia l'impedimento del suo ritorno nel Paese di abituale residenza, dopo che il trasferimento sia avvenuto per causa legittima. In tema, MORI, *la sottrazione internazionale di minori e le nuove integrazioni normative apportate dal Regolamento CE n. 2201/2003*, in *Psicologia & Giustizia*, Luglio - Dicembre 2005; CLERICI, *Ancora sulle regole internazionali in materia di sottrazione di minori*, in *Fam. dir.*, 2001, 173; DE MARZO, *Sottrazione internazionale di minori e convenzioni applicabili*, in *Fam. dir.*, 1998, 529; SALZANO, *op. cit.*, 47; VERRUCCI, *La sottrazione internazionale di minori da parte di uno dei genitori: la Convenzione Europea e la Convenzione dell'Aja a confronto*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 531.

58 Sottrazione di minore sussiste anche in caso di mancato rientro del minore presso la sua residenza abituale in violazione del diritto di custodia (Cass., 14 febbraio 2000, n. 1596, in *Dir. fam.*, 2000, 1041).

59 Per la nozione di trasferimento illecito, v. art. 2, par. 11, lett. a e b. Va rilevato, inoltre, che l'affidamento si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quanto uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale.

60 Ciò consente di evitare che con mezzi illeciti possa essere artificiosamente creata la competenza di un nuovo giudice in merito all'affidamento ed al diritto di visita del minore.

61 In linea con la disciplina prevista dalla Conv. Bruxelles 28 maggio 1998, concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali e con il Reg. 1347/2000.

62 Le disposizioni del regolamento mirano solo a rendere possibile l'esecuzione di una decisione pronunciata in un altro stato membro in materia di responsabilità genitoriale. Tale evenienza, generalmente, si verifica quando, di fronte al rifiuto altrui di conformare il proprio comportamento ad una decisione resa in uno Stato membro e là suscettibile di essere eseguita coattivamente, l'interessato chiedi al giudice di un altro Stato membro di dichiarare che quella decisione è esecutiva (può essere coattivamente eseguita) in tale Stato. Quest'ultimo procedimento, di esecuzione in senso stretto, (inteso come attuazione coattiva) è regolato dal diritto interno dello Stato membro dell'esecuzione (art. 47).

- siano state dichiarate esecutive⁶³, su istanza della parte interessata, nello Stato membro richiesto⁶⁴ e siano state notificate alla parte tenuta a dare loro esecuzione.

Il giudice decide sull'istanza *senza indugio, inaudita altera parte*; il soggetto contro il quale è richiesta l'esecuzione ed il minore non possono, infatti, presentare osservazioni (art. 31). L'istanza può essere respinta solo per gli stessi tassativi motivi per i quali può essere negato il riconoscimento. In ogni caso non si può procedere al riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro d'origine; il criterio dell'ordine pubblico non può trovare applicazione con riferimento a criteri di giurisdizione indicati nel regolamento e la decisione non può mai essere riesaminata nel merito. Le opposizioni sono regolate dagli artt. 33 ss., in una seconda fase (eventuale ed a contraddittorio pieno), che può essere introdotta sia da colui che ha presentato l'istanza che dalla parte contro cui è fatta valere l'esecuzione⁶⁵.

Passando in rassegna il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di diritto di visita e sul ritorno del minore, va, invece, sottolineato che l'innovazione più significativa è rappresentata dall'eliminazione del procedimento di *exequatur*⁶⁶. La sua applicazione, rimessa alle legislazioni interne dalla Convenzione dell'Aja del 1980, ha spesso costituito un significativo ostacolo al conseguimento degli scopi che quest'ultima si prefiggeva.

In particolare (artt. 41/42)⁶⁷, la decisione esecutiva⁶⁸ emessa in uno Stato membro, con la quale viene conferito il diritto di visita o viene ordinato il ritorno di un minore, è riconosciuta ed è eseguibile in un altro Stato membro in forza della semplice certificazione⁶⁹ dello Stato membro d'origine (sulla base del modello *standard* di cui agli allegati III e IV al Regolamento)⁷⁰. Non è, pertanto, richiesta alcuna procedura di

63 Questa prima fase, improntata sul modello monitorio, inizia con il deposito dell'istanza per ottenere la dichiarazione di esecutività. Competente a decidere sulla domanda di *exequatur* per l'Italia è la Corte d'Appello. La competenza territoriale è determinata dalla residenza abituale della parte contro cui è chiesta l'esecuzione oppure dalla residenza abituale del minore cui l'istanza si riferisce. Ove non sia possibile determinare in tal modo la competenza territoriale, giudice competente è quello del luogo dell'esecuzione (art. 29). Le modalità del deposito dell'istanza sono determinate in base alla legge dello Stato membro dell'esecuzione (art. 30). All'istanza vanno allegati: a) una copia della decisione, che presenti le condizioni di autenticità prescritte (art. 37) ed un certificato rilasciato utilizzando il modello standard di cui all'allegato II, rilasciato dall'Autorità giurisdizionale o altra competente dello Stato membro d'origine. Regole particolari sono stabilite per la decisione contumaciale (art. 37).

64 Nel caso di decisioni da eseguire nel regno Unito, è necessario che esse siano state registrate per l'esecuzione, su istanza della parte interessata.

65 Quest'ultima parte ha soltanto un mese di tempo dalla notificazione per presentare opposizione (due mesi se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione ha la residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata rilasciata la dichiarazione di esecutività).

66 MCELEAVY, *cit.*, 511, parla di *fast track regime* per le decisioni sul diritto di visita e sul ritorno del minore, rispetto allo *standard track regime* applicabile alle altre decisioni.

67 In tema, MAGRONE, *La disciplina del diritto di visita nel regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 339 ss.

68 Non è necessario che la decisione sia passata in giudicato (art. 27). Nella categoria *decisione esecutiva* figurano, pertanto, anche i provvedimenti provvisori e cautelari, per i quali, tuttavia, risulta estremamente difficile che le condizioni poste per il rilascio del certificato siano soddisfatte (BIAGIONI, *cit.*, 1030, in nota).

69 Il giudice di origine prima di rilasciare il certificato deve accertare che: a) in caso di procedimento contumaciale, la domanda giudiziale (o l'atto equivalente) sia stato notificata o comunicata al convenuto in tempo utile e in modo tale che questi possa presentare le proprie difese o, diversamente, il convenuto abbia accettato la decisione inequivocabilmente; b) tutte le parti interessate abbiano avuto la possibilità di essere ascoltate; e c) il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione non sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità.

70 Il regolamento, introduce, così, il cd. *titolo esecutivo europeo* per le decisioni in materia di diritto di visita e di ritorno del minore illecitamente sottratto. La riforma è ispirata sugli stessi principi – la fiducia reciproca fra gli Stati componenti l'UE; la compatibilità fra i sistemi processuali nazionali e la tendenziale equivalenza delle giurisdizioni – che hanno ispirato anche il Reg. (CE) 805/2004 (titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati): LOMBARDINI, *cit.*, 556.

exequatur neppure nel caso in cui la disciplina dello Stato in cui deve essere attuata non preveda l'esecutività di diritto. Le decisioni così certificate sono equiparate, ai fini dell'esecuzione, ai provvedimenti pronunciati nello Stato dell'esecuzione⁷¹. Il certificato viene rilasciato d'ufficio (art. 41 par. 3), quando la pronuncia riguarda un caso che riveste, sin dall'atto della pronuncia, carattere transfrontaliero mentre, se lo diventa solo successivamente, il rilascio avviene su richiesta di una delle parti. Va ricordato, infine, che tale procedimento agevolato si applica indipendentemente dal fatto che ne sia beneficiario il genitore non affidatario o un altro membro della famiglia, quale ad esempio un nonno o una terza persona.

E' contemplata, inoltre, la possibilità, per l'autorità giurisdizionale dello Stato in cui deve essere eseguito il procedimento di stabilire modalità pratiche volte ad organizzare l'esercizio del diritto di visita. Ciò accade quando quelle previste nella decisione da attuare siano insufficientemente dettagliate e sino a che non sia pronunciata un'ulteriore decisione da parte dell'autorità dello Stato competente. I certificati non sono soggetti ad alcuna impugnazione (art. 43 par. 1)⁷², ma perdono efficacia se la decisione viene modificata o annullata nello Stato d'origine.

Come si è potuto agevolmente riscontrare, tutte le convenzioni internazionali si rifanno al principio cardine del *superiore interesse del minore* e non prevedono limitazioni o divieti all'affidamento dei figli ai genitori residenti all'estero o che hanno intenzione di trasferirsi all'estero. Queste ultime circostanze comportano soltanto una più attenta valutazione del caso in esame⁷³. In particolare, la Convenzione di New York sui Diritti del Fanciullo del 20 novembre 1989⁷⁴ riconosce al minore il diritto a mantenere con entrambi i genitori, benché residenti in stati diversi, regolari rapporti personali e contatti diretti (artt. 9 e 10). Per rendere effettivi tali diritti, la Convenzione dell'Aja del 1996, prevede (art. 35) che le autorità di uno Stato contraente possano chiedere a quelle di un altro Stato l'assistenza al fine di garantire il diritto di visita e, comunque, la possibilità di mantenere rapporti personali e contatti diretti con il minore.

Francesco Tedioli

71 Pertanto, il procedimento di esecuzione è disciplinato dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione (art. 47) ed avviene, in base ai già richiamati principi di *compatibilità tra gli ordinamenti* e della *tendenziale equivalenza tra giurisdizioni*, alle stesse condizioni che si applicherebbero se la decisione fosse stata pronunciata in tale Stato membro. Resta fermo, però, che una decisione certificata non può essere eseguita se è incompatibile con una decisione esecutiva emessa posteriormente (art. 47).

72 Ma il controllo circa la conformità del certificato alle previsioni convenzionali (carattere non esecutivo della decisione, incompatibilità con altra decisione...) avverrà in sede di opposizione all'esecuzione secondo le norme e con i limiti della legislazione dello Stato richiesto.

73 Così, Cass., 22.06.1999, n. 6312: *nella materia dell'affidamento di figli minori, in cui il giudice della separazione e del divorzio devono attenersi al criterio fondamentale dell'interesse della prole, la circostanza che uno dei genitori risieda all'estero non limita di per sé l'affidamento del figlio a questi ma comporta una più complessa e delicata indagine circa l'interesse del minore, stante l'inevitabile compressione dei rapporti che il genitore non affidatario dovrà subire e le difficoltà che al medesimo deriveranno nell'espletamento del suo diritto - dovere di concorrere all'istruzione ed all'educazione del figlio.*

74 Tale Convenzione è stata ratificata dall'Italia, con la legge 27 maggio 1991, n. 176.