

Anno XLVII - N. 1
GENNAIO-MARZO 2011

Poste italiane s.p.a. - Spedizione in Abbonamento Postale - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB PADOVA - Pubbl. trim.

Rivista di diritto internazionale privato e processuale

fondata da **MARIO GIULIANO**

diretta da

FAUSTO POCAR *responsabile*

TULLIO TREVES

SERGIO M. CARBONE

ANDREA GIARDINA

RICCARDO LUZZATTO

FRANCO MOSCONI

estratto



EDIZIONI CEDAM - PADOVA

LA SOTTRAZIONE DEI MINORI
NEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE EUROPEO:
IL REGOLAMENTO BRUXELLES II-BIS
E LA CONVENZIONE DELL'AJA DEL 1980 A CONFRONTO *

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. La disciplina del regolamento Bruxelles II-*bis* in materia di sottrazione internazionale dei minori: l'ambito di applicazione. – 3. *Segue*: giurisdizione e riconoscimento delle decisioni. – 4. Possibile interpretazione di alcune norme e procedimenti del regolamento Bruxelles II-*bis* sul modello della convenzione dell'Aja del 1980. – 5. Influenza del regolamento Bruxelles II-*bis* sull'interpretazione delle norme della convenzione dell'Aja. – 6. Effetti dell'interpretazione di alcuni istituti previsti dal regolamento Bruxelles II-*bis* nel diritto processuale civile europeo: i provvedimenti cautelari. – 7. Osservazioni conclusive.

1. La comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile, avvenuta a partire dal trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, è giunta – sia pure per gradi – ad influire in maniera rilevante sulla sottrazione internazionale dei minori nel diritto processuale civile europeo, non solo tramite le norme rilevanti del regolamento Bruxelles II-*bis*,¹ che concorrono con la disciplina di fonte convenzionale, ma anche a seguito delle importanti indicazioni della giurisprudenza elaborata nell'ambito dell'applicazione di tali norme.

L'incidenza del regolamento (CE) n. 2201/2003 sulla materia della responsabilità genitoriale, che comprende espressamente il diritto di affidamento e il diritto di visita (art. 2 par. 7), da intendersi con specifico riferimento, da un lato, alla decisione relativa alla residenza del minore

* Il presente scritto costituisce una rielaborazione dell'intervento svolto al convegno della Camera minorile di Como, a Como, il 17 settembre 2010 sul tema «La tutela processuale del minore negli ordinamenti interno ed internazionale».

¹ Il regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, in questa *Rivista*, 2003, p. 1143 ss., in vigore dal 1° marzo 2005, è noto come regolamento Bruxelles II-*bis* perché sostituisce il regolamento Bruxelles II, ovvero il regolamento n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, *ibidem*, 2000, p. 198 ss., così denominato in quanto rivolto a riformulare il contenuto della convenzione, relativa alle stesse materie (c.d. Bruxelles II, *Ibidem*, 1998, p. 929 ss., quale ideale continuazione della convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale), che il Consiglio aveva adottato il 28 maggio 1998, raccomandandone agli Stati membri l'approvazione secondo le proprie norme costituzionali, e mai entrata in vigore.

(art. 2 par. 9), e, dall'altro lato, al diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza per un periodo limitato di tempo (art. 2 par. 10), evidenzia la necessità che i limiti normativamente posti all'esercizio di tali diritti siano diretti ad impedire il trasferimento del minore in un Paese diverso da quello di residenza abituale, senza il consenso dell'altro genitore, o senza l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria.²

Si delinea così un quadro normativo complesso in cui, accanto alla molteplicità delle fonti da coordinare e da integrare in un sistema univocamente rivolto a realizzare l'obiettivo del rientro del minore, si pone anche la necessità di conciliare le differenti interpretazioni al fine di evitare gravi difficoltà applicative.

Relativamente al quadro normativo, il regolamento Bruxelles II-*bis* integra le disposizioni della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori,³ come precisato dal considerando n. 17 del regolamento,⁴ nonché dall'art. 60 par. 1 lett. e⁵ e dall'art. 62 par. 2, secondo il quale «le convenzioni di cui all'art. 60, in particolare la convenzione dell'Aja del 1980, continuano ad avere efficacia tra gli Stati membri che ne sono parti contraenti conformemente all'art. 60». Si richiamano così i principi generali, secondo i quali le norme regolamentari, direttamente applicabili negli ordinamenti degli

² Ciò non esclude che anche nel regolamento Bruxelles II-*bis* si ribadisca la fondamentale distinzione tra diritto di affidamento e diritto di visita, nel senso secondo il quale è stata interpretata la disciplina prevista dalla convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, sulla quale v. *infra* in questo paragrafo, ovvero al fine di collegare il provvedimento di rientro del minore solo all'ipotesi di violazione del diritto di affidamento. Sul punto, si veda l'orientamento uniforme espresso da Cass., 4 aprile 2006 n. 7864, in questa *Rivista*, 2007, p. 186 ss.; 5 maggio 2006 n. 10374, *ivi*, p. 399 ss.; 4 aprile 2007 n. 8481, *ibidem*, 2008, p. 204 ss.; 2 luglio 2007 n. 14960, *ivi*, p. 524 ss.

³ Convenzione resa esecutiva in Italia con l. 15 gennaio 1994 n. 64, in *Gazz. Uff.*, suppl. ord. al n. 23 del 29 gennaio 1994. Si veda in generale CARELLA, *La convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in questa *Rivista*, 1994, p. 777 ss.

⁴ «In caso di trasferimento o mancato rientro illeciti del minore, si dovrebbe ottenere immediatamente il ritorno e a tal fine dovrebbe continuare ad essere applicata la convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, quale integrata dalle disposizioni del presente regolamento, in particolare l'art. 11. I giudici dello Stato membro in cui il minore è stato trasferito o trattenuto illecitamente dovrebbero avere la possibilità di opporsi al suo rientro in casi precisi, debitamente motivati. Tuttavia una simile decisione dovrebbe poter essere sostituita da una decisione successiva emessa dai giudici dello Stato membro di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento illecito o mancato rientro. Se la decisione implica il rientro del minore, esso dovrebbe avvenire senza che sia necessario ricorrere a procedimenti per il riconoscimento e l'esecuzione della decisione nello Stato membro in cui il minore è trattenuto».

⁵ Si veda inoltre l'art. 59 par. 1 del regolamento Bruxelles II-*bis*, secondo il quale «Fatti salvi gli articoli 60, 63, 64..., il presente regolamento sostituisce, nei rapporti tra gli Stati membri, le convenzioni vigenti alla data della sua entrata in vigore, concluse tra due o più Stati membri su materie disciplinate dal presente regolamento».

Stati membri,⁶ godono di una posizione di primato⁷ e dunque prevalgono su quelle convenzionali, che continuano a produrre effetti nelle materie non disciplinate dalle prime, con riguardo al loro specifico ambito di applicazione⁸. Quanto alle norme dei trattati internazionali, recepiti nell'ordinamento italiano mediante ordine di esecuzione, si ricorda che esse prevalgono sulle norme di legge ordinaria per effetto dell'art. 3 comma 1 della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, che ha modificato il titolo V della parte II della Costituzione, secondo cui la legislazione statale deve esercitarsi «nel rispetto dei vincoli internazionali».⁹

L'applicazione di tali regole non è tuttavia l'unico strumento diretto a garantire il funzionamento della disciplina volta a risolvere il problema della sottrazione internazionale dei minori, essendo stata da tempo evidenziata la necessità di un'adeguata cooperazione internazionale¹⁰ tra le autorità preposte dai vari Paesi (per l'Italia, l'Ufficio centrale per la giustizia minorile del Ministero di grazia e giustizia); queste, per effetto della convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980 relativa al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento (artt. 2-6)¹¹ e della convenzione dell'Aja del 1980, sono state investite di compiti più incisivi in materia.

Tali compiti sono ribaditi dal regolamento Bruxelles II-*bis* (artt. 55-58), secondo il quale la prima funzione delle autorità centrali è l'adozione di misure generali per migliorare l'applicazione del regolamento e rafforzare la cooperazione, ricorrendo alla rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, istituita con la decisione del Consiglio del 28 maggio 2001 n. 2001/470/CE.¹² Su richiesta delle altre autorità o del titolare della responsabilità genitoriale, le autorità possono raccogliere o scambiare informazioni sulla situazione di un dato minore, sui procedimenti eventualmente in corso che lo riguardano e sulle decisioni che siano state adottate. Inoltre le autorità centrali devono fornire informazioni e assistenza a chi intende chiedere il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni sul loro territorio, agevolare

⁶ Sulla nozione di diretta applicabilità si veda, per tutti, LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980.

⁷ Come noto, il primato del diritto comunitario è stato affermato da Corte di giustizia, 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Raccolta*, 1964, p. 1129.

⁸ Per il difficile coordinamento tra la convenzione dell'Aja del 1980 e la convenzione di Lussemburgo del 1980, da risolversi in base alla qualificazione dell'azione proposta, si veda Cass., 20 marzo 1998 n. 2954, in questa *Rivista*, 1999, p. 74 ss.

⁹ Sulla portata di tale legge cfr. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro it.*, 2002, V, 229 ss.

¹⁰ Sul punto si veda BARUFFI, *Osservazioni sul regolamento Bruxelles II-bis*, in BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 212 ss.

¹¹ Convenzione resa esecutiva con l. 15 gennaio 1994 n. 64, in *Gazz.Uff.*, n. 23 del 29 gennaio 1994, in vigore per l'Italia dal 1° giugno 1995.

¹² In *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L 174 del 27 gennaio 2001.

la comunicazione tra le autorità giudiziarie dei diversi Paesi specie nei casi di rientro dei minori, facilitare un accordo tra i titolari della responsabilità genitoriale ricorrendo alla mediazione o ad altri strumenti idonei a risolvere i conflitti familiari.¹³

L'esame dei casi in cui si è posto il problema di applicare la disciplina di fonte europea e internazionale, integrandola con le discipline nazionali, ha tuttavia evidenziato vari profili problematici sui quali pare opportuno riflettere, anche in considerazione del rilievo che la posizione del minore ha assunto quale titolare di diritti fondamentali, latamente riconducibili all'art. 8 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, che rileva, al di là della sua formulazione testuale, soprattutto per l'ampiezza di contenuto attribuita alla nozione di «vita privata e familiare» dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Commissione (sino all'entrata in vigore, il 1° novembre 1998, del protocollo n. 11 alla convenzione di Roma del 1950),¹⁴ nel quadro di una marcata interpretazione evolutiva,¹⁵ secondo la quale si tratta di una nozione non suscettibile di essere definita in maniera esaustiva,¹⁶ in quanto «l'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit sur le plan historique, sociologique ou encore juridique».¹⁷ La

¹³ Al di là dei casi esaminati nel testo, l'autorità centrale interviene (art. 56) ogni volta in cui si tratti di decidere in merito al collocamento del minore in un istituto o nell'ambito di un'altra famiglia affidataria che si trovi in un diverso Stato membro; in tal caso è opportuno che sia consultata l'autorità centrale o altra autorità competente dello Stato in cui dovrebbe aver luogo il collocamento se in tale Stato è previsto l'intervento di un'autorità pubblica nei casi nazionali di collocamento dei minori, e che tale autorità abbia dato la propria approvazione. La consultazione e la approvazione devono avvenire secondo le norme dello Stato richiesto. Se invece il minore deve essere collocato in una famiglia che si trova in un Paese in cui le norme non prevedono nei casi nazionali di collocamento dei minori l'intervento di un'autorità pubblica, sarà sufficiente che la decisione sull'affidamento venga comunicata all'autorità centrale o a un'autorità competente dello Stato in cui ha luogo il collocamento. Il mancato rispetto della procedura così delineata costituisce motivo per il rifiuto del riconoscimento delle decisioni relative alla responsabilità genitoriale, in base all'art. 23 lett. g.

¹⁴ Si veda in generale sul punto COUSSIRAT-COUSTIÈRE, *Famille et Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, p. 281 ss.

¹⁵ Sui caratteri e l'ambito di tale interpretazione si veda in generale FELDMAN, *The developing scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Eur. Human Rights Law Rev.*, 1997, p. 265 ss.; SUDRE, *Les aléas de la notion de "vie privée" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, 1998, p. 687 ss.; PREBENSEN, *Evolutionary Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *Protection des droits de l'homme cit.*, p. 1123 ss., p. 1125; PITEA, *L'interpretazione evolutiva del diritto al rispetto della vita privata e familiare in materia di libertà sessuale e di tutela dell'ambiente*, in PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 384 ss.

¹⁶ Sent. 25 marzo 1993, *Costello-Roberts c. Regno Unito*, Serie A, n. 247-C, punto 36.

¹⁷ Sent. 1° febbraio 2000, *Mazurek c. Francia*, punto 52. Sul punto si veda in generale O'DONNELL, *Protection of Family Life: Positive Approaches and the EHCR*, in *Journ. Soc.*

sottrazione internazionale dei minori e i procedimenti previsti per porvi rimedio sono stati oggetto di attenzione particolare da parte dei giudici di Strasburgo che, tra gli obblighi positivi incombenti sugli Stati per attuare l'art. 8, hanno individuato anche quello di riconoscere le decisioni riguardanti gli attori della vita familiare.¹⁸

2. I procedimenti concernenti i minori che siano stati illecitamente trasferiti da un Paese all'altro sono, come rilevato, disciplinati dal regolamento Bruxelles II-*bis* con riguardo a tutti gli Stati dell'Unione europea eccetto la Danimarca, e relativamente a tutte le ipotesi in cui tale fenomeno sia avvenuto, ovvero non solo nei casi di separazione, divorzio, annullamento del matrimonio, e dunque non solo in ordine ai minori delle coppie coniugate.

L'ambito di applicazione del regolamento Bruxelles II-*bis* è infatti stato esteso (rispetto a quello del regolamento Bruxelles II)¹⁹ per adeguare la disciplina dallo stesso prevista ai nuovi modelli familiari che si sono venuti a delineare in molti Stati membri dell'Unione europea. Il nuovo regolamento concerne, infatti, tutti i procedimenti e le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, incluse le misure di protezione del minore, indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale, con ciò colmando la lacuna che si evidenziava riguardo al regolamento Bruxelles II in merito ai figli di eventuali unioni precedenti, o ai figli naturali di uno dei coniugi che risultassero inseriti nella famiglia: solo i figli di entrambi i coniugi erano sottoposti al regolamento Bruxelles II.²⁰

L'evidente ed ingiustificata differenza di trattamento che si era venuta a determinare nell'ambito dei rapporti familiari tra i figli, nati nell'ambito del

Welfare Fam. Law, 1995, p. 261 ss.; ID., *Parent-Child Relationships within the European Convention*, in LOWE, DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, p. 135 ss.; PISILLO MAZZESCHI, *La protezione della famiglia nel quadro degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, p. 262 ss.; ZENO ZENCOVICH, *Art. 8*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 314 ss.; KILKELLY, *The right to respect for private and family life*, in *Human Rights Handbook*, 1, Strasbourg, 2001, p. 11 ss.

¹⁸ Sent. 25 gennaio 2000, *Ignaccolo Zenide c. Romania*, punto 94 ss.

¹⁹ Sul punto si veda in generale BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 991 ss.; BARUFFI, *La responsabilità genitoriale: competenze e riconoscimento delle decisioni nel regolamento Bruxelles II-bis*, in CARBONE, QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, p. 262 ss.

²⁰ È interessante notare come le ultime applicazioni giurisprudenziali del regolamento Bruxelles II-*bis* riguardino proprio casi concernenti figli di conviventi *more uxorio*: Corte di giustizia, 1° luglio 2010, *Povse c. Alpage*, in causa C-211/10, PPU, in questo fascicolo della *Rivista*, p. 208 ss.; 15 luglio 2010, *Purrucker c. Vallés Pérez*, in causa C-256/09, *ivi*, p. 224 ss., sulla quale v. FERACI, *Riconoscimento ed esecuzione all'estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare: alcune riflessioni sulla sentenza Purrucker*, *ivi*, p. 107 ss.

matrimonio e al di fuori di esso, o nati nell'ambito di altri matrimoni, in contrasto con il piú generale principio di uguaglianza, come sancito nelle diverse fonti internazionali, nazionali ed europee, e, piú in particolare, con il principio espresso dalla Carta europea dei diritti fondamentali (art. 24),²¹ nel solco tracciato dalla convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del fanciullo (art. 3 par. 1), di tutelare l'interesse del minore nell'ambito delle relazioni familiari senza discriminazioni di sorta, ha cosí determinato l'ampliamento previsto nel regolamento Bruxelles II-*bis*, come viene precisato, tra l'altro, dal quinto considerando del regolamento stesso.²² Appare pertanto sicura la riconducibilit  alla disciplina ora in esame dei casi di sottrazione dei minori, nati nell'ambito delle unioni civili, ormai riconosciute e regolate in molti Paesi dell'Unione europea,²³ sia alla luce della «intercambiabilit  dei modelli familiari»²⁴ cui il regolamento pare ispirarsi, sia in ragione dell'espressa previsione, secondo la quale il «titolare della responsabilit  genitoriale»   qualsiasi persona che eserciti la responsabilit  familiare su un minore (art. 2 n. 8), nell'ambito della piú ampia definizione del nuovo concetto di responsabilit  genitoriale.²⁵

Tra le materie sottoposte al regolamento Bruxelles II-*bis*, oltre a quelle indicate dall'art. 1 par. 2, rilevano in maniera particolare il diritto di visita e il diritto di affidamento. La qualificazione del diritto di visita e del diritto di affidamento, come peraltro quella della responsabilit  genitoriale,   identica a quella prevista dalla convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, che regola sia il diritto di visita sia il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo (art. 5 lett. *b*) e testualmente ripresa dall'art. 2 n. 10 del regolamento Bruxelles II-*bis*; in maniera analoga, il diritto di affidamento va inteso con riguardo ai diritti e

²¹ L'art. 24 par. 2 della Carta dispone infatti: «In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorit  pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente».

²² «Per garantire parit  di condizioni a tutti i minori, il presente regolamento disciplina tutte le decisioni in materia di responsabilit  genitoriale, incluse le misure di protezione del minore, indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale».

²³ Sul punto si veda in generale TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, p. 7 ss.

²⁴ In tal senso BARATTA, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in questa *Rivista*, 2005, pp. 578-579, secondo il quale «la disciplina comunitaria promuove cos  la circolazione di modelli giuridici differenziati, considerati in principio equivalenti», rilevando particolarmente la previsione di alcune disposizioni, quale ad es. l'art. 25, secondo il quale non pu  costituire ostacolo al riconoscimento il fatto che la legge dello Stato membro richiesto non preveda per i medesimi fatti la separazione, il divorzio o l'annullamento del matrimonio.

²⁵ ESPINOSA CALABUIG, *La responsabilidad parental y el nuevo reglamento de "Bruselas II-bis": entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal*, in questa *Rivista*, 2003, p. 735 ss.

ai doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione relativa al suo luogo di residenza (art. 2 n. 9 del regolamento Bruxelles II-*bis* e art. 5 lett. *a* della convenzione dell'Aja).²⁶

3. Il sistema dei criteri di giurisdizione introdotti dal regolamento Bruxelles II-*bis* si ispira alle disposizioni corrispondenti della convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 e 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 di protezione dei minori (in vigore dal 14 ottobre 2005 fra dieci Stati).²⁷ Esso infatti prevede, agli artt. 8-13, una serie di regole concernenti la giurisdizione in generale, la giurisdizione in caso di sottrazione di minori, il rientro dei minori, la proroga di giurisdizione e la giurisdizione fondata sulla presenza dei minori, tendenzialmente ispirate al collegamento della residenza del minore, e, più in generale, al principio di prossimità.²⁸

La residenza va definita con riferimento alla presenza fisica del minore in uno Stato membro, ma anche sulla base di «altri fattori idonei a dimostrare che tale presenza non è in alcun modo temporanea od occasionale e che la residenza del minore denota una certa integrazione in un ambiente sociale e familiare»,²⁹ quali ad esempio la durata, la regolarità, le condizioni del soggiorno, la cittadinanza del minore, il luogo e le condizioni della frequenza scolastica, le conoscenze linguistiche e le relazioni familiari e sociali del minore in tale Stato.³⁰

In linea generale, la giurisdizione si individua nello Stato membro in cui

²⁶ Si ritornerà sul punto *infra*, par. 4.

²⁷ Gli Stati membri dell'Unione europea l'hanno sottoscritta a seguito della decisione del Consiglio del 19 dicembre 2002, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 48 del 21 febbraio 2003. Si veda inoltre la decisione del Consiglio del 5 giugno 2008, 2008/431/CE, *ibidem*, n. L 151 del 11 giugno 2008, che autorizza gli Stati membri a ratificare, nell'interesse della Comunità, la convenzione dell'Aja del 1996, ovvero ad aderirvi nell'interesse della Comunità europea e che autorizza alcuni Stati membri a presentare una dichiarazione sull'applicazione delle pertinenti norme interne del diritto comunitario. L'Italia l'ha sottoscritta in data 1° aprile 2003. Sul punto si veda PICONE, *La nuova convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, in questa *Rivista*, 1996, p. 705 ss.

²⁸ Sul quale, v. LAGARDS, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*. *Cours de droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 196, 1986-I, p. 9 ss.

²⁹ Corte di giustizia, 2 aprile 2009, in causa C-523/07, PPU, A, in questa *Rivista*, 2009, p. 750 ss., punto 47. Si veda inoltre, nella giurisprudenza italiana Cass., 16 luglio 2004 n. 13167, *ibidem*, 2005, p. 147 ss.; 21 ottobre 2009 n. 22238, *ibidem*, 2010, p. 474 ss.; s.u., 17 febbraio 2010 n. 3680, *ivi*, p. 750 ss.

³⁰ Si veda inoltre quanto prevede a tale riguardo il considerando n. 12, secondo il quale «È opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale accolte nel presente regolamento si informino all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza. Ciò significa che la competenza giurisdizionale appartiene anzitutto ai giudici

il minore è residente all'epoca dell'instaurazione del procedimento,³¹ salvi i limitati casi in cui la volontà dei genitori può influire sulla determinazione della giurisdizione stessa, secondo quanto prevede l'art. 12. Si tratta dunque di un sistema complessivamente orientato a salvaguardare il superiore interesse del minore avvicinando la controversia in cui lo stesso è coinvolto ad una giurisdizione che sia prossima al caso di specie, principalmente in base alla localizzazione della residenza del minore.

In particolare, nei casi di sottrazione internazionale di minori, è prevista innanzitutto (art. 10) la competenza giurisdizionale del giudice della residenza abituale che il minore aveva immediatamente prima della sottrazione, allo scopo di evitare che con mezzi illeciti si possa creare artificiosamente la competenza di un nuovo giudice in merito all'affidamento e al diritto di visita. Nemmeno l'acquisto di una nuova residenza abituale del minore illecitamente trasferito può far cessare la competenza del giudice della precedente residenza, a meno che all'acquisto della nuova residenza abituale si accompagni l'accettazione da parte del titolare del diritto di affidamento del trasferimento o del mancato rientro (art. 10 lett. *a*), oppure in caso di permanenza del minore in tale Stato per almeno un anno da quando il titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza o avrebbe dovuto avere conoscenza del luogo in cui il minore si trovava e se il minore si è integrato nel nuovo ambiente, quando ricorrono le condizioni indicate nella lett. *b*.³²

Il regolamento Bruxelles II-*bis* introduce, inoltre, nuove disposizioni che consentono alle autorità dello Stato competente di disporre il ritorno del minore nel caso in cui le autorità dello Stato in cui il minore è trattenuto abbiano emanato un provvedimento che respinge la domanda di rientro. Riguardo a queste ultime, il par. 3 dell'art. 11 dispone che l'autorità giurisdizionale competente, alla quale è stata presentata domanda per il ritorno del minore, procede al trattamento della domanda stessa utilizzando le procedure più rapide previste dalla legislazione nazionale, ed emana il provvedimento, salvo circostanze eccezionali, al più tardi entro sei settimane dal ricevimento della domanda.

Per agevolare l'attuazione delle decisioni di rientro, si prevede inoltre

dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, salvo ove si verifichi un cambiamento della sua residenza o in caso di accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale».

³¹ Se tale collegamento non può essere localizzato, si fa riferimento al luogo in cui il minore è presente (art. 13).

³² Tali condizioni riguardano i seguenti casi: se il titolare del diritto di affidamento non ha presentato domanda di ritorno entro un anno da quando ha avuto conoscenza del luogo in cui si trovava il minore alle autorità dello Stato in cui il minore è stato trasferito o dal quale non ha fatto rientro; se la domanda è stata ritirata e non è stata presentata entro l'anno una nuova domanda; se l'autorità giurisdizionale competente ha emanato una decisione sull'affidamento che non prevede il ritorno del minore.

che, se il rifiuto di rientro del minore viene motivato con l'opposizione del minore (art. 13 par. 2 della convenzione), la sua audizione nel procedimento dovrà avvenire a condizione che essa non appaia inopportuna in ragione dell'età o della maturità del minore (art. 11 par. 2); non può essere rifiutato il ritorno del minore se la persona che lo ha chiesto non è stata ascoltata (art. 11 par. 5); in deroga alla disciplina della convenzione dell'Aja (art. 13 par. 1 lett. *b*), non può essere rifiutato il ritorno del minore quando sia dimostrato che sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno (art. 11 par. 4).

Sono state poi introdotte disposizioni speciali (par. 6-8 dell'art. 11) per evitare che una decisione di diniego del rientro del minore adottata nello Stato di trasferimento renda inefficaci le misure sull'affidamento adottate nello Stato competente in base al regolamento. Particolarmente significativo appare, a tale riguardo, l'art. 11 par. 8, secondo il quale la decisione relativa al ritorno di un minore, adottata da un giudice competente in base al regolamento, può comunque prevalere su una decisione contraria resa, secondo quanto prevede l'art. 13 della convenzione dell'Aja del 1980, nello Stato in cui il minore è stato illecitamente trasferito o trattenuto.

Ad esempio, anche se è già stata emessa una decisione che non prevede il ritorno del minore nello Stato della precedente residenza abituale, il provvedimento sul rientro emesso in quest'ultimo deve comunque essere riconosciuto ed eseguito negli altri Stati membri, qualora tale provvedimento sia certificato conformemente alla procedura di cui all'art. 42 par. 2 del regolamento (CE) n. 2201/2003,³³ che prevede sia in ogni caso presa in considerazione la motivazione del giudice che ha emesso il provvedimento ai sensi dell'art. 13 della convenzione dell'Aja del 1980.³⁴

Il regolamento Bruxelles II-*bis* apporta pertanto rilevanti modifiche in ordine alla disciplina giurisdizionale convenzionale dei procedimenti concernenti il rientro dei minori: mentre la convenzione dell'Aja del 1980 e la convenzione dell'Aja del 1996 prevedono che il trasferimento di giurisdizione possa avvenire a favore dello Stato in cui il minore è trattenuto se è stata emessa una decisione di non ritorno e ricorrono determinate circostanze, il regolamento (CE) n. 2201/2003 dispone che le autorità dello Stato ove il minore è trattenuto possano solo adottare un provvedimento provvisorio contro il rientro del minore, al quale dovrebbe far seguito una decisione sull'affidamento resa dai giudici dello Stato di precedente residenza del minore.

³³ Corte di giustizia, 11 luglio 2008, in causa C-195/08, PPU, *Rinau*, in questa *Rivista*, 2009, p. 1134 ss., punto 63.

³⁴ Al riguardo, è stato inoltre puntualizzato che non configura ostacolo alla riconoscibilità della decisione di rientro certificata il provvedimento provvisorio che attribuisca l'affidamento all'altro genitore: così Corte di giustizia, 1° luglio 2010, in causa C-211/10, *Povse* cit.

Il riconoscimento di queste specifiche decisioni concernenti il rientro del minore, analogamente a quello delle decisioni sul diritto di visita, avviene secondo il regime agevolato, ispirato al principio della «reciproca fiducia» tra le autorità giurisdizionali degli Stati membri,³⁵ di cui l'art. 11 par. 8 rappresenta già un sicuro indizio. Allo scopo di rendere più semplice ed immediata l'esecuzione delle decisioni che prescrivono il ritorno del minore, si elimina infatti il procedimento di *exequatur*, che, rimesso alle legislazioni interne dalla convenzione dell'Aja del 1980, ha spesso costituito un significativo ostacolo al conseguimento degli scopi di quella convenzione.

L'operatività del procedimento di *exequatur* è pertanto esclusa dagli artt. 41 e 42 del regolamento, che aboliscono inoltre i controlli sui motivi di non riconoscimento. Le decisioni concernenti il diritto di visita e il rientro del minore, se esecutive nello Stato d'origine e certificate secondo quanto prevede l'art. 41 par. 2, sono riconosciute ed eseguibili in un altro Stato membro senza che sia necessaria alcuna dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento, a meno che il titolare della responsabilità genitoriale non chieda il riconoscimento e l'esecuzione secondo il procedimento ordinario (art. 40 par. 2).³⁶

Le decisioni c.d. certificate sono pertanto equiparate, ai fini dell'esecuzione, ai provvedimenti pronunciati nello Stato dell'esecuzione, e le norme interne di tale Stato disciplinano il procedimento stesso (art. 47 par. 1). Esso sarà svolto alle stesse condizioni che si applicherebbero se la decisione fosse stata pronunciata in tale Stato membro «richiesto» (art. 47 par. 2). In particolare, la decisione certificata non potrà essere eseguita se incompatibile con una decisione esecutiva emessa posteriormente (art. 47 par. 2, ultima frase). Invece, se la legge dello Stato di origine della decisione non prevede l'esecutività in pendenza di impugnazione o del termine per impugnare, il giudice di quello Stato può dichiarare esecutiva la decisione adottata in relazione al diritto di visita o al rientro del minore e rilasciare il certificato (art. 41 par. 1, seconda frase; art. 42 par.1, seconda frase).

La condizione fondamentale affinché la decisione concernente il diritto di visita o il ritorno del minore circoli liberamente in tutti gli Stati membri è l'emissione di un certificato, redatto nella lingua della decisione sulla base dei modelli di cui agli allegati III e IV del regolamento Bruxelles II-*bis*, che

³⁵ Si veda infatti il considerando n. 21 secondo il quale «Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese in uno Stato membro dovrebbero fondarsi sul principio della fiducia reciproca e i motivi di non riconoscimento dovrebbero essere limitati al minimo indispensabile».

³⁶ Su tale aspetto cfr. MAGRONE, *La disciplina del diritto di visita nel regolamento (CE) n. 2201/2003*, in questa *Rivista*, 2005, p. 339 ss.; BARUFFI, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2005, p. 162 ss.

attesti l'esistenza delle condizioni di cui all'art. 41 o all'art. 42: la possibilità che abbiano avuto le parti interessate di essere ascoltate, ivi compreso il minore, salvo ragioni di inopportunità determinate dalla sua età o dal suo grado di maturità; per le decisioni in materia di diritto di visita, nei procedimenti in contumacia, il rispetto dei diritti di difesa del convenuto contumace; per le decisioni relative al ritorno del minore (per le quali il regolamento non considera l'ipotesi che siano state pronunciate in contumacia, a differenza di quelle sul diritto di visita), oltre all'audizione del minore che deve avvenire alle stesse condizioni previste dall'art. 41, e di tutte le parti interessate, è richiesta l'avvenuta valutazione, da parte del giudice del merito, degli elementi di prova in conformità con la convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale di minori (nel caso di una decisione emessa ai sensi dell'art. 11 par. 8 ovvero rovesciando una precedente diversa decisione di diniego di ritorno).

Il certificato di esecutività è emesso d'ufficio (art. 41 par. 3), non è impugnabile, ma è rettificabile per errori materiali, secondo le norme dello Stato d'origine (art. 43). Grazie ad esso, la decisione sul diritto di visita o sul ritorno del minore circola senza alcun intervento da parte dei giudici dello Stato richiesto. Nel certificato, devono essere specificate in dettaglio le misure fissate nel procedimento di ritorno per assicurare la protezione del minore nello Stato di residenza abituale (art. 42 par. 2). Il certificato segue le vicende della decisione e della sua esecutività e pertanto è destinato a perdere effetto se la decisione è annullata o modificata nell'ordinamento di origine.

4. Relativamente al coordinamento tra le fonti che disciplinano la sottrazione internazionale dei minori, il regolamento Bruxelles II-*bis* completa – come si è detto – le disposizioni della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, sulla quale prevale, essendo tuttavia destinato ad integrarsi, insieme a quest'ultima, con le diverse procedure nazionali. Pertanto si segnalano, a livello interpretativo, alcune ipotesi di reciproca influenza, in cui, fermi i principi generali precedentemente esaminati, pare opportuno correggere o interpretare alcune norme del regolamento alla luce della disciplina convenzionale, o viceversa, per realizzarne in maniera più efficace gli obiettivi, tenendo conto delle peculiarità dei sistemi processuali dei singoli Stati membri.

L'influenza della convenzione dell'Aja del 1980 sul regolamento Bruxelles II-*bis* è particolarmente evidente, come già rilevato, in ordine alla qualificazione di alcune nozioni, quale quella del diritto di visita, e del diritto di affidamento, che si definiscono analogamente, entro entrambi gli atti, in maniera autonoma.³⁷ Tale influenza può inoltre estendersi ad

³⁷ Sugli effetti dell'impiego di tali nozioni, come di quella di responsabilità genitoriale, definita secondo lo stesso metodo e testualmente ripresa dalla convenzione dell'Aja del 1996

orientare l'interpretazione generale del testo, secondo le indicazioni del Tribunale dell'Unione europea, per effetto delle quali nelle ipotesi in cui una nozione contenuta in un atto comunitario è «ripresa in modo letterale» da una convenzione internazionale, quest'ultima costituisce un «importante punto di riferimento» per l'interpretazione delle norme comunitarie.³⁸

In altri casi, si pongono però alcuni problemi interpretativi alla luce della diversa formulazione di alcune norme, seppur ispirate allo stesso obiettivo.

Nell'art. 11 del regolamento Bruxelles II-*bis*, può emergere ad esempio una prima differenza rispetto alla corrispondente disciplina della convenzione dell'Aja, secondo la quale l'esigenza di provvedere celermente in ordine al rientro del minore si configura sia in capo alle autorità giurisdizionali sia in capo a quelle amministrative, dal momento che nello stesso si fa espresso riferimento alle autorità giurisdizionali³⁹.

L'apparente differenza può dirsi tuttavia superata alla luce delle previsioni dell'art. 1 par. 1 e par. 2 del regolamento, secondo i quali nell'ambito della nozione di autorità giurisdizionali si possono ricomprendere tutte le autorità degli Stati membri competenti per le materie rientranti nel campo di applicazione del regolamento, intendendosi, d'altra parte per giudice il titolare di competenze equivalenti a quelle del giudice nelle materie che rientrano nel campo di applicazione del regolamento. In questo modo, l'art. 11 del regolamento si coordina perfettamente con la convenzione dell'Aja, riferendosi anch'esso alle autorità amministrative. Dal canto suo, anche la Corte di giustizia di Lussemburgo ha evidenziato le esigenze di rapida definizione delle controversie concernenti il rientro dei minori, che si realizzano anche nella semplicità e immediatezza della procedura di rientro del minore, sempre in vista del principio del «superiore interesse del minore» stesso, applicando per la prima volta il procedimento pregiudiziale d'urgenza, previsto dall'art. 104-*ter* del regolamento di procedura, approvato dal Consiglio nel dicembre 2007 e in vigore dal 1° marzo 2008,⁴⁰ proprio in un caso concernente la sottrazione internazionale di minori.⁴¹ In tale ma-

(art. 1 par. 2), si veda in generale BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione del diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni*, in questa *Rivista*, 2006, p. 369 ss.

³⁸ Trib. I grado, 28 febbraio 2002, in causa T-395/94, *Atlantic Container Line AB e a. c. Commissione*, in *Raccolta*, 2002, p. II-875 ss., punto 147. Sulla competenza, in questo caso integrativa, della Corte di Lussemburgo, si veda in generale BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, p. 426 ss.

³⁹ BEAUMONT, *The jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction*, in *Recueil des Cours*, t. 335, 2007, p. 45.

⁴⁰ In *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. L 24 del 29 gennaio 2008.

⁴¹ Corte di giustizia, 11 luglio 2008, *Rinau* cit.: si trattava di un rinvio pregiudiziale proposto da un tribunale lituano, in merito all'esecuzione di una sentenza resa dall'Amtsgericht Oranienburg tedesco che ordinava il rientro in Germania di una minore affidata al padre te-

teria, il superiore interesse del minore è stato puntualizzato con riferimento alla possibilità di intrattenere relazioni personali regolari con entrambi i genitori, circostanza che rischia di essere compromessa da un trasferimento illecito del minore a seguito di una decisione presa unilateralmente da uno di essi.⁴²

Un'altra norma relativamente alla quale la disciplina del regolamento Bruxelles II-*bis* può essere sottoposta ad un'interpretazione orientata dalle norme della convenzione dell'Aja del 1980 è l'art. 11 par. 7, nella parte in cui richiama la «legislazione nazionale», conformemente alla quale il giudice deve «esaminare» la stessa questione. Tale richiamo va inteso con riguardo alle norme di procedura e alle «regole del giudizio» stabilite dal diritto interno, con la conseguenza che il procedimento di cui al par. 7 dell'art. 11 del regolamento può ispirarsi al modello disposto dall'art. 7 commi 3 e 4 della legge 15 gennaio 1994 n. 64 di esecuzione della convenzione dell'Aja del 1980, che prevede uno speciale procedimento di richiesta di ritorno del minore illecitamente sottratto, instaurato in Italia, seppur per il tramite dell'autorità centrale (artt. 8 e 21 della convenzione), su iniziativa del procuratore della repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo in cui si trova il minore. Entrambi i procedimenti, fermi restando i diversi termini per proporli, appaiono destinati a concludersi con un decreto immediatamente esecutivo e ricorribile in cassazione. Pertanto, secondo indicazioni giurisprudenziali autorevolmente rivolte a sostenere l'interpretazione analogica dell'art. 11 par. 7 del regolamento,⁴³ il richiamo alla «legislazione nazionale» da quest'ultimo previsto può consentire di ritenere applicabile, con specifico riferimento all'ordinamento italiano, il modello dell'art. 7 della legge n. 64/94 al procedimento regolato dai par. 7 e 8 dell'art. 11 del regolamento Bruxelles II-*bis*.

5. L'integrazione della disciplina della convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 da parte del regolamento Bruxelles II-*bis* avviene anche tramite l'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea, che è inter-

desco in sede di divorzio e temporaneamente trasferita in Lituania dalla madre lituana. Analoga esigenza è stata ravvisata nel caso deciso dalla Corte con sent. 23 dicembre 2009, in causa C-403/09 PPU, *Deticek c. Sgueglia*, in questa *Rivista*, 2010, p. 528 ss., a seguito di un rinvio pregiudiziale proposto da un tribunale sloveno, concernente il contrasto tra due provvedimenti cautelari emessi dal giudice italiano e dal giudice sloveno in merito a una minore figlia di una coppia italo slovena e condotta dalla madre in Slovenia; ed anche nel caso deciso dalla Corte con sent. 1° luglio 2010, *Povse* cit., a seguito di un rinvio pregiudiziale proposto dall'Oberster Gerichtshof austriaco nella controversia concernente la sottrazione illecita di una minore, figlia di cittadina austriaca e cittadino italiano, al termine della convivenza *more uxorio* dei genitori.

⁴² Corte di giustizia, 23 dicembre 2009, *Sgueglia* cit., punto 56.

⁴³ Si veda in tal senso Cass., 14 luglio 2010 n. 16549.

venuta a chiarire il significato di alcune disposizioni regolamentari, puntualizzando significativi aspetti rivolti a un più efficace coordinamento della medesima con la disciplina convenzionale e quella di fonte interna.

Principio fondamentale della materia è il superiore interesse del minore, da intendersi, come si è detto, con riferimento alla possibilità per il minore di intrattenere relazioni personali regolari con entrambi i genitori.⁴⁴

A tale scopo, è stata innanzitutto elaborata la c.d. autonomia procedurale della decisione di rientro del minore. La Corte di giustizia di Lussemburgo ha infatti precisato che, una volta che una decisione contro il rientro sia stata emanata e portata a conoscenza del giudice d'origine, è irrilevante, ai fini del rilascio del certificato che conferisce esecutività alla decisione di tale giudice, che la decisione iniziale contro il rientro sia stata sospesa, riformata, annullata o comunque non sia passata in giudicato o sia stata sostituita da una decisione di rientro, quando il rientro del minore non ha effettivamente avuto luogo. Non essendo stato sollevato alcun dubbio in merito all'autenticità di tale certificato ed essendo stato quest'ultimo redatto conformemente alle disposizioni del regolamento, l'opposizione al riconoscimento della decisione di rientro è vietata ed al giudice adito spetta solo constatare l'esecutività della decisione certificata e pronunciare il rientro immediato del minore.⁴⁵ L'esecutività di una decisione che prescrive il ritorno di un minore, successiva ad un provvedimento contro il ritorno, beneficia dell'autonomia procedurale al fine di non ritardare il rientro di un minore illecitamente trasferito o trattenuto in uno Stato membro.⁴⁶

Un altro aspetto relativamente al quale la disciplina di fonte europea è stata interpretata per consentirne l'integrazione con la regolamentazione di fonte interna riguarda l'esperibilità e le condizioni di un'azione di non riconoscimento di una decisione eseguibile negli Stati membri dell'Unione europea.

Nel noto caso *Rinau*, in cui la Corte ha ritenuto trattarsi di decisione automaticamente esecutiva, in quanto certificata secondo le norme del regolamento e quindi non suscettibile di essere oggetto di un'azione di non riconoscimento, la Corte non ha però escluso che, secondo quanto prevede l'art. 21 par. 3, ogni parte interessata possa far dichiarare che una decisione debba o meno essere riconosciuta, ad eccezione dei casi in cui il procedimento riguardi una decisione certificata. L'istanza di non riconoscimento potrebbe essere proposta, secondo la Corte, ove consentisse di soddisfare esigenze (procedurali e sostanziali) afferenti alla tutela del preminente interesse del minore e in generale della famiglia,⁴⁷ e potrebbe

⁴⁴ Corte di giustizia, 23 dicembre 2009, *Sgueglia* cit., punto 56.

⁴⁵ Corte di giustizia, 11 luglio 2008, *Rinau* cit., punto 63.

⁴⁶ Corte di giustizia, 11 luglio 2008, *Rinau* cit., *loc. ult. cit.*

⁴⁷ Corte di giustizia, 11 luglio 2008, *Rinau* cit., punti 95-97.

dar luogo ad un procedimento caratterizzato da alcune deroghe alle regole generalmente previste per il procedimento di *exequatur*.⁴⁸

Sempre allo scopo di favorire la circolazione delle decisioni di rientro dei minori, si segnala l'orientamento secondo il quale un provvedimento cautelare sulla responsabilità genitoriale che attribuisca l'affidamento del minore a un genitore e che sia pronunciato dal giudice dello Stato di trasferimento illecito del minore non può ostacolare il riconoscimento del provvedimento pronunciato dal giudice dello Stato di precedente residenza del minore e che ordini il rientro del minore stesso.

L'art. 20 del regolamento Bruxelles II-*bis* prevede che i giudici di uno Stato membro nel quale si trovi il minore sono autorizzati, in presenza di determinati presupposti, ad adottare i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla loro legge nazionale, anche se il regolamento conferisce ad un giudice di un altro Stato membro la competenza a conoscere del merito. Tuttavia «costituendo un'eccezione al sistema di competenze previsto dal citato regolamento, la disposizione di cui sopra dev'essere interpretata restrittivamente»,⁴⁹ ovvero quando ricorrono tre condizioni: l'urgenza, la presenza delle persone nello Stato membro, la provvisorietà.⁵⁰

6. Nel procedimento interpretativo, rivolto ad integrare la disciplina del regolamento Bruxelles II-*bis* in materia di sottrazione internazionale dei minori con quella di fonte convenzionale e interna, si segnala inoltre una recente tendenza della Corte di Lussemburgo, diretta a influire sull'applicazione di istituti secondo criteri e principi differenti da quelli sino ad ora elaborati dalla stessa Corte. Al fine di realizzare gli obiettivi del regolamento, e di evitare l'elusione delle norme rivolte a contrastare l'illecito trasferimento dei minori, è stata infatti recentemente esclusa la possibilità che i provvedimenti cautelari beneficino del regime di riconoscimento previsto dal regolamento.⁵¹

In un caso recentemente prospettato alla Corte di Lussemburgo a seguito di un rinvio pregiudiziale del Bundesgerichtshof tedesco, nell'ambito di una controversia sull'affidamento di due minori contesi dalla madre tedesca e dal padre spagnolo alla fine della convivenza tra i due, si pone infatti il problema di applicabilità del procedimento di *exequatur* a una decisione pronunciata da un giudice spagnolo contenente provvedi-

⁴⁸ Quale ad es. il divieto di osservazioni disposto dall'art. 31 par. 1 in capo alla parte contro cui si propone il procedimento di *exequatur*, che in caso di azione di non riconoscimento verrebbe a cadere, stante il carattere negativo del giudizio così proposto: Corte di giustizia, 11 luglio 2008, *Rinau* cit., punti 103-105.

⁴⁹ Corte di giustizia, 23 dicembre 2009, *Sgueglia* cit., punto 38.

⁵⁰ Corte di giustizia, 2 aprile 2009, *A* cit., punto 47.

⁵¹ Corte di giustizia, 15 luglio 2010, *Purrucker* cit., punto 92.

menti provvisori (regolati dall'art. 20 del regolamento Bruxelles II-*bis*), volti a favorire il rientro di uno dei due minori trasferito dalla madre in Germania, mentre la sorella gemella rimane ricoverata in un ospedale spagnolo.

Al di là delle critiche che potrebbero essere mosse alla sentenza pronunciata nel caso in esame, relativamente all'affermata assenza di prove circa la competenza del giudice spagnolo a ordinare il rientro del minore in quanto giudice della residenza di quest'ultimo preesistente all'illecito trasferimento,⁵² o in ordine alla qualifica come cautelari dei provvedimenti adottati dal giudice spagnolo, seppure in assenza delle condizioni ritenute necessarie a tale qualificazione,⁵³ è interessante notare il mutamento di indirizzo della Corte in ordine alla riconoscibilità dei provvedimenti cautelari, a suo parere non riconducibili alla decisioni definite dall'art. 2 par. 4 del regolamento in esame, e dunque non suscettibili di riconoscimento ai sensi dell'art. 21 ss., sulla base dei limitati effetti territoriali che si devono riconoscere a tali provvedimenti, nel rispetto dei lavori preparatori del regolamento Bruxelles II-*bis*.⁵⁴

Come noto, nel diritto processuale civile europeo, tali provvedimenti, pur essendo stati sottoposti ad un regime speciale di giurisdizione, collegato alla loro particolare natura e funzione, sia nella convenzione di Bruxelles del 1968 sia nel regolamento Bruxelles I,⁵⁵ sono comunque suscettibili di «divenire oggetto di riconoscimento e di autorizzazione all'esecuzione alle condizioni stabilite dagli articoli 25-49 della convenzione»,⁵⁶ se adottati in materia civile e commerciale. Inoltre si è posto concretamente il problema di verificare se tali provvedimenti possano impedire il riconoscimento di sentenze straniere contrastanti,⁵⁷ ampliando l'ambito materiale dell'art. 34 par. 4 del regolamento Bruxelles I.

⁵² Corte di giustizia, 15 luglio 2010, *Purrucker* cit., punti 65 e 67.

⁵³ Ovvero: la presenza della persona o dei beni su cui incidono nello Stato in cui sono adottati; il carattere provvisorio e urgente può invece ritenersi esistente nel caso di specie. Sulle condizioni, si veda Corte di giustizia, 23 dicembre 2009, *Sgueglia* cit., punto 39.

⁵⁴ Corte di giustizia, 15 luglio 2010, *Purrucker* cit., punti 84 e 85. Si veda in particolare BORRÀS, *Relazione esplicativa relativa alla convenzione stabilita sulla base dell'art. K3 del trattato sull'Unione europea concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali*, in questa *Rivista* 1998, p. 943 ss.

⁵⁵ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in questa *Rivista*, 2001, p. 815 ss.

⁵⁶ Corte di giustizia, 21 maggio 1980, in causa 125/79, *Denilauler*, in questa *Rivista*, 1981, p. 188 ss., punto 17.

⁵⁷ Corte di giustizia, 6 giugno 2002, in causa C-80/00, *Italian Leather s.p.a.*, in questa *Rivista*, 2002, p. 498 ss. Su di essa si veda criticamente CONSOLO, MERLIN, *Conflitto fra provvedimenti sommari cautelari e diniego di riconoscimento: la Italian Leather segna una forzatura*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 110 ss.

Occorre tuttavia sottolineare al riguardo che, al di là delle difficoltà teoriche che si pongono all'atto dell'individuazione dell'inconciliabilità tra i provvedimenti cautelari, per loro natura provvisori e strumentali, e una decisione di merito definitiva,⁵⁸ ammettendo che un provvedimento cautelare possa impedire il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione straniera, qualora determini conseguenze inconciliabili con quest'ultima,⁵⁹ è ipotizzabile un ricorso a tali provvedimenti nelle ipotesi in cui si ritenga preferibile far valere in via cautelare l'*exceptio rei iudicatae*, prima che abbia luogo il procedimento determinato dall'iniziativa di parte, ovvero di chi ha interesse a impugnare la decisione che dichiara la riconoscibilità o l'esecutività della sentenza straniera, al fine di far valere gli impedimenti in presenza dei quali l'art. 34 del regolamento Bruxelles I stabilisce che le decisioni non sono riconosciute (art. 43).

Seguendo questa ipotesi, vi è tuttavia il rischio di rendere definitiva la soluzione prevista dallo stesso provvedimento cautelare, con la possibilità che la medesima fattispecie sia soggetta a un trattamento giuridico opposto,⁶⁰ aggravato, tra l'altro, dall'inapplicabilità ai provvedimenti cautelari delle regole su litispendenza e connessione.⁶¹

Alla luce di tali profili problematici, la Corte di giustizia del Lussemburgo ha elaborato alcune indicazioni in merito ai provvedimenti concernenti il rientro del minore sottratto: «ammettere il riconoscimento e l'esecuzione di provvedimenti rientranti nell'art. 20 del regolamento (CE) n. 2201/2003 in ogni altro Stato membro, compreso lo Stato competente nel merito, creerebbe inoltre un rischio di elusione delle regole di competenza stabilite da tale regolamento, nonché un rischio di "forum shopping", circostanza che sarebbe in contrasto con gli obiettivi perseguiti da detto regolamento e, segnatamente, con la considerazione del superiore interesse del minore».⁶²

Tale conclusione, peraltro problematica secondo altri profili più generalmente riconducibili alla certezza e uniformità del riconoscimento delle decisioni giudiziarie entro l'Unione europea, non esclude tuttavia, nell'opi-

⁵⁸ Sulle quali, si veda in senso analogamente critico BIAGIONI, *Interferenze tra provvedimenti provvisori o cautelari e decisione di merito nella convenzione di Bruxelles*, in *Riv. dir. int.*, 2002, pp. 711 ss., 715 ss.

⁵⁹ V. in tal senso Cass. fr., 28 febbraio 2006, in *Revue critique*, 2006, p. 848 ss.

⁶⁰ O eventualmente oggetto di un diniego di giustizia nelle ipotesi in cui i giudici dello Stato richiesto siano privi di competenza giurisdizionale. Sul punto cfr. in generale DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Paris, 1972, p. 282 ss.; GAJA, *Sui rapporti fra la convenzione di Bruxelles e le altre norme concernenti la giurisdizione e il riconoscimento di sentenze straniere*, in questa *Rivista*, 1991, p. 253 ss.

⁶¹ Si veda sul punto HARTLEY, *Interim Measures Under the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention*, in *Eur. Law Rev.*, 1999, p. 674 ss.; BIAGIONI, *Interferenze tra provvedimenti cit.*, p. 717.

⁶² Corte di giustizia, 15 luglio 2010, *Purrucker cit.*, punto 91.

nione della Corte,⁶³ che i provvedimenti provvisori e cautelari concernenti i minori possano essere riconosciuti all'interno degli Stati membri secondo la disciplina posta dalle normative nazionali, oltre a quella prevista dagli atti internazionali (ad esempio dalla convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980), con ciò trasferendo il problema interpretativo e applicativo alle giurisdizioni nazionali, con possibili soluzioni differenti alla luce dei diversi sistemi processuali.⁶⁴

7. I profili sino ad ora considerati in merito all'applicazione del regolamento Bruxelles II-*bis* in coordinamento con la convenzione dell'Aja del 1980 vanno infine confrontati con le norme internazionali di tutela dei diritti degli individui.

L'analisi della recente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo ha evidenziato, quale tratto comune, la necessità che la semplicità e immediatezza della procedura di rientro del minore, la quale si caratterizza nell'ambito del regolamento Bruxelles II-*bis* per l'abolizione dell'*exequatur* delle sentenze che la riguardano, debba necessariamente essere a sua volta coordinata con il rispetto dei diritti fondamentali del minore.⁶⁵

Come noto, le norme di tutela dei diritti fondamentali degli individui impongono obblighi positivi in capo agli Stati, secondo quanto prevede ad esempio l'art. 8 della convenzione europea dei diritti dell'uomo. In esso si stabilisce il «diritto al rispetto» della vita privata e familiare,⁶⁶ che «può implicare l'adozione di misure rivolte ad assicurare il rispetto della vita privata anche nell'ambito delle relazioni tra individui».⁶⁷ Si tratta pertanto di obblighi di risultato, in quanto la scelta del mezzo idoneo a perseguire la realizzazione dei medesimi è lasciata ai singoli Stati.⁶⁸

Nella definizione degli obblighi positivi, si pone poi il problema di verificare se possa assumere rilevanza il par. 2 dell'art. 8, in merito ai limiti che gli Stati possono porre a tali diritti per esigenze di ordine pubblico interno. Ciò in ragione del fatto che secondo alcuni, tale disposizione diventa irrilevante nella definizione degli obblighi positivi, dal momento che

⁶³ *Ivi*, punto 92.

⁶⁴ Nell'ordinamento italiano, si pensi ad es. agli effetti dell'applicazione dell'art. 669 *novies*, terzo comma cod. proc. civ., secondo il quale il provvedimento cautelare perde efficacia se è pronunciata una sentenza straniera (anche non passata in giudicato), che dichiara inesistente il diritto per il quale il provvedimento era stato concesso.

⁶⁵ Corte di giustizia, 23 dicembre 2009, *Sgueglia* cit., punto 61.

⁶⁶ KILKELLY, *The right to respect* cit., p. 20.

⁶⁷ Sent. 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, Série A 91, punto 22.

⁶⁸ Cfr. *amplius* sul punto TOMUSCHAT, *What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights*, in LAWSON, DE BLOIS, *The Dynamics of Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of H.G. Schermers*, Dordrecht-Boston-London, 1994, p. 315 ss.

lo Stato non potrebbe nel caso invocare quell'interesse della collettività che invece consente le interferenze nei diritti dell'individuo.⁶⁹

In realtà, al di là di un nucleo di diritti (*core rights*) di rilevanza primaria per i quali non valgono le limitazioni del par. 2 dell'art. 8 CEDU (nel senso che il solo fatto che uno Stato non ne riconosca l'esistenza viola l'art. 8 par. 1), la Corte non pare essersi mai discostata dalla considerazione dell'interesse generale anche in ordine alla definizione degli obblighi positivi.⁷⁰ L'identificazione dei criteri concernenti il contenuto e le finalità di tali obblighi presenta alcune difficoltà; se da un lato la definizione di obblighi positivi limita il potere discrezionale degli Stati nell'applicazione della convenzione europea, imponendo loro un obbligo di agire, dall'altro la Corte riconosce agli Stati stessi un margine d'apprezzamento, delimitato secondo parametri classici: le circostanze di tempo e di luogo, la natura del diritto in causa o delle attività in gioco, lo scopo perseguito e l'esistenza di elementi comuni ai sistemi giuridici degli Stati membri.⁷¹

In materia di sottrazione internazionale dei minori, è stato da tempo individuato un legame evidente tra la tutela del diritto al rispetto della vita familiare, di cui all'art. 8 della convenzione di Roma del 1950, e gli obblighi posti dalla convenzione dell'Aja del 1980. Ad esempio nella sentenza pronunciata nel caso *Ignaccolo Zenide c. Romania*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato la Romania perché, in un procedimento volto a ottenere il rientro di due minori sottratte dal padre alla madre che ne aveva l'affidamento, non aveva adottato le misure adeguate per assicurare l'ordine di rientro in tempi utili all'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare.⁷² La necessità di interpretare l'art. 8 alla luce degli obblighi internazionalmente assunti dagli Stati in materia, anche con la convenzione dell'Aja del 1980,⁷³ ha così determinato la formazione di un significativo orienta-

⁶⁹ CONNELLY, *Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1986, p. 572.

⁷⁰ Si veda in generale sul punto VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *Riv. dir. int.*, 2005, p. 970 ss.

⁷¹ Cfr. SUDRE, *Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Protection des droits de l'homme cit. (supra, nota 15)*, p. 1359 ss.

⁷² Sent. 25 gennaio 2000, *Ignaccolo Zenide c. Romania cit.*, punto 94: vari sono gli elementi che vanno considerati nella violazione da parte di uno Stato dell'art. 8 della convenzione europea; nonostante le difficoltà che possono sorgere nel momento in cui si ricongiungono i figli con il genitore al quale erano stati sottratti, è incontestabile l'obbligo dello Stato nell'adempimento del diritto alla vita familiare di cui all'art. 8.

⁷³ Sent. 25 gennaio 2000 cit., punto 95. Si veda anche la *dissenting opinion* del giudice Maruste, che rileva come le minori, nel caso di specie, non siano state sentite, circostanza attualmente non più possibile alla luce dell'art. 11 par. 2 del regolamento Bruxelles II-bis. Nello stesso senso si veda ad es. le sent. 26 giugno 2003, *Maire c. Portogallo*, in causa 48206/99, in cui la Corte condanna il Portogallo per il ritardo nell'esecuzione dell'ordine di rientro a favore di un padre cittadino francese; 13 settembre 2005, *H. N. c. Polonia*, in causa 77710/

mento giurisprudenziale, volto a rafforzare gli obblighi sanciti dalla convenzione dell'Aja del 1980, ribaditi ed integrati dal regolamento Bruxelles II-*bis*, ai fini di un piú effettivo rispetto del diritto alla vita familiare dei minori.

01, in cui si condanna la Polonia per mancata esecuzione del rientro a favore di un padre norvegese; 8 gennaio 2008, *P.P. c. Polonia*, in causa 8677/03, relative a un'azione instaurata da un cittadino italiano dinanzi ai giudici polacchi, perché in tale paese erano state condotte le figlie dalla madre; nonostante le stesse fossero state nascoste, la Corte ravvisa una violazione dell'art. 8 della convenzione del 1950 perché le autorità polacche avevano omesso di porre in essere le misure necessarie all'attuazione dell'ordine di rientro. Sul punto si veda inoltre BEAUMONT, *The jurisprudence of the European Court of Human Rights* cit., p. 45 ss.

