

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

CLELIA PESCE

*Dottorando di ricerca in Giustizia Penale e Internazionale  
–Indirizzo Diritto Internazionale Privato–  
Università di Pavia*

Recibido: 27.01.2011 / Aceptado: 07.02.2011

**Riassunto:** Quando un episodio di sottrazione internazionale di minori coinvolge due Stati membri dell'Unione europea si applicano le norme della Convenzione dell'Aja del 1980, integrate dalle disposizioni del Regolamento (CE) n. 2201/2003. L'art. 11, parr 6 - 8, del regolamento prevede che, se nel procedimento viene emesso –in base all'art. 13 della Convenzione de L'Aja del 1980– un provvedimento contrario al ritorno del minore, si apre una fase supplementare di giudizio in forza della quale l'ultima parola sulla domanda di restituzione è riservata al giudice dello Stato in cui il minore aveva la residenza abituale prima del trasferimento illecito. La decisione assunta nel corso di tale procedimento influisce sulla ripartizione della giurisdizione tra gli Stati interessati e, se prevede il ritorno del minore, prevale sulla precedente decisione di segno contrario. Tuttavia, la natura del giudizio introdotto dall'art. 11, parr. 6-8, è controversa: la Corte di Giustizia e la Corte di Cassazione italiana sono intervenute a chiarire gli elementi di continuità e discontinuità tra il sistema previsto dal regolamento e quello convenzionale.

**Parole chiave:** sottrazione internazionale di minori, Regolamento n. 2201/2003, giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale, ritorno del minore sottratto, esecuzione dell'ordine di ritorno.

**Abstract:** Where a child is abducted from one Member State of the European Union to another Member State, the 1980 Hague Convention apply as complemented by the provisions of the Regulation (EC) n. 2201/2003. Where a court decides that a child shall not return pursuant to Article 13 of the 1980 Hague Convention, the Regulation foresees a special procedure to assure that the courts of the Member State where the child was habitually resident before the abduction will have the final say in determining whether or not the child shall return. Such a decision will affect the attribution of jurisdiction on the substance of the case, i.e. the question of custody, and, if the decision entails the return of the child, such judgment is directly recognised and enforceable in the other Member State. The interpretation of these rules is controversial: the Court of Justice and Italian Corte di Cassazione ascertain which provisions of the Regulation are intrinsically connected with the 1980 Hague Convention and which others diverge from the pre-existing system.

**Key words:** international child abduction, Regulation (EC) N. 2201/2003, jurisdiction in matters of parental responsibility, judgment ordering the return of the child, enforcement of the return of a child.

**Sumario:** I. Il coordinamento tra il Regolamento (CE) n. 2201/2003 e la Convenzione dell'Aja 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori. II. Le principali novità introdotte dal regolamento n. 2201/2003 anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia. 1. Ripartizione della competenza tra gli Stati membri coinvolti dal trasferimento illecito di un minore. 2. Il procedimento di «riesame» previsto dall'art. 11, parr. 6- 8, del regolamento n. 2201/2003. 3. L'esecuzione degli ordini di ritorno certificati ai sensi dell'art. 42 del regolamento n. 2201/2003. III. Margini di «autonomia» della disciplina del regolamento n. 2201/2003 rispetto alla Convenzione dell'Aja del 1980.

## I. Il coordinamento tra il Regolamento (CE) n. 2201/2003 e la Convenzione dell'Aja 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori

1. In materia di sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea, si pone il problema del coordinamento tra il Regolamento (CE) n. 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale<sup>1</sup> e la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori<sup>2</sup>.

Il regolamento n. 2201/2003 detta una specifica disciplina dei propri rapporti con gli strumenti normativi preesistenti il cui ambito di applicazione *ratione materiae* si sovrappone parzialmente a quello del regolamento stesso<sup>3</sup>. L'art. 60 prevede infatti la preminenza del regolamento su una serie di convenzioni, espressamente elencate –tra le quali la Convenzione dell'Aja del 1980– che, sebbene continuino ad avere efficacia tra gli Stati membri che ne fanno parte, si applicano in via residuale e sussidiaria negli ambiti non coperti dal regolamento (art. 62).

Tuttavia, l'espresso rinvio che il regolamento stesso fa al procedimento previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1980 rende i due strumenti indissolubilmente connessi sul piano applicativo e comporta una stretta complementarietà tra le loro rispettive disposizioni. Come previsto dal diciassettesimo considerando del regolamento, infatti, «in caso di trasferimento o mancato rientro illeciti di un minore, si dovrebbe ottenerne 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'articolo 11*». L'art. 11, par. 1, del regolamento ribadisce che il titolare del diritto di affidamento, che intende ottenere il ritorno di un minore illecitamente trasferito in uno Stato membro diverso da quello nel quale aveva la residenza abituale immediatamente prima della sottrazione, deve seguire le regole procedurali previste dalla Convenzione dell'Aja del 1980, integrate dalle disposizioni dei parr. 2-8 dell'art. 11 del regolamento<sup>4</sup>.

2. Il rinvio alla Convenzione dell'Aja del 1980, uno strumento consolidato che vanta un'ampia adesione da parte degli Stati<sup>5</sup>, si giustifica in ragione della condivisione, da parte del regolamento, della finalità di assicurare la reintegrazione della situazione antecedente al trasferimento illecito e, con essa, il ripristino del rapporto genitoriale arbitrariamente interrotto.

I tratti essenziali del sistema di cooperazione istituito dalla Convenzione rimangono invariati<sup>6</sup>. Quando un minore, abitualmente residente in uno Stato membro dell'Unione europea, viene illecitamente

<sup>1</sup> Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *GUUE L 338* del 23 dicembre 2003, p. 1.

<sup>2</sup> Il testo della Convenzione è disponibile sul sito Internet della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (<http://www.hcch.net>). Per una versione in italiano, cfr. G. DE MARZO, DE SANTI, *Minori oltre confine. Sottrazione e protezione dei minori nel diritto internazionale*, Ipsa - Wolters Kluwer, 2009, p. 223 ss.

<sup>3</sup> Sul problema del coordinamento tra le norme adottate dalle istituzioni dell'Unione europea e le convenzioni di diritto internazionale privato concluse tra Stati membri e Stati terzi nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile cfr. G. ROSSOLILLO, *Convenzioni concluse tra gli Stati membri e diritto processuale civile internazionale dell'Unione europea: interpretazione conforme o rispetto degli obblighi internazionali?*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, n. 2, pp. 305 ss. Per un inquadramento del problema v. anche F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Torino, Utet, 2010.

<sup>4</sup> Del resto, la stessa Convenzione dell'Aja del 1980 ammette la possibilità di essere affiancata da altri strumenti di cooperazione regionale aventi il medesimo ambito di applicazione. Nello specifico, l'art. 36 della Convenzione autorizza gli Stati contraenti a derogare alle disposizioni della Convenzione per adottare criteri più favorevoli al raggiungimento delle sue finalità, ossia di assicurare il rapido rientro del minore sottratto nella sua residenza abituale, limitando l'operatività delle restrizioni al ritorno.

<sup>5</sup> Attualmente gli Stati che hanno ratificato la Convenzione sono 84. Si segnala in particolare la recente adesione del Marocco, primo Stato nord-africano a firmare il trattato (<http://www.hcch.net>).

<sup>6</sup> Per una ricostruzione della disciplina della Convenzione dell'Aja del 1980 cfr. F. MOSCONI, *La sottrazione di minori da parte di un genitore: studi e documenti sul «kidnapping» internazionale*, Padova, Cedam, 1988; G. CARELLA, *La convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994, n. 3; P. R. BEAUMONT, P. McELEVAY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, Oxford University Press, 1999. V. anche F. CORBETTA, *La Convenzione dell'Aja del 1980 sugli effetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, 715 ss.

te trasferito in altro Stato membro<sup>7</sup>, continua ad applicarsi la regola generale secondo la quale lo Stato in cui il minore è stato condotto ha l'obbligo di assicurarne l'immediato rientro nella residenza abituale (art. 12 della Convenzione) e il rigetto della domanda di restituzione è ammesso solo in presenza di circostanze eccezionali, tassativamente previste dall'art. 12, par. 2, e dall'art. 13 della Convenzione. Nello specifico, l'art. 13, che si riferisce ai casi in cui la domanda è stata presentata entro l'anno dall'avvenuto trasferimento, consente di negare il ritorno nei seguenti casi: l'affidatario non esercitava di fatto il diritto di custodia al momento della sottrazione o aveva prestato il proprio consenso al trasferimento (art. 13, lett. a); il rientro nella residenza abituale potrebbe esporre il minore a pericoli fisici o psichici o al rischio di trovarsi in una situazione intollerabile (art. 13, lett. b); il minore ha manifestato, nel corso del procedimento, la sua opposizione al ritorno presso il genitore richiedente (art. 13, par. 2).

3. L'art. 11 del regolamento n. 2201/2003 interviene sul sistema preesistente con una serie di disposizioni dal contenuto eterogeneo<sup>8</sup>. Mentre i primi cinque paragrafi integrano il disposto convenzionale senza suscitare particolari difficoltà di coordinamento<sup>9</sup>, gli ultimi tre se ne distanziano significativamente, introducendo elementi di novità che non hanno una portata meramente complementare o rafforzativa della Convenzione. Infatti, qualora le autorità dello Stato in cui il minore si trova a seguito della sottrazione abbiano rigettato la domanda di rientro in base all'art. 13 della Convenzione dell'Aja, il regolamento consente l'apertura di una nuova fase di giudizio di fronte al giudice dello Stato dove il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima della sottrazione, che esamina «*la questione dell'affidamento del minore*» e, all'esito delle proprie valutazioni, può confermare la decisione contraria al ritorno ovvero sostituirla con un ordine di rientro. Se conferma le conclusioni del primo provvedimento, lo Stato in cui il minore si trova acquisisce la giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale; viceversa, se viene disposto il ritorno, il relativo provvedimento è eseguibile in tutti gli Stati membri dell'Unione europea, senza bisogno di *exequatur* e senza possibilità di opposizione. Le disposizioni dell'art. 11, par. 6-8, devono infatti essere coordinate e integrate con le norme del regolamento relative alla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, materie non contemplate dalla Convenzione dell'Aja del 1980.

In riferimento a questi aspetti della disciplina regolamentare sono sorte le maggiori difficoltà nella ricostruzione delle interazioni tra la Convenzione dell'Aja del 1980 e il regolamento n. 2201/2003, e nell'applicazione integrata e combinata dei due sistemi. Tuttavia, la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, chiamata in più occasioni a dirimere i conflitti sorti tra gli Stati membri coinvolti in episodi di sottrazione internazionale di minori, ha chiarito quali disposizioni del regolamento vadano interpre-

<sup>7</sup> Per quanto riguarda i presupposti per l'accoglimento della domanda, le definizioni di diritto di affidamento e di trasferimento illecito, contenute rispettivamente negli artt. 5 e 3 della Convenzione dell'Aja, sono state «comunitarizzate» dall'art. 11, num. 9) e 11), del regolamento ma rimangono sostanzialmente identiche (seppur sussistono in realtà alcune minime differenze che, tuttavia, non rivestono una grande rilevanza pratica). Si segnala inoltre che la Corte di Giustizia è recentemente intervenuta sulla nozione di trasferimento illecito, chiarendo che, in assenza di un titolo da cui derivi il diritto di affidamento in conformità alla legislazione dello Stato membro interessato, il trasferimento non può essere considerato «illecito» ai sensi del regolamento e della Convenzione dell'Aja del 1980, pertanto non può essere esperita la tutela reintegratoria prevista in caso di sottrazione internazionale di minori. V. CGUE, 15 ottobre, 2010, C-400/10 PPU, J. *McB.*, inedita (<http://curia.europa.eu>).

<sup>8</sup> Riguardo alla disciplina della sottrazione internazionale di minori nell'Unione europea, cfr. P. J. BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008; R. ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione di minori nell'Unione europea: tra Regolamento 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980*, in S. M. CARBONE, I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di Famiglia e Unione europea*, Giappichelli, 2008, Torino, pp. 283 ss.; M.C. BARUFFI, *Spunti sul Regolamento 2201/2003 e sulla sua applicazione giurisprudenziale*, in *Rivista dell'associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori*, 2009, n. 3, pp. 12 ss.; I. QUEIROLO, *La sottrazione internazionale di minori: pluralità di fonti e difficoltà nell'applicazione di esse*, in AA. VV. *Le controversie in materia di filiazione*, Milano, Cedam, 2010, pp. 191 ss. Sul regolamento (CE) n. 2201/2003, v. anche E. GALLANT, *Règlement Bruxelles IIbis (Matières matrimoniale et de responsabilité parentale)*, in *Répertoire de droit international Dalloz*, août, 2007.

<sup>9</sup> Di fatto, le disposizioni dell'art. 11, par. 2 - 5, non fanno che rispondere ai problemi emersi nella prassi applicativa della Convenzione dell'Aja del 1980, introducendo una serie di obblighi da adempiere nel corso delle procedure per l'esame della domanda di rientro, da parte del giudice dello Stato ove il minore si trova a seguito della sottrazione. Nello specifico, si impongono il trattamento della domanda di ritorno nel termine di sei settimane, il divieto di negare il rientro ai sensi dell'art. 13, par. 1, lett. b), qualora nello Stato di residenza abituale siano adottate misure idonee ad assicurare la protezione del minore, e l'obbligo di ascolto sia della parte che domanda il ritorno sia del minore che abbia un'età e un grado di maturità sufficienti.

tate alla luce della Convenzione, in una logica di continuità ed analogia, e quali invece si fondino su principi estranei al sistema preesistente, propri del diritto dell'Unione europea. La Corte si è così mostrata molto attenta nell'individuazione del «valore aggiunto» del regolamento attraverso un confronto puntuale tra le disposizioni regolamentari e quelle convenzionali.

## II. Le principali novità introdotte dal regolamento n. 2201/2003 anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia

### 1. Ripartizione della competenza tra gli Stati membri coinvolti dal trasferimento illecito di un minore

4. La Convenzione dell'Aja del 1980 non contiene norme sulla competenza, ma si limita a stabilire che la domanda di restituzione, per ragioni di prossimità e opportunità, venga esaminata nello Stato dove il minore è stato illecitamente condotto (art. 12). Specifica tuttavia che, nell'esame della questione, il giudice adito è tenuto ad applicare unicamente le norme della Convenzione, senza poter deliberare in materia di affidamento<sup>10</sup>. L'art. 16 della Convenzione dispone infatti che, in pendenza del procedimento sul ritorno, le questioni inerenti ai diritti di affidamento potranno essere esaminate soltanto di fronte ai giudici dello Stato della residenza abituale<sup>11</sup>. Vale infatti la presunzione secondo la quale il foro potenzialmente più idoneo a decidere sul merito dei diritti di custodia è quello del luogo in cui il minore aveva la propria residenza abituale prima della sottrazione. La reintegrazione del minore nella sua residenza abituale ha pertanto anche la funzione di restituire il giudizio sull'affidamento al suo giudice naturale, impedendo che il mutamento di circostanze determinato dall'*abductor* possa influire sull'individuazione del foro<sup>12</sup>. La preclusione prevista dall'art. 16 viene meno solo nel caso in cui il giudice adito sul ritorno riscontri che questo non può avere luogo per la presenza di circostanze ostative.

5. Il regolamento n. 2201/2003 ha introdotto norme imperative sulla competenza, dirette a garantire la prevalenza del giudice del luogo in cui il minore risiedeva abitualmente prima del trasferimento illecito.

I titoli di giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale<sup>13</sup> si distinguono a seconda che si versi in ipotesi di trasferimento lecito o illecito di un minore. Quando la controversia sui diritti di affida-

<sup>10</sup> Questa lettura dell'art. 16 della Convenzione è stata accolta anche dalla Corte di Cassazione che ha specificato che, nel corso del giudizio di rimpatrio, al giudice adito sono precluse valutazioni inerenti il regime di affidamento più opportuno, il migliore collocamento per il minore, e le capacità genitoriali delle parti. Per motivare la decisione di accoglimento o rigetto della domanda di ritorno, infatti, il giudice adito deve limitarsi a rilevare l'esistenza dei presupposti della sottrazione (illiceità del trasferimento e violazione dei diritti di affidamento) e l'eventuale presenza delle circostanze ostative che rendono inopportuno un rientro nella residenza abituale. V. Cass., 31 ottobre 2007, n. 22962, in *Famiglia e minori*, 2007, n. 11, pp. 54 ss. Cfr. anche M. MANFREDONIA, *Il giudice minorile opera all'interno di confini ristretti*, in *Famiglia e minori*, 2008, n. 2, pp. 32 ss. Tale interpretazione è del resto avallata anche dal *Rapport explicatif de Mlle Elisa Pérez-Vera sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants*, par. 123, pubblicato in G. DE MARZO, DE SANTI, *Minori oltre confine*, cit., pp. 235 ss. (<http://hcch.net>).

<sup>11</sup> In pratica, nei due Stati interessati dal trasferimento illecito del minore, vengono condotti, parallelamente, due distinti procedimenti, l'uno sulla domanda di ritorno, nello Stato in cui il minore si trova a seguito della sottrazione, l'altro sulla regolamentazione dei rapporti genitoriali, nello Stato di residenza abituale.

<sup>12</sup> *Rapport explicatif*, cit., par. 66 e 71.

<sup>13</sup> Non ci si sofferma in questa sede sulla nozione di residenza abituale del minore, definita nei suoi tratti essenziali dalla Corte di Giustizia, in termini sostanzialmente analoghi a quelli elaborati in precedenza dalla Corte di Cassazione italiana. Per un commento alla giurisprudenza di riferimento e per approfondimenti, si rinvia a C. CAMPIGLIO, *Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n. 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, CDT, vol. 2, n. 2 (ottobre 2010), pp. 244 ss., e M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, n. 3, pp. 685 ss. e S. MARINO, *Nuovi criteri interpretativi per la determinazione della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale: la nozione di residenza abituale dei minori in una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, n. 2, pp. 467 ss. Si segnala, inoltre, che la Corte di Giustizia è tornata recentemente a occuparsi della materia con riferimento ai criteri per la determinazione della residenza abituale dei minori di pochi mesi o neonati, v. CGUE, 22 dicembre 2010, C-497-10 PPU, *Mercredi*, inedita, punti 56 ss. (<http://curia.europa.eu/>).

mento riguarda un minore illecitamente trasferito da uno Stato membro all'altro, al fine di evitare un utilizzo strumentale dei cambiamenti di residenza per sottrarre la controversia al suo giudice naturale, l'art. 10 deroga al foro generale previsto dall'art. 8, prevedendo che continui ad essere competente il giudice del luogo in cui il minore aveva la propria residenza abituale immediatamente prima della sottrazione<sup>14</sup>.

Allo stesso giudice il regolamento riserva anche la decisione definitiva sul ritorno del minore. Come già anticipato, infatti, l'art. 11, par. 6, del regolamento prevede che le autorità che emanano un provvedimento contro il ritorno in base all'art. 13 della Convenzione sono tenute a trasmettere copia della decisione e di tutti i documenti pertinenti allo Stato in cui il minore risiedeva prima della sottrazione. Se non ancora adito dalle parti, il giudice della residenza abituale le invita a presentare le proprie conclusioni entro un termine perentorio di tre mesi. Se il termine decorre inutilmente, il procedimento viene archiviato; in caso contrario, il giudice potrà esaminare *la questione dell'affidamento del minore* (art. 11, par. 7) e decidere se confermare il precedente provvedimento oppure sostituirlo con un ordine di rientro (art. 11, par. 8).

**6.** Il trasferimento della competenza allo Stato nel quale il minore si trova a seguito del trasferimento illecito è ammesso solo al ricorrere delle circostanze tassativamente previste dall'art. 10 del regolamento, due delle quali si ricollegano agli esiti del procedimento previsto dall'art. 11, parr. 6-8. La prima (art. 10, *iii*), si configura nel caso in cui le parti non assumano le iniziative processuali necessarie affinché il giudice della residenza abituale si pronunci sulla domanda di ritorno. Come anticipato, infatti, l'art. 11, par. 7, del regolamento richiede la presentazione delle osservazioni di parte entro il termine perentorio di tre mesi. La seconda ipotesi (art. 10, *iv*), invece, si realizza quando il giudice dello Stato nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima della sottrazione, adito in base all'art. 11, par. 7, del regolamento, conferma il provvedimento precedente e, così facendo, declina la propria competenza a deliberare sulla responsabilità genitoriale a favore dello Stato nel quale il minore è trattenuto. Se, invece, avvalendosi della facoltà concessa dall'art. 11, par. 8, del regolamento, il giudice competente ordina il rientro del minore sottratto all'interno della propria giurisdizione, avoca a sé, definitivamente, ogni decisione riguardante il minore e lo Stato in cui il minore si trova è competente solo in ordine all'esecuzione dell'ordine di rientro, certificato conformemente all'art. 42 del regolamento.

## **2. Il procedimento di «riesame» previsto dall'art. 11, parr. 6- 8, del regolamento n. 2201/2003**

**7.** Il regolamento non specifica quale sia il *thema decidendum* del giudizio che si apre di fronte al giudice della residenza abituale con l'adempimento delle procedure previste dall'art. 11, parr. 6 - 7 del regolamento né quali relazioni intercorrano tra tale procedimento e la fase processuale precedente, svoltasi nello Stato in cui il minore è stato condotto. Non è chiaro, in particolare, quali elementi debbano essere presi in considerazione per l'adozione della decisione con la quale confermare il provvedimento di non restituzione ovvero ordinare il rientro del minore.

Si osserva, infatti, che, a differenza del giudice dello Stato del trasferimento, soggetto al regime di preclusioni imposto dall'art. 16 della Convenzione dell'Aja del 1980<sup>15</sup>, quello dell'ultima residenza abituale del minore è competente a deliberare anche sul merito dei diritti di affidamento. Ci si chiede pertanto se il giudizio sul ritorno previsto dal regolamento debba svolgersi sulla scorta di valutazioni inerenti l'affidamento e la responsabilità genitoriale o se, al contrario, sia sottoposto unicamente alle regole di cui agli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, come avveniva nella fase antecedente (obbligo di disporre il rientro immediato salvo gravi motivi, espressamente previsti)<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> L'art. 8 del regolamento, infatti, prevede un criterio temporalmente limitato e flessibile, che segue i cambiamenti di residenza del minore, secondo il quale spetta al giudice dello Stato in cui il minore risiede abitualmente al momento della domanda pronunciarsi sulle questioni relative alla responsabilità genitoriale (salvo il periodo di ultrattività di tre mesi previsto dall'art. 9).

<sup>15</sup> In proposito v. M. MANFREDONIA, cit., pp. 32 ss.

<sup>16</sup> Il problema era stato posto in termini analoghi anche da G. DE MARZO, *Questioni controverse in tema di ordine di rientro dei minori illecitamente sottratti in ambito europeo*, in *Famiglia e diritto*, 2010, n. 1, p. 47.

Il tenore letterale dell'art. 11 contribuisce a creare una certa ambiguità. Stando alla previsione del par. 7, infatti, gli atti relativi al procedimento conclusosi con la decisione contraria al ritorno devono essere trasmessi al giudice della residenza abituale, affinché questo esamini «*la questione dell'affidamento del minore*». Parimenti, l'art. 10, iv), prevede un trasferimento di competenza dal giudice della residenza abituale a quello dello Stato nel quale il minore è stato illecitamente trasferito nel caso in cui il primo abbia emanato «*una decisione di affidamento che non prevede il ritorno del minore*». Si sarebbe pertanto indotti a ritenere che, assegnando l'ultima parola sulla questione del ritorno allo stesso giudice cui è riservata la competenza a deliberare sulla definitiva regolamentazione dei rapporti familiari, il regolamento abbia inteso istituire un collegamento di tipo sostanziale tra l'eventuale ordine di restituzione e la deliberazione circa l'assetto definitivo dei rapporti genitoriali, per cui il ritorno potrebbe essere disposto solo qualora si decidesse di affidare il minore allo stesso genitore che ne chiede il rientro. Se si accogliesse un'interpretazione siffatta, la decisione sull'affidamento del minore conteso assumerebbe carattere preliminare rispetto a quella sul ritorno.

8. Il problema interpretativo è stato di recente affrontato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la sentenza *Povse*<sup>17</sup>. La controversia riguardava il trasferimento illecito di una minore dall'Italia all'Austria. Il padre, italiano, aveva chiesto alle autorità austriache di disporre il rientro immediato della figlia nella residenza abituale italiana, in applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980. Dato il rigetto della domanda sulla scorta dell'art. 13, par. 1, lett. b) della Convenzione, il Tribunale per i Minorenni di Venezia, in virtù della facoltà riconosciutagli dall'art. 11, par. 8, del regolamento, aveva ordinato l'immediato ritorno della minore in Italia, prima ancora di aver deliberato in via definitiva in merito all'affidamento. L'ordine di restituzione, munito del certificato di cui all'art. 42 del regolamento, veniva trasmesso all'Austria per la sua immediata attuazione. Di qui, il ricorso in via pregiudiziale urgente con cui le autorità austriache chiedono alla Corte di Giustizia se, per poter essere eseguito, l'ordine di ritorno di cui all'art. 11, par. 8, del regolamento debba fondarsi su una decisione definitiva in merito all'affidamento. Secondo l'interpretazione del giudice remittente, infatti, se il ritorno del minore sottratto non fosse subordinato all'attribuzione del diritto di affidamento allo stesso genitore che ne chiede il rientro (o, comunque, a una decisione che ne prevede la collocazione presso il genitore richiedente), il minore correrebbe il rischio di essere sottoposto a una serie di spostamenti inutili. Inoltre, l'accertamento di fatti rilevanti per la decisione in materia di affidamento, garantirebbe una maggiore fondatezza del provvedimento sul ritorno rispetto ad una decisione assunta nell'ambito di un procedimento monitorio e vincolato, come quello previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1980.

La Corte di Giustizia respinge questa interpretazione, che reputa priva di ogni fondamento testuale nel regolamento. Secondo l'analisi della Corte, il par. 7 dell'art. 11 del regolamento, allorché affida al giudice della residenza abituale l'esame della *questione dell'affidamento del minore*, «non fa che indicare l'obiettivo finale dei procedimenti amministrativi e giudiziari, vale a dire la regolarizzazione della situazione del minore, ma da ciò non è lecito dedurre che la decisione sull'affidamento del minore costituisca una condizione preliminare all'adozione di una decisione che dispone il ritorno del minore»<sup>18</sup>.

Non esiste, osserva la Corte, un collegamento obbligato e necessario tra la deliberazione sull'affidamento del minore e il provvedimento che ne dispone il rientro nella residenza abituale antecedente: il regolamento consente di ordinare il ritorno anche *prima* di decidere sull'affidamento. Mentre infatti la decisione sul ritorno resta soggetta all'imperativo di celerità che governa la procedura istituita dalla Convenzione dell'Aja del 1980 (ribadito anche dall'art. 11, par. 3, del regolamento), l'urgenza che caratterizza il giudizio sulla domanda di restituzione non è compatibile con le esigenze del giudizio sulla responsabilità genitoriale. Se, pertanto, la decisione sul ritorno dovesse essere preceduta da quella sul definitivo assetto dei rapporti genitoriali, questo «si tradurrebbe in un vincolo tale da obbligare il giudice competente a prendere una decisione sull'affidamento senza disporre di tutte le informazioni e di tutti

<sup>17</sup> CGUE, 1° luglio 2010, C-211/10 PPU, *Povse*, in *Famiglia e minori*, 2010, n. 8, pp. 83 ss, con nota di A. LEANDRO. Per ulteriori commenti cfr. A. DEVERS, *Une nouvelle procédure préjudicielle d'urgence sur les enlèvements intraeuropéens d'enfants*, in *La Semaine juridique*, 2010, n. 39, pp. 956 ss.; C. CONTI, R. FOGLIA, *Il trasferimento illecito del minore e provvedimenti provvisori*, in *Il corriere giuridico*, 2010, n. 8, pp. 1087 ss. (<http://curia.europa.eu/>).

<sup>18</sup> CGUE, *Povse*, cit., par. 53.

gli elementi pertinenti, né del tempo necessario a valutarli in modo obiettivo e pacato»<sup>19</sup>. Al contrario, per pronunciarsi sul merito, il giudice della residenza abituale dovrebbe disporre di elementi sufficienti a fondare il proprio convincimento e del tempo necessario per acquisirli e valutarli, rischiando di ritardare ulteriormente il ripristino delle relazioni genitoriali arbitrariamente interrotte. Del resto, il ritorno del minore, sia nel regolamento che nella Convenzione, non è concepito come una collocazione definitiva o permanente, ma è finalizzato esclusivamente a consentire che la decisione sul merito sia assunta in presenza del minore, nel foro più appropriato, quello del luogo in cui il minore risiedeva prima del trasferimento illecito.

La finalità del giudizio supplementare previsto dal regolamento, pertanto, è essenzialmente quella di consentire un «duplice esame» della domanda di restituzione, in distinte fasi processuali e da parte di giudici diversi, dei quali l'uno è più adeguato a tenere conto delle attuali circostanze nelle quali il minore si trova a seguito del trasferimento e l'altro è più idoneo a valutare le circostanze in cui ha vissuto prima della sottrazione e nelle quali vivrà in caso di ritorno nella residenza abituale. Il secondo giudice è tenuto in particolare a verificare se esista effettivamente un motivo legittimo e imperativo che si opponga al rientro del minore, poiché, come osserva l'Avvocato Generale Sharpston nelle sue conclusioni<sup>20</sup>, per poter revocare la precedente decisione, il giudice competente in base all'art. 11, parr. 6-8, deve essere persuaso che il motivo dedotto dal primo giudice non impedisca il ritorno del minore; pertanto, tenuto conto dei motivi sui quali si fonda la decisione contraria<sup>21</sup>, deve escluderne la sussistenza in base ad altri elementi di cui il primo giudice non era a conoscenza.

Sulla scorta delle osservazioni sinora esposte, la Corte esclude dunque che l'ordine di ritorno debba fondarsi necessariamente su una decisione definitiva in merito all'affidamento, ma, allo stesso tempo, lascia intendere che nulla vieta al giudice della residenza abituale, dal momento in cui riceve gli atti del primo procedimento, di pronunciarsi in via definitiva sui diritti di custodia e, per l'effetto, ordinare la restituzione del minore. L'art. 11, par. 8, in combinato con l'art. 10 del regolamento, consente infatti al giudice competente sia di occuparsi solo della questione del ritorno, rinviando eventualmente la deliberazione sul merito ad una fase successiva al rientro del minore, sia di decidere immediatamente sull'affidamento<sup>22</sup>. Anche in questa seconda ipotesi, tuttavia, la decisione sul ritorno non potrà essere subordinata a valutazioni inerenti la migliore e più opportuna regolamentazione dei rapporti genitoriali<sup>23</sup> dal momento che l'art. 42, par. 2, del regolamento (che richiede di tenere conto dei motivi alla base del provvedimento fondato sull'art. 13 della Convenzione dell'Aja) impone al giudice competente di ripetere l'esame già svolto dal primo giudice circa l'eventuale sussistenza di motivi ostativi e, pertanto, di fondare la propria decisione riguardo al ritorno sulle previsioni della Convenzione dell'Aja del 1980<sup>24</sup>.

**9.** Sulle questioni affrontate dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Povse*, è intervenuta, con una sentenza di poco successiva, anche la Corte di Cassazione italiana<sup>25</sup>. La vicenda processuale coinvolge-

<sup>19</sup> *Ibidem*, par. 62.

<sup>20</sup> Presa di posizione dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston, presentata il 16 giugno 2010, nella causa C-211/10 PPU, *Povse*, cit., par. 72 (<http://curia.europa.eu>).

<sup>21</sup> Come imposto dall'art. 42, par. 2, lett. c), del regolamento. Si tratta di una delle condizioni per il rilascio del certificato: il giudice rilascia il certificato solo se «ha tenuto conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento emesso conformemente all'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980».

<sup>22</sup> Nel giudizio previsto dall'art. 11, par. 7, pertanto, la questione del ritorno non deve necessariamente rimanere distinta da quella sull'affidamento, come invece nel procedimento di ritorno instaurato ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1980 (in forza della preclusione imposta dall'art. 16) ma sta al giudice dello Stato di residenza abituale, competente anche in materia di responsabilità genitoriale, valutare se, al momento in cui riceve gli atti del procedimento convenzionale sul ritorno, dispone di elementi di valutazione sufficienti per assumere la decisione definitiva sul merito. Ovviamente, questa ipotesi è plausibile solo nel caso in cui, prima della comunicazione degli atti, il giudice della residenza abituale fosse già stato investito del giudizio sul merito, in base all'art. 10 del regolamento.

<sup>23</sup> Condotta sulla base del diritto sostanziale applicabile al caso, designato dall'ordinamento del foro.

<sup>24</sup> In pratica, a parere di chi scrive, sebbene l'ordine di rientro possa essere inserito nell'ambito di una decisione dal contenuto più ampio, inerente l'assetto delle relazioni familiari e/o genitoriali, la decisione inerente il ritorno dovrebbe essere motivata separatamente rispetto alle altre questioni di merito e fondarsi sull'art. 13 della Convenzione, come imposto dall'art. 42 del regolamento, che fissa il «contenuto minimo» della decisione sul ritorno.

<sup>25</sup> CASS., 14 luglio 2010, n. 16549, annotata da G. DE MARZO, *Sottrazione internazionale di minori e disciplina comunita-*

va una minore, convivente con entrambi i genitori in Italia, successivamente trasferita in Spagna dalla madre, senza il consenso del padre naturale. Poiché la Spagna aveva negato il rientro in base all'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, il padre si rivolgeva al Tribunale per i Minorenni di Palermo affinché, esercitando i poteri previsti dall'art. 11, parr. 7 e 8, del regolamento, ordinasse il ritorno della minore in Italia. Il Tribunale per i Minorenni, tuttavia, confermava il provvedimento spagnolo, rigettando la domanda di rientro del padre, che interponeva ricorso in Cassazione.

La Corte di Cassazione, nel confermare la decisione impugnata, osserva che l'oggetto del giudizio previsto dall'art. 11, parr. 6 ss., del regolamento «è costituito esclusivamente dal riesame del provvedimento contro il ritorno di un minore, emesso ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980», sulla base degli atti trasmessi dal primo giudice e degli elementi probatori acquisiti nel corso del precedente procedimento. Il giudice della residenza abituale del minore, infatti, «ha il potere di effettuare una nuova e globale valutazione degli elementi probatori acquisiti dal giudice che ha negato il rientro - eventualmente integrandoli con quelli da lui ulteriormente acquisiti a seguito di sommarie informazioni - e di procedere ad un'autonoma interpretazione della disciplina convenzionale e del Regolamento»<sup>26</sup>. All'esito di tali valutazioni, potrà confermare il provvedimento di diniego del ritorno, eventualmente anche per ragioni ulteriori o diverse da quelle addotte dall'altro giudice, ovvero sostituirlo con un ordine di restituzione.

La Corte si premura inoltre di chiarire che, per deliberare sul ritorno, il giudice resta vincolato unicamente dalle disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1980 e del regolamento n. 2201/2003, nello specifico, «dagli artt. 12, par. 2, (...) e 13 della Convenzione, nonché dall'art. 11, par. 4, del regolamento che introduce un'ulteriore ipotesi che fa eccezione alla regola generale del rientro immediato del minore illecitamente trasferito»<sup>27</sup>. Mentre, quindi, la regolamentazione della responsabilità genitoriale è disciplinata dal diritto sostanziale dello Stato del foro (o di altro Stato designato dall'ordinamento dello Stato del foro)<sup>28</sup>, l'esame e il riesame della questione del ritorno sono vincolati ai rigidi criteri imposti dagli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aja, come integrati dai parr. 2-5 dell'art. 11 del regolamento.

**10.** Le pronunce della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione italiana appena esaminate, seppur attraverso distinti percorsi interpretativi, configurano il procedimento istituito dalla Convenzione dell'Aja del 1980 e il giudizio previsto dal regolamento n. 2201/2003 come momenti distinti di un solo e unico procedimento.

Questo assunto incide anche sull'individuazione del rito e del modello procedimentale applicabile al giudizio di riesame che, dato il rinvio alla «legislazione nazionale» contenuto nel par. 7 dell'art. 11 del regolamento, si svolge secondo le procedure designate dagli ordinamenti giuridici nazionali. Stante il rapporto di analogia che unisce il procedimento disciplinato dalla Convenzione dell'Aja e il successivo giudizio di riesame introdotto dal regolamento, la Corte di Cassazione, nella sentenza in esame, riconduce le due parentesi procedimentali allo stesso modello di giudizio<sup>29</sup>, che si svolge secondo i canoni di specialità, sommarietà e urgenza richiesti dall'art. 11 della Convenzione dell'Aja del 1980 e dall'art. 11, par. 3, del regolamento<sup>30</sup>.

ria, in *Il Corriere Giuridico*, 2010, n. 11, pp. 1466 ss.

<sup>26</sup> *Ibidem*, par. 2.4.

<sup>27</sup> *Ibidem*, par. 2.3.

<sup>28</sup> Né la Convenzione dell'Aja del 1980 né il regolamento n. 2201/2003 si occupano infatti della legge applicabile alla regolamentazione dei rapporti genitoriali.

<sup>29</sup> La Suprema Corte estende al giudizio di riesame il rito applicabile al procedimento sulla domanda di ritorno previsto dalla Convenzione dell'Aja del 1980 e, nello specifico, i commi 3 e 4 dell'art. 7 della *Legge 15 gennaio 1994, n. 64, di ratifica ed esecuzione, tra le altre, della Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, aperta alla firma all'Aja il 25 ottobre 1980*, in *G.U.* del 19 gennaio 1994, n. 23, S. O. In virtù delle suddette norme, sulla domanda di ritorno decide il Tribunale per i Minorenni del luogo in cui si trova il minore «entro trenta giorni dalla data di ricezione della richiesta» (par. 3), con decreto immediatamente esecutivo. Contro tale provvedimento «può essere proposto ricorso per cassazione» (par. 4), senza necessità di previa impugnazione in appello. Si tratta di un procedimento speciale e urgente che si svolge secondo il rito camerale e sommario tipico della giurisdizione volontaria, in cui l'attività istruttoria è limitata all'assunzione «se del caso» di «sommarie informazioni». In proposito, v. *CASS.*, 04 luglio 2007, n. 8481, in *Guida al diritto*, 2007, pp. 47 ss., *CASS.*, 19 maggio 2010, n. 12293, in *Guida al diritto*, 2010, pp. 63 ss., e *CASS.*, 27 maggio 2008, n. 13829, in *Diritto della famiglia e delle persone*, 2009, pp. 1617 ss., con nota di SALZANO, *Note sull'applicazione dell'Aja del 15 ottobre 1980 in Italia e all'estero*, *ibidem*, pp. 2004 ss.

<sup>30</sup> Le norme processualistiche di diritto interno, inoltre, devono essere integrate con i requisiti richiesti dall'art. 42, par. 2,

11. Il procedimento di riesame consentito dal regolamento, poiché non subordinato al previo esaurimento dei mezzi di impugnazione di diritto interno, rappresenta un vantaggio anche in termini di economia processuale. Come osservato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Rinau*<sup>31</sup>, infatti, l'unica condizione perché il giudice della residenza abituale possa pronunciarsi sul ritorno è l'adozione di un *qualsiasi* provvedimento fondato sull'art. 13 della Convenzione<sup>32</sup>, anche provvisorio, senza bisogno di aspettare che questo sia divenuto esecutivo, definitivo o abbia acquisito efficacia di giudicato nello Stato d'origine<sup>33</sup>. Di conseguenza, il riesame da parte del giudice della residenza abituale si pone come una valida alternativa ai mezzi di impugnazione previsti dall'ordinamento dello Stato in cui il minore è trattato: la decisione in merito ad un'eventuale riforma o revisione del procedimento viene sottratta alla giurisdizione dello Stato in cui si trova il minore per essere trasferita allo Stato di ultima residenza abituale.

### 3. L'esecuzione degli ordini di ritorno certificati ai sensi dell'art. 42 del regolamento

12. La Convenzione dell'Aja del 1980 non si occupa del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni che ordinano il ritorno di un minore sottratto. Nel sistema convenzionale, infatti, la fase esecutiva non presenta profili di transnazionalità<sup>34</sup>: l'ordine di restituzione, emesso nello Stato in cui si trova il minore, è destinato ad essere eseguito nello stesso Stato, secondo le procedure di diritto interno (art. 47 della Convenzione).

Il sistema istituito dal regolamento assicura invece che l'ordine di rientro emesso in base all'art. 11, par. 8, del regolamento, riceva attuazione nello Stato in cui il minore si trova e le cui autorità si erano espresse contro il ritorno.

Il regolamento predispone pertanto un regime speciale di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni di rientro, distinto da quello riservato alla generalità dei provvedimenti in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale<sup>35</sup>. Gli aspetti essenziali di tale sistema sono efficacemente

---

del regolamento, che prescrive le condizioni necessarie per il rilascio del certificato, da cui dipende l'immediata esecutività della decisione negli altri Stati membri. In particolare, è previsto l'obbligo di ascolto delle parti e del minore (salvo che l'audizione sia inopportuna in ragione della sua età e grado di maturità) e si impone al giudice della residenza abituale di tenere conto, nel rendere la sua decisione, dei motivi e degli elementi di prova alla base del provvedimento di diniego adottato ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja. Rileva, inoltre, l'art. 11, par. 7, che stabilisce un'autonoma tempistica processuale e, pertanto, dovrebbe prevalere sul termine ordinario di 30 giorni previsto dalla legge di attuazione della Convenzione dell'Aja del 1980, legge n. 64 del 1994, cit.

<sup>31</sup> CGUE, 11 luglio 2008, C-195/08 PPU, *Rinau*, *Raccolta*, 2008, p. I-05271. Per un commento alla sentenza v. C.M. CAAMIÑA DOMINGUEZ, *Las resoluciones de restitución de menores en la Unión europea: el caso Rinau*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, vol. 2, n. 2, pp. 222 ss.; M. CASTELLANETA, *L'atto è possibile se lo Stato di esecuzione di è espresso contro il ritorno del bambino*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 31, p. 121 ss; H. MUIR WATT, *Du 11 juillet 2008. - Cour de justice de Communautés européennes. - PPU. - Aff. C-195/08*, in *Revue critique de droit international privé*, 2008, n. 4, pp. 881 ss.

<sup>32</sup> Diversamente, nel caso in cui la decisione contro il ritorno sia fondata sull'art. 12, par. 2, della Convenzione, non essendo ammessa alcuna revisione da parte del giudice della residenza abituale, le uniche forme di impugnazione possibili sono quelle previste dall'ordinamento dello Stato che ha adottato la decisione.

<sup>33</sup> In teoria, nulla vieta di impugnare il provvedimento che nega il rientro sulla base dell'art. 13 della Convenzione mediante gli strumenti di ricorso previsti nello Stato che lo ha emesso. Se tali impugnazioni si rivelassero infruttuose e la decisione contraria al ritorno fosse confermata nei successivi gradi di giudizio, la questione potrebbe comunque essere riesaminata dal giudice della residenza abituale, con le modalità previste dall'art. 11 del regolamento.

<sup>34</sup> Nonostante ciò, l'esecuzione delle decisioni che ordinano il ritorno nella residenza abituale ai sensi dell'art. 12 della Convenzione dell'Aja del 1980 costituisce uno dei principali punti deboli del sistema convenzionale. Nella prassi è infatti frequente che il provvedimento di ritorno non riceva poi attuazione, determinando il consolidamento della situazione originata dalla sottrazione. La consistenza del problema è testimoniata anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che, in varie pronunce, ha condannato per violazione dell'art. 8 Cedu gli Stati parte della Convenzione dell'Aja del 1980 che non avevano portato ad esecuzione gli ordini di ritorno precedentemente adottati. L'argomento, troppo complesso per essere approfondito in questa sede, è stato affrontato da P. R. 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 de l'Académie de la Haye del droit international*, 2008, pp. 12 ss.

<sup>35</sup> Il regolamento disciplina il riconoscimento e la dichiarazione di esecutività delle decisioni sulla base di due modelli distinti. Il primo, generale, si applica alle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale e si svolge secondo le procedure previste dal capo III, sezione 2, del regolamento, in virtù delle quali sono ammesse alcune limitazioni al riconoscimento (artt. 21, parr. 1 e 3, e 23) ed è necessario richiedere l'*exequatur* nello Stato dell'esecuzione. Il secondo modello, invece, ha carattere speciale rispetto al primo, riguarda le decisioni che ordinano il ritorno del minore in base all'art. 11, par. 8, e quelle relative al diritto di visita e segue le regole della sezione 4 dello stesso capo.

sintetizzati nel ventiquattresimo considerando del regolamento: «le decisioni in materia di diritto di visita o di ritorno, che siano state certificate nello Stato membro d'origine conformemente alle disposizioni del presente regolamento, dovrebbero essere riconosciute e hanno efficacia esecutiva in tutti gli altri Stati membri senza che sia richiesto qualsiasi altro procedimento» e senza che sia possibile opporsi al riconoscimento o all'esecuzione.

Per accedere a tale regime agevolato la decisione di ritorno deve essere certificata dall'autorità che l'ha emessa, conformemente al par. 2 dell'art. 42, ossia indicando che, nel corso del procedimento di riesame, sono state rispettate determinate regole di carattere procedurale e, in particolare, che le parti e il minore (salvo fosse inopportuno in ragione della sua età e grado di maturità) hanno avuto la possibilità di essere ascoltati e che, nel corso dell'istruttoria, sono stati tenuti in debito conto i motivi e gli elementi probatori che avevano indotto il primo giudice a negare il rientro del minore conteso. Dal momento del rilascio del certificato, la decisione di ritorno del minore è automaticamente riconosciuta e immediatamente esecutiva in ogni Stato membro, senza necessità di *exequatur*.

Con la nota sentenza *Rinau*<sup>36</sup>, la Corte di Giustizia ha chiarito che, anche nella fase dell'esecuzione, il regolamento stabilisce una netta ripartizione di competenze tra lo Stato della residenza abituale, che ha disposto il rientro del minore, e lo Stato che deve dare attuazione alla decisione certificata, privato di ogni possibilità di paralizzare l'immediata esecutività del provvedimento attraverso la contestazione del certificato o della decisione certificata. Non è quindi ammesso alcun mezzo di impugnazione contro il rilascio del certificato, ad eccezione della domanda di rettifica<sup>37</sup> in caso di errori materiali, di cui all'art. 43 del regolamento. Tutte le questioni inerenti alla legittimità della decisione certificata, incluse le eventuali contestazioni riguardo alla competenza o alla sussistenza dei presupposti per l'adozione e l'esecuzione dell'ordine di rientro, devono essere sollevate dinanzi ai giudici dello Stato che ha emesso la decisione e sono esaminate in conformità al suo ordinamento giuridico, mediante gli strumenti di impugnazione e revisione da esso previsti.

**13.** La Corte di Giustizia è tornata recentemente a pronunciarsi sul tema con la sentenza *Aguirre Zarraga*<sup>38</sup>, nella quale ha specificato che l'opposizione all'esecuzione della decisione di rientro certificata in base all'art. 42 non è ammessa in alcun caso, neanche quando la decisione sia viziata da una grave violazione dei diritti fondamentali.

La vicenda all'origine della controversia riguardava una minore, abitualmente residente in Spagna, condotta illecitamente dalla madre in Germania. Le autorità tedesche respingevano la domanda di rientro sulla base dell'art. 13, par. 2, della Convenzione (opposizione del minore al ritorno). La Spagna, pertanto, ricevuta comunicazione del provvedimento tedesco riesaminava la questione e disponeva il rientro della minore, rilasciando il certificato di cui all'art. 42. La Germania, poiché nel corso del procedimento spagnolo non era avvenuta l'audizione della minore, riteneva che l'ordine di ritorno fosse viziato da una grave violazione dei diritti fondamentali, segnatamente del diritto del minore ad essere ascoltato, previsto dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e ribadito dall'art. 42, par. 2, del regolamento, e, pertanto, ricorreva alla Corte di Giustizia per sapere se, in caso di violazioni dei diritti fondamentali, fosse ammissibile l'opposizione all'esecuzione della decisione certificata.

La Corte di Giustizia respinge questa tesi e ribadisce che lo Stato deputato all'esecuzione del ritorno non ha alcun potere di controllo né sulla legittimità della decisione né sul rilascio del certificato: ogni questione relativa ai presupposti per l'adozione dell'ordine di rientro o alla legittimità di tale decisione deve essere sollevata dinanzi ai giudici dello Stato d'origine. I principi della prevalenza del giudice dello Stato di residenza abituale e dell'autonomia procedurale dell'ordine di rientro, pertanto, non ammettono eccezioni, neanche nel caso di presunta violazione dei diritti fondamentali<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> CGUE, *Rinau*, cit.

<sup>37</sup> Domanda che, comunque, dovrà essere esaminata conformemente alla legge nazionale dello Stato di provenienza della decisione.

<sup>38</sup> CGUE, 22 dicembre 2010, C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, inedita (<http://curia.europa.eu>).

<sup>39</sup> *Ibidem*, par. 69.

Inoltre, il diritto fondamentale del minore ad essere sentito, recepito dall'art. 42, par. 2, lett. a) del regolamento, ha un contenuto autonomo, proprio del diritto dell'Unione europea<sup>40</sup>, indipendente da quello riconosciuto dalle leggi fondamentali dei singoli Stati membri.

**14.** Vi è un importante elemento di differenziazione tra la disciplina generale dell'esecuzione dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale e il regime speciale riservato alle decisioni di rientro emesse ai sensi dell'art. 11, par. 8, del regolamento. Nel primo caso, infatti, l'art. 23, lett. b), del regolamento, consente l'opposizione al riconoscimento delle decisioni emesse «*senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato membro richiesto*». Al contrario, quando si tratta di un ordine di ritorno certificato, lo Stato dell'esecuzione non ha alcun potere di controllo sulla decisione relativamente al rispetto dei diritti fondamentali previsti dal suo ordinamento giuridico poiché l'art. 42, n. 2, lett. a), del regolamento - a differenza dell'art. 23 - non contiene nessun riferimento all'ordine pubblico degli Stati membri. Sotto questo aspetto, pertanto, come rileva l'Avvocato Generale Bot<sup>41</sup>, il regolamento si distingue nettamente anche dalla Convenzione dell'Aja del 1980, che consente di rifiutare la restituzione del minore qualora non consentito dai principi fondamentali propri dello Stato ove il minore è stato condotto, relativi ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali (art. 20 della Convenzione)<sup>42</sup>. Pertanto, conclude l'Avvocato Generale, «il valore aggiunto del regolamento n. 2201/2003 rispetto a tale Convenzione consiste nel consentire di superare le situazioni di stallo che potrebbero derivare da divergenze di valutazione relative all'interesse superiore del minore nei casi in cui tale valutazione venga effettuata dal giudice di origine e dal giudice richiesto alla luce dei rispettivi diritti fondamentali»<sup>43</sup>.

**15.** Nella già ricordata sentenza *Povse*, la Corte di Giustizia ha osservato che, perché il certificato produca gli effetti riconosciuti dal regolamento, è necessario che la decisione di ritorno sia esecutiva (art. 44) e non «incompatibile con una decisione esecutiva emessa posteriormente» (art. 47). Ne consegue che, se l'ordine di ritorno fosse invalidato o sostituito dalla decisione successiva emessa nello Stato d'origine, in sede di appello o di revisione, esso perderebbe la propria efficacia esecutiva nello Stato dell'esecuzione<sup>44</sup>. La Corte ha pertanto chiarito che l'incompatibilità con una decisione emessa posteriormente, cui si riferisce l'art. 47, par. 2, del regolamento, riguarda esclusivamente le decisioni pronunciate successivamente all'ordine di rientro, nello Stato di residenza abituale, mentre sono del tutto irrilevanti le decisioni assunte nello Stato dell'esecuzione. Del resto, ove possibile, «il regolamento dovrebbe essere interpretato in maniera conforme alla Convenzione dell'Aja»<sup>45</sup>: l'art. 17

<sup>40</sup> Esso va inteso nel senso che il minore dotato di una sufficiente capacità di discernimento abbia la possibilità di esprimere la propria opinione in merito al ritorno. Spetta pertanto al giudice, nell'esercizio della discrezionalità a lui conferita, valutare l'opportunità di procedere all'audizione, in base alle circostanze del caso. L'opinione espressa dal minore, inoltre, non è vincolante, ma costituisce solo un elemento utile alla ricostruzione del superiore interesse del minore. Nel caso all'esame della Corte di Giustizia, il Giudice spagnolo aveva disposto l'audizione della minore e della madre, convocandole in Spagna. In seguito alla loro mancata comparizione, tuttavia, l'autorità spagnola non aveva ritenuto opportuno procedere all'audizione né tramite videoconferenza né delegando i servizi giudiziari tedeschi. Tali valutazioni, tuttavia, a parere della Corte, rientravano nella facoltà concessa al giudice di prendere in considerazione tutti gli interessi in gioco.

<sup>41</sup> Presa di posizione dell'Avvocato Generale Yves Bot, presentata il 7 dicembre 2010, relativamente alla causa C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga*, cit. (<http://curia.europa.eu>).

<sup>42</sup> Sul diritto del minore ad essere ascoltato nelle controversie inerenti la sottrazione internazionale di minore v. CASS., S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, con nota di M. G. RUO, «*The long, long way*» del processo minorile verso il giusto processo, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 1, 2010, pp. 106 ss.

<sup>43</sup> Presa di posizione dell'Avvocato Generale Bot, cit., par. 76.

<sup>44</sup> L'art. 42 prevede la possibilità di rilasciare il certificato quando la decisione diventa «esecutiva», il che implica, in genere, che il termine per proporre appello sia scaduto. «Tuttavia, questa norma non è assoluta e il giudice di origine può, se lo ritiene necessario, dichiarare che la decisione è esecutiva nonostante l'appello. Il regolamento conferisce questo diritto al giudice anche se non è previsto dal diritto nazionale. Lo scopo è quello di evitare la proposizione di appelli dilatori che ritardino indebitamente l'esecuzione», cfr. *Guida pratica all'applicazione del nuovo regolamento Bruxelles II*, 1° giugno 2005, p. 40 (<http://ec.europa.eu>).

<sup>45</sup> «E soprattutto non in modo da attribuire al potere di decisione rafforzato, conferito ai giudici dello Stato membro della residenza abituale anteriore dall'art. 11, n. 8, del regolamento e dal sistema di certificazione di cui all'art. 42 dello stesso, una portata che finirebbe con l'indebolirla rispetto alla disposizione di cui all'art. 17 della Convenzione», cfr. presa di posizione dell'Avvocato Generale Sharpston, cit., par. 115.

della Convenzione prevede infatti che l'adozione, nello Stato ove si trova il minore, di una decisione relativa all'affidamento non può giustificare il rifiuto di fare ritornare il minore. Come già chiarito nella sentenza *Rinau*, infatti, l'unica condizione perché il giudice della residenza abituale disponga il ritorno ai sensi dell'art. 11, n. 8, è l'esistenza di un provvedimento contro il ritorno (basato sull'art. 13 della Convenzione dell'Aia). Non occorre che tale provvedimento sia definitivo né che abbia acquisito forza di giudicato in base all'ordinamento dello Stato che lo ha emesso: le vicende processuali successive alla sua adozione sono irrilevanti. Dal momento in cui si instaura il procedimento di riesame previsto dal regolamento, infatti, la parola sul ritorno passa definitivamente al giudice della residenza abituale, senza che lo Stato in cui si trova il minore possa più pronunciarsi al riguardo.

### III. Margini di «autonomia» della disciplina del regolamento n. 2201/2003 rispetto alla Convenzione dell'Aja del 1980

16. A parere di alcuni autori, le innovazioni introdotte dal regolamento rappresenterebbero un forte elemento di rottura rispetto al sistema preesistente<sup>46</sup>. In effetti, mentre nel contesto convenzionale, il rigetto della domanda di rientro determina la definitiva acquisizione della competenza a deliberare sull'affidamento da parte dello Stato in cui si trova il minore, il regolamento prevede che sia il giudice dello Stato di residenza abituale a declinare eventualmente la propria competenza in materia di responsabilità genitoriale o ad impedire il passaggio di giurisdizione, ordinando il ritorno del minore. Gli effetti della pronuncia fondata sull'art. 13 della Convenzione, tuttavia, non sono aggirati o «neutralizzati»<sup>47</sup> ma piuttosto subordinati alla valutazione ultima del giudice della residenza abituale. Le sentenze esaminate, infatti, hanno chiarito che il giudice designato dall'art. 11, parr. 6 - 8, del regolamento è tenuto a ripetere l'esame sottoposto al primo giudice e a valutare la sussistenza dei gravi motivi impeditivi previsti dalla Convenzione; di conseguenza, la definitiva assegnazione della giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale continua ad essere condizionata, al pari di quanto avviene per la Convenzione dell'Aja del 1980, dalla decisione sul ritorno.

Ma, se il procedimento di riesame presenta ancora importanti «legami» con il disposto convenzionale –non fosse altro che per la determinazione dell'oggetto del giudizio–, l'esecuzione dell'ordine di ritorno segue invece regole del tutto autonome, che rivestono natura eccezionale persino rispetto alle altre previsioni del regolamento in materia di responsabilità genitoriale. In virtù del sistema di certificazione previsto dal regolamento, infatti, l'ordine di ritorno si impone nello Stato dell'esecuzione su ogni decisione precedente e successiva e non è impugnabile, neanche in caso di irregolarità procedurali o vizi di legittimità, rilevabili solo di fronte al giudice della residenza abituale.

<sup>46</sup> Così P. McELEVAY, *The New Child Abduction Regime in the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?*, in *Journal of Private International Law*, 2005, n. 1, pp. 11 e 22 ss.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 22 ss.