

GRUPPO DI LAVORO SULLA SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE

Breve relazione introduttiva

Con la globalizzazione dei mercati sono in aumento le cd coppie miste e, di conseguenza, sono in aumento anche le controversie concernenti la responsabilità genitoriale con il coinvolgimento di figli minori che vengono condotti in un paese diverso dal luogo di abituale residenza

Nei primi anni di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980 la sottrazione internazionale del minore conteso avveniva ad opera del genitore non affidatario il quale, al termine del periodo concesso per l'esercizio del suo diritto di visita, tratteneva il figlio presso di sé, in violazione di quanto previsto dall'accordo di separazione o dal provvedimento del giudice.

Negli ultimi anni di applicazione della normativa convenzionale la tipologia delle sottrazioni è mutata e sono molteplici i casi in cui uno dei due genitori – in genere la madre - contitolare del diritto di affidamento sul minore, a seguito della separazione con l'altro genitore, provvede a condurre il minore nel suo paese di origine (che è un paese diverso dal paese di residenza del nucleo familiare prima della separazione) adducendo molto spesso violenze, maltrattamenti, mancato mantenimento da parte dell'altro coniuge/convivente.

In entrambe le tipologie di situazioni si configura la sottrazione internazionale del minore che può essere qualificata come illecito trattenimento nel primo caso e sottrazione nel secondo caso: in entrambe le fattispecie il minore, in violazione dei diritti di custodia riconosciuti ai genitori (o ad enti o istituzioni) in base alla legislazione dello Stato di residenza abituale, viene allontanato dalla sua residenza abituale in assenza di un accordo di entrambi i genitori o gli esercenti la potestà genitoriale o ancora in violazione di un provvedimento della competente Autorità (Giudiziaria o Amministrativa).

La Convenzione dell'Aja del 1980 è lo strumento convenzionale più applicato in materia (per il numero dei Paesi che lo hanno ratificato) e tutela il diritto del minore a non essere allontanato dal luogo di abituale residenza (la Convenzione ha anche l'obiettivo di assicurare che i diritti di affidamento e visita previsti in uno Stato contraente siano effettivamente rispettati negli altri Stati) e prevede che sia il giudice dello stato di rifugio del minore (dove il minore è stato condotto a seguito della sottrazione) a decidere sulla domanda di rimpatrio. Il giudice del luogo ove il minore è stato condotto, senza entrare nel merito di eventuali provvedimenti finalizzati a stabilire le modalità di affidamento rimessi al giudice competente del luogo di abituale residenza del minore, decide sulla sottrazione internazionale con un procedimento di natura possessoria, di rapida definizione.

E' pacifico, infatti, che le norme contenute nella Convenzione sono finalizzate ad assicurare l'immediato rientro del minore, mantenendo la giurisdizione quanto alla adozione delle misure relative alla determinazione delle misure di affidamento alle competenti autorità (giurisdizionali o amministrative) del luogo di residenza abituale del minore.

La Convenzione è un trattato con finalità eminentemente procedurali, posto che stabilisce i tempi della domanda di rimpatrio (entro un anno dalla avvenuta sottrazione, cfr. art 12), i requisiti per il suo accoglimento (art 3), il sistema di cooperazione delle AACC (art 7), i casi di deroga all'obbligo di ritorno del minore contemplati dall'art. 13.

Con la legge n64/94 l'Italia ha ratificato la Convenzione dell'Aja prevedendo all'art 7 che la domanda di rimpatrio sia presentata dall'istante tramite il sistema di cooperazione delle AACC (o direttamente dall'interessato ex art 29 della Convenzione dell'Aja) previa localizzazione del minore sul territorio italiano; la disposizione prevede inoltre che sia competente a decidere il TM del luogo ove il minore si trova e che l'istanza di rimpatrio sia presentata dal PMM (che rappresenta la parte istante ma soprattutto il minore e tutela il suo diritto a non essere allontanato dalla sua abituale residenza) che richiede con ricorso in via d'urgenza al TMM la fissazione della udienza di discussione sulla domanda di rimpatrio.

Il procedimento dinanzi al TM ha natura camerale contenziosa (trattasi di un procedimento camerale di cd volontaria giurisdizione, inquadrabile nei procedimenti speciali in materia di famiglia e soggetto alle disposizioni comuni dei procedimenti in camera di consiglio che deve essere assistito dalle garanzie proprie del processo civile tra le quali la garanzia del contraddittorio, cfr tra le tante Cass 12293/2010). Il provvedimento deve essere adottato entro 30 giorni dalla data del deposito del ricorso (cfr. art 2, comma 2,) sentito il genitore sottrattore, il minore sottratto (audizione che la disposizione in commento prevede “se del caso” ma che oramai deve ritenersi necessaria ai sensi delle Convenzioni internazionali, quali la Convenzione di N.Y. del 1989 e quella di Strasburgo del 1996, oltre che della previsione di cui all’art 11 del Regolamento (CE) n.2201/2003 e le Linee Guida del Consiglio d’Europa) e il PMM ed eventualmente l’istante che ha diritto ad essere informato e a partecipare al processo ma non ha il dovere di costituirsi in giudizio, essendo la costituzione in giudizio una mera facoltà (cfr. Cass. 17201/11).

Il decreto di accoglimento della istanza è immediatamente esecutivo ed è ammesso solo il ricorso per Cassazione che non sospende l’efficacia esecutiva del decreto di rimpatrio . Al riguardo si segnala un recente orientamento della giurisprudenza di merito che ha ritenuto che, in pendenza del ricorso per cassazione, il genitore sottrattore possa proporre una istanza di sospensione dell’esecuzione dell’ordine di rimpatrio rappresentando la minaccia di un grave ed irreparabile danno che potrebbe derivare dall’esecuzione dell’ordine di rimpatrio (cfr. Tribunale per i Minori di Firenze, sentenza depositata in data 27/10/2012 n.1481/2012)

Con il Regolamento (CE) n2201/03 (cd Regolamento Bruxelles II bis, da ora Regolamento) il legislatore europeo ha provveduto ad integrare la disciplina introdotta dalla Convenzione dell’Aja del 1980, introducendo una disciplina che rinvia alla disciplina della Convenzione dell’Aja e introduce una tutela rafforzata del diritto del minore a rientrare nel luogo di abituale residenza . Ovviamente trova applicazione se la sottrazione si verifica nell’ambito dei Paesi della UE .

La Convenzione ratificata da tutti gli Stati Membri dell’Unione (nel prosieguo SM), continua ad essere applicata, ma con l’entrata in vigore del Reg. Bruxelles II *bis*, le tutele per il ritorno del minore risultano rafforzate. Il quadro che emerge è complesso e implica l’applicazione delle diverse fonti a seconda delle situazioni concrete che si realizzano.

Infatti, se la sottrazione si realizza all’interno dell’UE con il trasferimento o il trattenimento illecito di un minore da uno SM all’altro, si applicherà quanto previsto dalla Convenzione come integrata dalle disposizioni del Reg. Bruxelles II bis, mentre se la sottrazione viene operata sottraendo il minore da uno SM e conducendolo in Stato terzo contraente la Convenzione o viceversa da quest’ultimo ad uno SM si applicherà la sola Convenzione; quanto, invece, la sottrazione veda coinvolti stati che non abbiano ratificato la Convenzione si applicheranno convenzioni bilaterali (laddove esistenti), ovvero dovrà farsi ricorso alla complessa via diplomatica di risoluzione dei conflitti.

Il sistema procedimentale introdotto dal Regolamento si differenzia dal sistema della Convenzione dell’Aja del 1980 , in quanto l’autorità giudiziaria alla quale spetta in ultima istanza la decisione sul ritorno del minore non è quella del luogo ove il minore è stato condotto, ma quella del luogo in cui questi aveva la residenza abituale prima della illecita sottrazione .

In particolare il Regolamento (CE) n 2201/03 , con la disposizione di cui all’art 11 che occuperà buona parte del lavoro del gruppo , nel rinviare ed integrare la procedura introdotta dalla Convenzione dell’Aja (tempi della procedura, obbligo di ascolto del minore , obbligo di ascolto del genitore sottrattore) tenta di operare un coordinamento con la Convenzione dell’Aja, rimettendo al giudice dello stato di rifugio la possibilità di decidere sulla domanda di rimpatrio in via non definitiva (come avviene con la Convenzione dell’Aja), ma in via provvisoria (ovviamente nel caso in cui ritenga di respingere la domanda di rimpatrio ai sensi dell’art 13 della Convenzione) e rimettendo al giudice dello Stato di abituale residenza del minore la valutazione “definitiva” con l’adozione di una decisione immediatamente esecutiva ex art 42 del Regolamento .

Tale rivoluzione copernicana comporta non pochi problemi di raccordo e di compatibilità dei due strumenti normativi in relazione ai quali dovranno valutarsi anche gli orientamenti giurisprudenziali della CtEDU e della Corte di Giustizia i quali purtroppo, in materia di sottrazione internazionale, non risultano sempre univoci e concordi .

La finalità di questo gruppo di studio è proprio quella di tentare di fare il punto sulle criticità emerse in sede di necessario raccordo delle due discipline al fine di concorrere alla individuazione di un contesto giurisdizionale integrato (almeno per quanto compete alla Autorità giudiziaria italiana e alla Autorità centrale) che costituisce il necessario presupposto per la corretta applicazione del Regolamento.

Segnalo solo che, dall'osservatorio privilegiato della Autorità centrale italiana , emerge che l'applicazione della normativa sulla sottrazione internazionale da parte delle competenti Autorità giudiziarie risulta essere, nella gran parte dei casi, coerente e adesiva al dato normativo (genericamente inteso) soprattutto con riguardo ai tempi della decisione di rimpatrio e alle modalità procedurali e che tale considerazione non vale per la applicazione della disciplina convenzionale e regolamentare da parte delle Autorità Giudiziarie estere (sia Europee che non)

Luciana Sangiovanni
Direttore della Autorità centrale