

Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato

**CONVENZIONE SUGLI ASPETTI CIVILI DELLA SOTTRAZIONE
INTERNAZIONALE DI MINORI**

**RAPPORTO ESPLICATIVO DI
Elisa Pérez-Vera**

Introduzione

I *Conclusioni dei lavori della Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato*

1 La Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori è stata adottata in seduta plenaria il 24 ottobre 1980 dalla Quattordicesima sessione della Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato, all'unanimità degli Stati presenti. Il 25 ottobre 1980, i delegati firmarono l'Atto finale della Quattordicesima sessione recante il testo della Convenzione e una Raccomandazione contenente il formulario-tipo da utilizzare per le domande di ritorno dei minori trasferiti o trattenuti illecitamente.

In quella occasione, la Conferenza de L'Aja si è discostata dalla sua prassi abituale, aprendo alla firma degli Stati immediatamente dopo la seduta conclusiva i progetti di Convenzioni adottati nel corso della Quattordicesima sessione. Quattro Stati hanno firmato la Convenzione in quell'occasione (il Canada, la Francia, la Grecia e la Svizzera), di modo che essa reca la data del 25 ottobre 1980.

2 Per quanto riguarda il punto di partenza dei lavori che hanno portato all'adozione della Convenzione, nonché le convenzioni esistenti in materia o aventi un rapporto diretto con essa, rinviamo all'introduzione del Rapporto della Commissione speciale.

3 La Quattordicesima sessione della Conferenza, che si è riunita dal 6 al 25 ottobre 1980, ha affidato l'elaborazione della Convenzione alla sua Prima commissione, di cui era Presidente il professor A.E. Anton (Regno Unito) e Vice Presidente il decano Leal (Canada); l'uno e l'altro erano già stati rispettivamente Presidente e Vice Presidente della Commissione speciale. Inoltre, il professore Elisa Pérez-Vera è stata confermata nelle sue funzioni di Relatore. Adair Dyer, Primo segretario all'Ufficio Permanente, che aveva elaborato importanti documenti per i lavori della Conferenza, è stato incaricato della direzione scientifica della segreteria.

4 Nel corso delle tredici sedute, la Prima commissione ha proceduto ad una prima lettura del progetto preliminare elaborato dalla Commissione speciale. Parallelamente, ha nominato un Comitato di redazione che, seguendo la progressione dei lavori, ha messo a punto i testi. Altre sette sedute sono state dedicate alla discussione del testo preparato dal Comitato di redazione, nonché a quella delle clausole sull'applicazione della Convenzione rispetto agli Stati con ordinamenti giuridici non unificati ("*Application Clauses*") e del modello di domanda preparato da Comitati *ad hoc*. Le clausole finali, suggerite dall'Ufficio Permanente, sono state incorporate nel progetto preliminare preparato dal Comitato di redazione.

II *Oggetto e struttura del presente Rapporto*

5 Il Rapporto esplicativo di un testo destinato a divenire diritto positivo, cioè di un testo che dovrà essere invocato e applicato, deve perseguire almeno due obiettivi essenziali. Da un canto, il Rapporto deve mettere in rilievo il più fedelmente possibile i principi che sono alla base della Convenzione e, quando si riveli necessario, l'evoluzione delle idee che hanno portato a scegliere tali principi fra le opzioni esistenti. Naturalmente non si tratta di descrivere in modo esaustivo le posizioni adottate nel corso del processo di elaborazione della Convenzione, ma il punto di vista da essa adottato sarà a volte di più facile comprensione se raffrontato ad altre possibili idee.

Ora, dato che il progetto preliminare di Convenzione preparato dalla Commissione speciale ha ottenuto un largo consenso e che, di conseguenza, il testo definitivo mantiene l'essenziale della struttura e dei principi fondamentali del progetto preliminare, il presente Rapporto riprenderà, soprattutto nella sua prima parte, alcuni passaggi del Rapporto della Commissione speciale preparato nell'aprile 1980 e destinato alla Quattordicesima sessione.

6 Questo Rapporto finale deve raggiungere anche un altro obiettivo: fornire a coloro che dovranno applicare la Convenzione, un commento dettagliato delle sue norme. Essendo questo commento in linea di principio destinato a chiarire il tenore letterale delle norme convenzionali, ci preoccuperemo molto meno di tracciarne la genesi, privilegiando l'esame del contenuto.

7 Dalle precedenti considerazioni possiamo concludere che i due obiettivi perseguiti sono nettamente differenziati e che gli stessi metodi di analisi usati per raggiungere l'uno e l'altro non possono essere identici. Tuttavia, il riferimento in entrambi i casi a un testo unico, quello della Convenzione, comporterà alcune ripetizioni, che ci sembrano inevitabili. A dispetto di questo rischio e dato il duplice obiettivo sottolineato, abbiamo diviso il Rapporto in due parti: la prima è dedicata allo studio dei principi generali che ispirano la Convenzione; la seconda è destinata all'esame del testo articolo per articolo.

8 Infine, come sottolineava nel 1977 il professore von Overbeck, sembra opportuno ricordare che questo Rapporto è stato scritto, alla fine della Quattordicesima sessione, sulla base dei verbali e degli appunti del Relatore. Esso non è quindi stato approvato dalla Conferenza ed è possibile che, malgrado gli sforzi fatti dal Relatore per rimanere obiettivo, alcuni passaggi rispondano ad una valutazione parzialmente soggettiva.

Parte prima - Caratteri generali della Convenzione

9 La Convenzione riflette, nel suo insieme, un compromesso fra due concetti, in parte diversi, dell'obiettivo da raggiungere. Si percepisce infatti, nei lavori preparatori, la tensione esistente fra il desiderio di proteggere le situazioni di fatto alterate dal trasferimento o dal mancato ritorno illeciti di un minore e la preoccupazione di garantire soprattutto il rispetto dei rapporti giuridici che possono essere alla base di tali situazioni. A questo proposito, l'equilibrio sancito dalla Convenzione è abbastanza fragile. Da un canto, è chiaro che la Convenzione non riguarda il merito del diritto di affidamento (articolo 19); ma d'altro canto è altrettanto evidente che il fatto di qualificare come illecito il trasferimento o il mancato ritorno di un minore è condizionato dall'esistenza di un diritto di affidamento che dà un contenuto giuridico alla situazione modificata dagli atti che ci si propone di impedire.

I SCOPO DELLA CONVENZIONE

10 Il titolo di questo capitolo fa riferimento sia al problema affrontato dalla Convenzione che agli obiettivi da essa perseguiti per lottare contro l'aumento delle sottrazioni. Una volta affrontati questi due punti, tratteremo altri problemi connessi che sfumano sensibilmente la portata degli obiettivi interessati; si tratta in particolare dell'importanza attribuita all'interesse del minore e delle possibili eccezioni al ritorno immediato dei minori trasferiti o trattenuti illecitamente.

A Delimitazione dell'argomento

11 Per quanto riguarda la delimitazione dell'argomento, ci limiteremo a ricordare molto brevemente che le situazioni prese in considerazione derivano dal compimento di atti posti in essere per creare vincoli artificiali di competenza giudiziaria internazionale, al fine di ottenere l'affidamento di un minore. La varietà delle circostanze che possono concorrere in una fattispecie fa fallire qualunque tentativo di stabilire una definizione più precisa da un punto di vista giuridico. Tuttavia in tutte le situazioni esaminate emergono ineluttabilmente due elementi che confermano la caratterizzazione approssimativa cui si è appena accennato.

12 In primo luogo, in tutte le ipotesi ci troviamo di fronte al trasferimento di un minore fuori del suo ambiente abituale, dove si trovava affidato ad una persona fisica o morale che esercitava su di lui un diritto legittimo di affidamento. Beninteso è necessario assimilare a questa situazione il rifiuto di reintegrare il minore nel suo ambiente, dopo una permanenza all'estero voluta dalla persona che esercitava l'affidamento. In entrambi i casi, la conseguenza è infatti la stessa: il minore è stato sottratto all'ambiente familiare e sociale nel quale si svolgeva la sua vita. D'altronde in questo contesto poco importa la natura del titolo giuridico che era alla base dell'esercizio del diritto di affidamento sulla persona del minore: da questo punto di vista, l'esistenza o meno di una decisione relativa all'affidamento non modifica in nulla i dati sociologici del problema.

13 In secondo luogo, la persona che trasferisce il minore (o che è responsabile del trasferimento, qualora l'azione materiale sia eseguita da un terzo) ha la speranza di ottenere, dalle autorità del paese in cui il minore è stato condotto, il diritto di affidamento su quest'ultimo. Si tratta quindi di qualcuno che appartiene alla cerchia familiare del minore, nel senso ampio del termine; infatti, nella maggior parte dei casi, la persona in questione è il padre o la madre.

14 Accade di frequente che la persona che trattiene il minore cerchi di ottenere che una decisione giudiziaria o amministrativa dello Stato in cui si è rifugiata legalizzi la situazione di fatto che ha appena creato; ma se non è certa del contenuto della decisione, è possibile anche che opti per l'inattività, lasciando così l'iniziativa alla persona spodestata. Ora, anche se quest'ultima agisce rapidamente, evitando cioè il consolidamento nel tempo della situazione provocata dal trasferimento del minore, il sottrattore si troverà in una posizione vantaggiosa, in quanto è lui che avrà scelto il foro che giudicherà il caso, un foro che, in linea di principio, egli ritiene sia il più favorevole alle sue pretese.

15 In conclusione, possiamo affermare che la problematica di cui si occupa la Convenzione - con tutto ciò che di drammatico comporta il fatto che riguarda direttamente la protezione dell'infanzia nelle relazioni internazionali - fa derivare tutta la sua intensità giuridica dalla possibilità che hanno i privati di stabilire vincoli più o meno artificiali di competenza giudiziaria. In questa prospettiva, infatti, il singolo può alterare la legge applicabile e ottenere una decisione giudiziaria che gli sia favorevole. Certo, una decisione siffatta, soprattutto quando coesiste con altre decisioni di contenuto contraddittorio emesse da altri fori, avrà una validità geograficamente limitata, ma in ogni caso possiederà un titolo giuridico sufficiente a "legalizzare" una situazione di fatto che non desiderava nessuno degli ordinamenti giuridici interessati.

B Gli obiettivi della Convenzione

16 Gli obiettivi della Convenzione, che appaiono nell'articolo primo, potrebbero essere riassunti come segue: dato che un fattore caratteristico delle situazioni considerate consiste nel fatto che il sottrattore vuole che la sua azione venga legalizzata dalle autorità competenti dello Stato in cui si è rifugiato, un mezzo efficace per dissuaderlo è che le sue azioni vengano private di ogni conseguenza pratica e giuridica. Per ottenere ciò, la Convenzione sancisce per prima cosa, fra i suoi obiettivi, il ripristino dello *status quo*, tramite il "l'immediato rientro dei minori illecitamente trasferiti o trattenuti in qualsiasi Stato contraente". Le difficoltà insormontabili incontrate nella determinazione convenzionale dei criteri di competenza diretta in materia hanno infatti portato a scegliere questa via che, sebbene indirettamente, nella maggior parte dei casi fa sì che la decisione finale sull'affidamento sia emessa dalle autorità della residenza abituale del minore prima del suo trasferimento.

17 D'altronde, sebbene l'obiettivo espresso al punto b, "assicurare che i diritti di affidamento e di visita previsti in uno Stato contraente siano effettivamente rispettati negli altri Stati contraenti", presenti un carattere autonomo, la sua connessione teleologica con l'obiettivo "rientro del minore" non è meno evidente. In realtà, si potrebbe credere che si tratti di un solo obiettivo visto in due momenti diversi: mentre il rientro immediato del minore risponde al desiderio di ristabilire una situazione che il sottrattore ha modificato unilateralmente con un atto, il rispetto effettivo dei diritti di affidamento e di visita si colloca su un piano preventivo, nella misura in cui tale rispetto deve contribuire a eliminare una delle cause più frequenti di sottrazioni di minori.

Ora, poiché la Convenzione non precisa i mezzi che ogni Stato deve usare per far rispettare il diritto di affidamento esistente in un altro Stato contraente, bisogna concludere che, fatta eccezione per la protezione indiretta, che comporta l'obbligo di restituire il minore a colui che ne aveva la custodia, il rispetto del diritto di affidamento sfugge quasi interamente al campo convenzionale. Il diritto di visita, invece, è oggetto di una regolamentazione di certo incompleta ma indicativa dell'interesse attribuito ai contatti regolari fra genitori e figli, anche quando l'affidamento sia stato assegnato ad uno solo dei genitori o ad un terzo.

18 Se si ammette la fondatezza delle precedenti considerazioni, bisogna concludere che ogni tentativo di gerarchizzazione degli obiettivi della Convenzione non può avere che un significato simbolico. Sembra infatti quasi impossibile stabilire una gerarchia fra due obiettivi che traggono origine da una stessa preoccupazione, in quanto in definitiva è quasi la stessa cosa agevolare il rientro di un minore trasferito o adottare le misure necessarie ad evitare un tale trasferimento.

Ora, come vedremo in seguito, l'aspetto che la Convenzione ha tentato di regolamentare a fondo è quello del rientro dei minori illecitamente trasferiti o trattenuti. La ragione ci sembra evidente: è dopo aver illecitamente trattenuto un minore che si verificano le situazioni più dolorose, quelle che, esigendo soluzioni particolarmente urgenti, non possono essere risolte in modo unilaterale da ogni ordinamento giuridico interessato. Prese nel loro insieme, tutte queste circostanze giustificano, a nostro avviso, lo spazio riservato dalla Convenzione alla regolamentazione del rientro del minore e allo stesso tempo riconoscono, al livello dei principi, una certa priorità all'obiettivo preso in considerazione. Per cui, sebbene in teoria i due obiettivi citati debbano essere collocati su uno stesso piano, nella pratica è il desiderio di garantire il ripristino della situazione alterata dall'atto del sottrattore ad essere prevalso nell'ambito della Convenzione.

modo sulle ragioni che hanno determinato il loro inserimento nella Convenzione. Da questo punto di vista, possiamo distinguere le eccezioni come basate su tre diverse giustificazioni:

28 Da un canto, l'articolo 13a riconosce che le autorità giudiziarie o amministrative dello Stato richiesto non sono tenute a ordinare il ritorno del minore se il richiedente, prima del trasferimento presunto illecito, non esercitava in modo effettivo l'affidamento, adesso invocato, o se aveva dato il suo consenso successivo all'azione che adesso veniva a contestare. Si tratta quindi di situazioni in cui o le condizioni precedenti al trasferimento non comportavano uno degli elementi essenziali delle relazioni che la Convenzione intende proteggere (quello dell'esercizio effettivo dell'affidamento), o il comportamento successivo del genitore spodestato dimostra l'accettazione della nuova situazione così creata, il che la rende più difficilmente contestabile.

29 D'altro canto, i commi 1b e 2 dello stesso articolo 13 prevedono eccezioni che si richiamano con chiarezza al rispetto dell'interesse del minore. Ora, come abbiamo segnalato prima, la Convenzione ha dato un contenuto preciso a questa nozione. Così, l'interesse del minore di non essere spostato dalla sua residenza abituale senza sufficienti garanzie di stabilità nella nuova situazione, cede il passo di fronte all'interesse primario di ogni persona di non essere esposta ad un pericolo fisico, o messa in una situazione intollerabile.

30 Per di più, la Convenzione ammette anche che il parere del minore sul punto essenziale del suo rientro o del suo mancato rientro possa essere decisivo, se ad avviso delle autorità competenti egli abbia raggiunto un'età e una maturità sufficienti. In questa prospettiva, la Convenzione dà ai minori la possibilità di farsi interpreti del loro interesse. Ovviamente, questa disposizione può diventare pericolosa se la sua applicazione si traduce in interrogatori diretti di ragazzi che, certo, possono avere una coscienza chiara della situazione, ma possono anche subire danni psichici seri se pensano di essere stati obbligati a scegliere fra i due genitori. Tuttavia, una norma di questo tipo era indispensabile dato che il campo di applicazione della Convenzione *ratione personae* si estende ai minori fino al sedicesimo anno di età; si deve ammettere che sarebbe difficilmente accettabile il rientro di un minore, per esempio di quindici anni, contro la sua volontà. D'altronde gli sforzi fatti proprio su questo punto per mettersi d'accordo su un'età minima a partire dalla quale si possa tener conto dell'opinione del minore sono falliti, in quanto tutte le età proposte avevano un carattere artificiale, se non addirittura arbitrario; è parso preferibile affidare l'applicazione di questa clausola al buon senso delle autorità competenti.

31 In terzo luogo, non esiste obbligo di far tornare il minore quando, ai sensi dell'articolo 20, ciò "non fosse consentito dai principi fondamentali dello Stato richiesto relativi alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". Ci troviamo qui di fronte ad una norma poco diffusa nelle convenzioni in materia di diritto internazionale privato e la cui esatta portata è difficile da stabilire. Rinviando al commento dell'articolo 20 per cercare di stabilirla, ci sembra qui interessante soprattutto analizzarne l'origine. Ora, questa norma è il frutto di un compromesso fra delegazioni favorevoli e delegazioni contrarie all'inserimento nella Convenzione di una clausola di ordine pubblico.

Tale possibilità è stata largamente dibattuta all'interno della Prima commissione, con formule diverse. E infine, dopo quattro scrutini negativi e con un solo voto di differenza, la Commissione ha ammesso la possibilità di rigettare la domanda di ritorno del minore, scegliendo una riserva che parlasse dell'eccezione di ordine pubblico con una formula limitata al diritto di famiglia e al diritto minorile dello Stato richiesto. La riserva prevista era formulata letteralmente come segue: "*Contracting States may reserve the right not to return*

the child when such return would be manifestly incompatible with the fundamental principles of the law relating to the family and children in the State addressed". Adottando questo testo, si apriva una grave frattura nel *consensus* che fino ad allora era sempre stato alla base dei lavori della Conferenza: è per questo che, conscie della necessità di trovare una soluzione largamente accettabile, tutte le delegazioni si sono impegnate in questa direzione, che rappresentava la via più sicura per garantire il successo della Convenzione.

32 Il punto dibattuto era particolarmente importante, in quanto rifletteva in parte due concezioni parzialmente diverse dell'obiettivo della Convenzione in materia di ritorno del minore. Infatti fino a quel momento il testo elaborato dalla Prima commissione (in armonia col progetto preliminare preparato dalla Commissione speciale) aveva limitato le possibili eccezioni al rientro del minore alla valutazione delle situazioni di fatto e della condotta delle parti o ad una valutazione specifica dell'interesse del minore. Invece la riserva che veniva accettata comportava che si ammettesse la possibilità di rifiutare il rientro di un minore sulla base di argomenti puramente giuridici, tratti dal diritto interno dello Stato richiesto. Diritto interno che avrebbe potuto avere il suo peso nel contesto della disposizione trascritta, o per "valutare" il titolo invocato dal genitore spodestato, o per valutare la fondatezza giuridica dell'azione del sottrattore. Ora, tali conseguenze alteravano considerevolmente un edificio convenzionale costruito sull'idea che bisognava evitare che la normale competenza delle autorità della residenza abituale del minore venisse, di fatto, dirottata altrove.

33 In questa situazione, l'adozione con una buona maggioranza della formula che figura nell'articolo 20 della Convenzione rappresenta un lodevole sforzo di compromesso fra le varie posizioni, avendo sensibilmente ridimensionato il ruolo attribuito al diritto interno dello Stato di rifugio. Da un canto, il riferimento ai principi fondamentali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali rientra in un settore del diritto in cui esistono numerosi compromessi internazionali. Dall'altro, la norma dell'articolo 20 va anche oltre le formule tradizionali della clausola di ordine pubblico per quanto riguarda il grado di incompatibilità esistente fra il diritto invocato e l'atto in questione; infatti, per poter rifiutare il ritorno del minore invocando il motivo indicato in questa disposizione, l'autorità in questione deve accertare non solo l'esistenza di una contraddizione, ma anche il fatto che i principi a tutela dei diritti dell'uomo vietano il ritorno richiesto.

34 Per concludere le considerazioni sui punti trattati in questo comma, sembra necessario sottolineare che i tre tipi di eccezione al ritorno del minore devono essere applicati in quanto tali. Ciò comporta prima di tutto che le eccezioni devono essere interpretate in senso restrittivo se si vuole evitare che la Convenzione diventi lettera morta. Infatti, la Convenzione si basa interamente sul rigetto unanime del fenomeno dei trasferimenti illeciti di minori e sulla convinzione che il metodo migliore per combatterli, a livello internazionale, sia quello di non prevedere delle conseguenze giuridiche. L'applicazione di questo metodo richiede che gli Stati firmatari della Convenzione siano convinti di appartenere, nonostante le differenze, ad una stessa comunità giuridica, all'interno della quale le autorità di ogni Stato riconoscono che le autorità di uno di essi - quelle della residenza abituale del minore - sono in linea di principio le più indicate e legittimate a pronunciarsi sui diritti di affidamento e di visita. Per cui, un sistematico ricorso alle eccezioni citate, sostituendo così il foro della residenza del minore con il foro scelto dal sottrattore, farà crollare tutto l'edificio convenzionale, vuotandolo dello spirito di reciproca fiducia che l'ha ispirato.

II NATURA DELLA CONVENZIONE

A *Una convenzione di cooperazione fra autorità*

35 Delimitando gli scopi perseguiti dagli Stati contraenti, gli obiettivi di una convenzione ne determinano, in ultima istanza, la natura. Per cui, la Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori è prima di tutto una convenzione che cerca di impedire i trasferimenti internazionali di minori istituendo una stretta cooperazione fra le autorità giudiziarie e amministrative degli Stati contraenti. Tale collaborazione verte sui due obiettivi che abbiamo appena esaminato, da un canto l'ottenimento del ritorno immediato del minore nell'ambiente da cui è stato allontanato, dall'altro il rispetto effettivo dei diritti di affidamento e di visita esistenti in uno degli Stati contraenti.

36 Questa descrizione della Convenzione può essere fatta anche attraverso un approccio al negativo. Possiamo così constatare prima di tutto che non si tratta di una convenzione sulla legge applicabile alla custodia dei minori. I riferimenti fatti al diritto dello Stato della residenza abituale del minore hanno, infatti, una portata ristretta, poiché il diritto in questione è preso in considerazione solo per accertare il carattere illecito del trasferimento (per esempio, all'articolo 3). In secondo luogo, la Convenzione non è nemmeno un trattato sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento. Questa opzione, che ha tuttavia suscitato lunghe discussioni all'interno della prima riunione della Commissione speciale, è stata volutamente evitata. Date le conseguenze nel merito del riconoscimento di una decisione straniera, questa istituzione è normalmente circondata da garanzie e da eccezioni che possono prolungare la procedura. Ora, in caso di trasferimento di un minore, il fattore tempo assume un'importanza decisiva. Infatti i disturbi psicologici che il minore può subire a causa di un tale trasferimento potrebbero verificarsi nuovamente se la decisione sul suo ritorno venisse adottata solo dopo un certo tempo.

37 Una volta acquisito che ci troviamo di fronte a una convenzione incentrata sul concetto di cooperazione fra autorità, va precisato che vuole risolvere solo le situazioni che rientrano nel suo campo di applicazione e che riguardano due o più Stati parti. Infatti, l'idea di una convenzione "universalista" (cioè il cui campo si applica a ogni fattispecie internazionale) è difficilmente sostenibile al di fuori delle convenzioni in materia di legge applicabile. In tal senso, dobbiamo ricordare che i regimi previsti, che si tratti del ritorno dei minori o di assicurare l'esercizio effettivo del diritto di visita, si basano in larga misura su una cooperazione fra le Autorità centrali costruita su diritti e doveri reciproci. Allo stesso modo, quando dei privati si rivolgono direttamente alle autorità giudiziarie o amministrative di uno Stato contraente invocando la Convenzione, l'applicazione dei benefici convenzionali risponde anche ad un concetto di reciprocità che esclude in linea di principio la sua estensione ai cittadini degli Stati terzi.

D'altronde, sebbene la Convenzione non raggiunga la pienezza dei suoi obiettivi se non fra gli Stati contraenti, le autorità di ognuno di questi Stati hanno perfettamente il diritto di ispirarsi a disposizioni convenzionali per trattare altre situazioni simili.

B *Carattere autonomo della Convenzione*

38 Incentrata come è sulla nozione di cooperazione fra autorità per raggiungere obiettivi precisi, la Convenzione è autonoma rispetto alle convenzioni esistenti in materia di protezione dei minori o relative al diritto di custodia. Così, una delle prime decisioni adottate dalla Commissione speciale è stata di orientare i suoi lavori nel senso di una convenzione

indipendente, piuttosto che di elaborare un protocollo alla *Convenzione de L'Aja del 5 ottobre 1961 riguardante la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori*. In questa stessa ottica, la Convenzione non poteva neanche rifarsi ai modelli proposti dalle convenzioni sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di custodia, compreso quello della Convenzione del Consiglio d'Europa.

39 Questa autonomia non significa che le norme pretendano di risolvere tutti i problemi creati dalle sottrazioni internazionali di minori. Anzi, nella misura in cui gli obiettivi della Convenzione, sebbene ambiziosi, hanno una portata molto concreta, il problema di fondo del diritto di custodia si colloca al di fuori del campo di applicazione della Convenzione. Essa è quindi chiamata a coesistere inevitabilmente con le norme sulla legge applicabile e sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere di ogni Stato contraente, indipendentemente dal fatto che la loro fonte sia interna o convenzionale.

D'altra parte, anche nel proprio campo, la Convenzione non pretende di essere applicata in via esclusiva: essa vuole, prima di tutto, la realizzazione degli obiettivi convenzionali e riconosce quindi esplicitamente la possibilità di invocare, parallelamente alla Convenzione, ogni altra norma giuridica che sia in grado di ottenere il ritorno di un minore trasferito o trattenuto illecitamente, o di organizzare un diritto di visita (articolo 34).

C Rapporti con altre convenzioni

40 La Convenzione si presenta come uno strumento che deve trovare una soluzione d'urgenza per evitare il consolidamento giuridico delle situazioni, inizialmente illecite, provocate dal trasferimento o dal mancato ritorno di un minore. Nella misura in cui non intende decidere nel merito dei diritti delle parti, si impone la necessità della sua compatibilità con altre convenzioni. Nondimeno, una tale compatibilità non poteva essere ottenuta se non assicurando l'applicazione prioritaria delle disposizioni suscettibili di fornire una soluzione d'urgenza e, in una certa misura, provvisoria. E' infatti dopo il rientro del minore nella sua residenza abituale che dovranno essere sollevate, davanti ai tribunali competenti, le questioni relative al diritto di affidamento. A questo proposito, l'articolo 34 dichiara che "nelle materie di sua competenza, la Convenzione prevale sulla *Convenzione del 5 ottobre 1961 relativa alla competenza delle autorità e alla legge applicabile in materia di protezione dei minori*, tra gli Stati parti alle due Convenzioni". Peraltro, dato che si è cercato di evitare che si potesse rinviare l'applicazione delle disposizioni convenzionali invocando disposizioni che riguardano il merito del diritto di custodia, il principio contenuto nell'articolo 34 dovrebbe estendersi a ogni disposizione riguardante il diritto di custodia, qualunque ne sia la fonte. Invece, come abbiamo appena sottolineato nel paragrafo precedente, le parti possono fare appello ad ogni norma che faciliti la realizzazione degli obiettivi convenzionali.

D Apertura della Convenzione agli Stati non membri della Conferenza de L'Aja

41 Anche su questo punto, la Convenzione si è manifestata come Convenzione di cooperazione dal carattere semiaperto. In linea di principio, ogni Stato potrà aderire alla Convenzione, ma la sua adesione "avrà effetto solo nei rapporti tra lo Stato aderente e gli Stati contraenti che avranno dichiarato di accettare detta adesione" (articolo 38). Agendo in tal modo, gli Stati contraenti hanno cercato di mantenere l'equilibrio necessario fra il desiderio di universalismo e la convinzione che un sistema di cooperazione è efficace solo se fra le Parti esiste un grado sufficiente di fiducia reciproca.

Per di più, la scelta del sistema dell'accettazione esplicita dell'adesione da parte di ogni Stato membro perché l'adesione stessa divenga effettiva nei suoi confronti, preferito al sistema, più aperto, che vuole che l'adesione abbia effetto tranne che rispetto allo Stato membro che vi si oppone entro un determinato termine, dimostra l'importanza attribuita dagli Stati alla selezione dei suoi contraenti nella materia oggetto della Convenzione.

III STRUMENTI DI APPLICAZIONE DELLA CONVENZIONE

A Le Autorità centrali

42 Una convenzione di cooperazione come quella di cui trattasi può in linea di principio orientarsi in due direzioni diverse: imporre la cooperazione diretta fra le autorità interne competenti nel campo di applicazione della Convenzione, o basare la sua azione sulla creazione di Autorità centrali in ogni Stato contraente, allo scopo di coordinare e canalizzare la cooperazione auspicata. Il progetto preliminare messo a punto dalla Commissione speciale sceglieva con sufficiente chiarezza a favore della seconda opzione e la stessa Convenzione continua ad essere costruita, in larga misura, sull'intervento e le competenze delle Autorità centrali.

43 Nondimeno, l'inequivocabile ammissione della possibilità riconosciuta ai privati di rivolgersi direttamente alle autorità giudiziarie o amministrative competenti per l'applicazione della Convenzione (articolo 29), accresce l'importanza dell'obbligo ad esse imposto di cooperare, al punto che il sistema seguito dalla Convenzione potrà essere qualificato come "sistema misto" per via del fatto che a margine degli obblighi delle Autorità centrali ne introduce degli altri che sono propri delle autorità giudiziarie o amministrative.

44 D'altronde sarebbe un errore pretendere di costruire una convenzione per lottare contro le sottrazioni internazionali di minori senza tener conto del ruolo importante svolto dalle autorità giudiziarie o amministrative interne in tutte le questioni concernenti la protezione dei minori.

In questo contesto, il riferimento alle autorità amministrative deve essere colto come il semplice riflesso del fatto che, in alcuni Stati membri della Conferenza, questo compito è affidato ad autorità di tal tipo, mentre nella maggior parte degli ordinamenti giuridici la competenza in materia appartiene alle autorità giudiziarie. Tutto sommato, è alle autorità che all'interno di ogni Stato sono incaricate di statuire sull'affidamento e la protezione dei minori che la Convenzione affida il compito di risolvere i problemi posti, che si tratti del ritorno di un minore trasferito o trattenuto illecitamente, o dell'organizzazione dell'esercizio del diritto di visita. In tal modo, la Convenzione fa sua l'esigenza di sicurezza giuridica che ispira in questo campo tutti i diritti interni. Infatti, sebbene le decisioni sul ritorno dei minori non pregiudichino il merito del diritto di affidamento (v. articolo 19), influenzeranno largamente la vita dei minori; l'adozione di tali decisioni, l'assunzione di una tale responsabilità devono obbligatoriamente spettare alle autorità che normalmente sono competenti secondo il diritto interno.

45 Tuttavia, a grandi linee e in una larga maggioranza dei casi, l'applicazione della Convenzione dipenderà dal funzionamento degli strumenti che essa stessa istituirà a tal fine, cioè dalle Autorità centrali. Per quanto riguarda la loro regolamentazione da parte della Convenzione, la prima osservazione da fare è che la Conferenza ha preso coscienza delle differenze profonde esistenti nell'organizzazione interna degli Stati membri; è il motivo per il

quale la Convenzione non precisa affatto quali devono essere la struttura e la capacità d'azione delle Autorità centrali, due aspetti che saranno necessariamente disciplinati dalla legge interna di ogni Stato contraente. L'accettazione di questa premessa si traduce, nella Convenzione, nel riconoscimento del fatto che i compiti assegnati in particolare alle Autorità centrali potranno essere svolti o direttamente da loro o tramite un intermediario (articolo 7). E' evidente, per esempio, che la localizzazione di un minore può richiedere l'intervento della polizia; allo stesso modo, l'adozione di misure provvisorie o l'avvio di procedure giudiziarie riguardanti relazioni private possono esulare dalle competenze attribuibili alle autorità amministrative da alcune leggi interne. Nondimeno, in tutti i casi, l'Autorità centrale resta il destinatario degli obblighi che la Convenzione le impone, in quanto "costruttore" della cooperazione voluta per lottare contro i trasferimenti illeciti di minori. D'altro canto, è proprio per tener conto delle particolarità dei diversi ordinamenti giuridici che la Convenzione ammette che l'Autorità centrale possa esigere che la domanda indirizzata sia accompagnata da un'autorizzazione "scritta, che le dia facoltà di agire per conto del richiedente, o di nominare un rappresentante abilitato ad agire per suo conto" (articolo 28).

46 Peraltro la Convenzione, seguendo una tradizione consolidata della Conferenza de L'Aja, dispone che sia gli Stati federali che gli Stati plurilegislativi o che abbiano organizzazioni territoriali autonome sono liberi di designare più di un'Autorità centrale. Tuttavia, i problemi riscontrati nell'applicazione pratica delle convenzioni che prevedono l'esistenza di diverse Autorità centrali sul territorio di un solo Stato, nonché, in modo particolare, le caratteristiche speciali della materia che è oggetto della presente Convenzione, hanno indotto la Conferenza, seguendo il criterio già stabilito dalla Commissione speciale, a dirigersi verso una sorta di "gerarchizzazione" delle Autorità centrali in questi Stati. Infatti, limitandoci al secondo aspetto citato, se la persona che ha trasferito o trattenuto un minore trae vantaggio dall'estrema facilità di comunicazioni all'interno di uno Stato, il richiedente o l'Autorità centrale dello Stato richiedente potrebbero invece essere costretti a ripetere più volte la loro domanda di ritorno del minore; per di più, esiste la possibilità che, pur avendo ragioni serie di credere che il minore si trovi in uno Stato contraente, si ignori quale sia l'unità territoriale della sua residenza.

47 Per trovare una soluzione a queste situazioni e ad altre simili, la Convenzione prevede che gli Stati che designano più di un'Autorità centrale, designeranno contemporaneamente "l'Autorità centrale alla quale le domande possono essere inviate per essere trasmesse all'Autorità centrale competente nell'ambito di questo Stato" (articolo 6). La problematica è importante, in quanto la Convenzione pone un limite temporale all'obbligo imposto alle autorità giudiziarie o amministrative dello Stato richiesto, per quanto riguarda il ritorno immediato del minore; un errore nella scelta dell'Autorità centrale richiesta può quindi avere conseguenze decisive sulle richieste delle parti. Ora, per evitare che un fattore non previsto dalla Convenzione ne modifichi la normale applicazione, bisognerà che questa sorta di "super Autorità centrale", di cui all'articolo 6, adotti un atteggiamento attivo. Infatti, poiché dovrà servire da ponte fra l'Autorità centrale del proprio Stato di volta in volta competente da un canto, e le Autorità centrali degli altri Stati contraenti dall'altro, si vedrà costretta a scegliere fra procedere alla localizzazione del minore per poter trasmettere il caso all'Autorità centrale giusta, o trasmettere una copia della domanda a tutte le Autorità centrali dello Stato, il che provocherà inevitabilmente una moltiplicazione dei servizi burocratici. Ma è fuor di dubbio che un'Autorità centrale siffatta svolgerà un ruolo fondamentale nell'applicazione della Convenzione per quanto riguarda i rapporti che intercorrono fra gli Stati summenzionati.

B Il modello di domanda

48 Seguendo la decisione presa dalla Commissione speciale nel corso della seconda riunione, la Quattordicesima sessione della Conferenza ha adottato, parallelamente alla Convenzione, una Raccomandazione che include un modello standard di domanda di ritorno dei minori trasferiti o trattenuti illecitamente. A questo proposito, è opportuno fare due osservazioni. La prima riguarda il valore giuridico della Raccomandazione in questione: per stabilirlo, è opportuno ricorrere al diritto generale delle organizzazioni internazionali. Ora, in questa ottica, una raccomandazione è sostanzialmente un invito non vincolante rivolto da un'organizzazione internazionale a uno, più o tutti gli Stati membri. Di conseguenza, gli Stati non sono tenuti *stricto sensu* ad usare il modello di domanda contenuto in questa Raccomandazione; addirittura è stato accuratamente evitato di presentarlo come un allegato alla Convenzione.

I motivi sono evidenti. Prima di tutto, data la mancanza di precedente esperienza internazionale nella materia in cui opera la Convenzione, si può pensare che dopo alcuni anni l'applicazione pratica delle disposizioni convenzionali porti a suggerire l'introduzione di alcune modifiche nel modello adottato. Ora, sembra preferibile non sottoporre una eventuale revisione del testo alle formalità che richiederebbe il diritto internazionale pubblico in materia di revisione dei trattati internazionali. Si può anche prevedere che, a margine di una futura azione concertata della Conferenza su questo punto, l'adattamento del modello raccomandato potrà essere frutto di contatti bilaterali avviati fra le Autorità centrali, in esecuzione dell'obbligo generale di cui all'articolo 7, comma 2, lettera i.

D'altro canto, una conseguenza diretta della decisione di non rendere obbligatorio l'uso del modulo standard è che la Convenzione contiene una elencazione dei dati che ogni domanda indirizzata ad un'Autorità centrale deve necessariamente contenere (articolo 8).

49 La seconda osservazione riguarda l'applicazione e il tenore del modello raccomandato. Infatti, sebbene la Convenzione regoli anche importanti aspetti del diritto di visita, il modello proposto si limita ad offrire una domanda-tipo per il ritorno del minore. Ciò mostra la polarizzazione dell'interesse della Conferenza sulla soluzione dei problemi posti da un trasferimento di minore, mettendo in risalto l'originalità della via scelta per arrivarci. E' proprio perché questa via è nuova che si è ritenuto opportuno inserire un'indicazione su come praticarla.

50 In merito al tenore della domanda, esso sviluppa appunto gli elementi richiesti dalla Convenzione; tuttavia, vorremmo richiamare l'attenzione su due punti minori. Per prima cosa, sulla frase "data e luogo del matrimonio" dei genitori del minore in oggetto: poiché non è seguita, fra parentesi, dall'espressione "se del caso", sembra che venga riservato un trattamento eccezionale e discriminatorio alla situazione dei figli naturali. Per di più, la mancanza di questa stessa espressione accanto al riferimento alla data e al luogo di nascita del minore mal si accorda con la precisione dimostrata su questo punto dall'articolo 8 della Convenzione, quando aggiunge riferendosi alla data di nascita "qualora sia possibile procurarla".

51 Inoltre, si constata una mancanza di concordanza fra il testo francese e il testo inglese, dal punto di vista delle "informazioni concernenti la persona che si adduce abbia sottratto o trattenuto il minore". A questo proposito, sembra preferibile seguire il testo inglese, più completo, soprattutto per quanto riguarda la citazione della nazionalità del preteso sottrattore, un elemento che sarà a volte decisivo nella localizzazione del minore.

domanda, è perché a volte permettono una redazione più facile; ma bisognerà comunque intenderli con le sfumature che comporta la loro applicazione al problema specifico di cui si occupa la Convenzione.

Seconda parte - Commento degli articoli della Convenzione

CAPITOLO PRIMO - CAMPO DI APPLICAZIONE DELLA CONVENZIONE

54 Il capitolo primo definisce il campo di applicazione della Convenzione in merito alla materia e alle persone interessate (campo di applicazione *ratione materiae* e *ratione personae*). Tuttavia, per avere una prospettiva globale del campo convenzionale, bisogna considerare anche l'articolo 34 sulle relazioni con altre convenzioni, l'articolo 35 riguardante il suo campo di applicazione nel tempo e gli articoli da 31 a 33 che si riferiscono all'applicazione della Convenzione negli Stati plurilegislativi.

Articolo primo - Gli obiettivi della Convenzione

a Osservazioni generali

55 Questo articolo espone in due paragrafi gli obiettivi convenzionali che abbiamo trattato abbastanza diffusamente nella prima parte di questo Rapporto. E' quindi evidente che la mancanza di parallelismo fra il titolo e il contenuto della Convenzione supera la questione puramente terminologica. In ogni modo, bisogna riconoscere che i termini usati nel titolo, malgrado manchino di rigore giuridico, hanno un potere evocatore e una forza che attirano l'attenzione, il che è essenziale.

56 Per quanto riguarda la natura dei casi regolamentati, s'impone una osservazione di portata generale. Sebbene la Convenzione non includa alcuna norma che sancisca il carattere internazionale delle situazioni considerate, una tale conclusione si può trarre sia dal titolo che dai diversi articoli. Ora, nel caso presente, il carattere internazionale deriva da una situazione di fatto, vale a dire dalla dispersione dei membri di una famiglia in diversi paesi. Una situazione puramente interna al momento del suo nascere può quindi rientrare nel campo di applicazione della Convenzione per il fatto, per esempio, che uno dei membri della famiglia si sia trasferito all'estero col minore, o per il desiderio di esercitare un diritto di visita in un altro paese, ove risieda la persona che asserisce avere tale diritto. Invece la differenza di nazionalità delle persone interessate non implica necessariamente che ci troviamo di fronte ad una fattispecie internazionale alla quale deve essere applicata la Convenzione, sebbene si tratti di un indice chiaro di una possibile internazionalizzazione, nel senso descritto.

b Lettera a

57 L'obiettivo di assicurare il ritorno immediato dei minori trasferiti o trattenuti illecitamente è stato già presentato a lungo. D'altronde, la Quattordicesima sessione non ha cambiato in nulla il tenore letterale della formula elaborata dalla Commissione speciale. Non faremo qui se non due brevi considerazioni di chiarimento relative alla sua stesura. La prima concerne la caratterizzazione dei comportamenti che si vorrebbero evitare con la realizzazione di questo obiettivo. In breve, come già sappiamo, si tratta di ogni condotta che alteri i rapporti familiari esistenti prima o dopo una decisione giudiziaria, utilizzando un

minore, trasformato da questo fatto in strumento e vittima principale della situazione. In questo contesto, il riferimento ai minori "trattenuti illecitamente" intende comprendere i casi in cui il minore che si trovi in un luogo diverso da quello della sua residenza abituale - col consenso della persona che esercitava normalmente la sua custodia - non viene restituito dalla persona con la quale si trova. E' la situazione tipo che si verifica quando il trasferimento del minore è la conseguenza di un esercizio abusivo del diritto di visita.

58 In secondo luogo, il testo commentato precisa che i minori di cui si cerca di assicurare il ritorno sono quelli che sono stati trasferiti o trattenuti "in ogni Stato contraente". Una tale precisazione ha un doppio significato. Da un canto, per quanto riguarda la norma contenuta nell'articolo 4, essa delimita il campo di applicazione *ratione personae* della Convenzione ai minori che, avendo la residenza abituale in uno degli Stati contraenti, siano trasferiti o trattenuti sul territorio di un altro Stato contraente.

59 Ma queste poche parole hanno anche un significato tutto diverso. Infatti, in questa prospettiva, l'obiettivo della Convenzione esaminata, considerato in sé o in rapporto alla disposizione dell'articolo 2, diventa generale, cioè applicabile a tutti i minori che, alle condizioni descritte, si trovino in uno Stato contraente. Tuttavia, ci sarà sempre una differenza nella situazione giuridica fra i minori che avevano la residenza abituale, prima del trasferimento, in un altro Stato contraente e gli altri minori. Per cui la situazione dei primi dovrà essere risolta applicando direttamente le disposizioni convenzionali. Invece, l'obbligo degli Stati verso gli altri minori sarà più sfumato, nella misura in cui esso proviene (a prescindere dalla legislazione interna) dal dovere sancito nell'articolo 2, che si potrebbe descrivere come quello di adottare le misure atte ad evitare che i loro territori si trasformino in luoghi di rifugio di eventuali "sottrattori".

c Lettera b

60 L'obiettivo convenzionale esposto sotto questa lettera è stato chiarito nella redazione elaborata nel corso della Quattordicesima sessione. Per quanto riguarda l'ambito in cui si inserisce, è chiaro che le situazioni considerate sono le stesse cui si applica la Convenzione, cioè le situazioni internazionali che mettono in relazione due o più Stati contraenti. La precisazione non è superflua, soprattutto se si tiene conto del fatto che il testo del progetto preliminare dava adito ad altre interpretazioni, in particolare il riferimento a situazioni interne.

61 In merito a quale sia la portata che si è voluto dare all'obiettivo sancitovi, è doveroso fare una distinzione fra diritto di custodia e diritto di visita. Per quanto riguarda il diritto di custodia, si può dire che la Convenzione non ha cercato di svilupparlo in modo autonomo. E' quindi nell'obbligo generale espresso dall'articolo 2, nonché nella regolamentazione del ritorno del minore - basata, come vedremo nel quadro del commento all'articolo 3, sul rispetto di un diritto di custodia effettivamente esercitato e giuridicamente assegnato dallo Stato di residenza abituale - che bisogna trovare il seguito della disposizione che ci interessa in questo senso. Invece, il diritto di visita ha avuto una sorte più favorevole e le basi su cui si deve costruire il suo rispetto effettivo appaiono determinate, almeno a grandi linee, nel contesto dell'articolo 21.

Articolo 2 - Obbligo generale degli Stati contraenti

62 In stretta relazione con gli obiettivi ampi ed elastici dell'articolo 1b, questo articolo sancisce un obbligo generale di comportamento degli Stati contraenti; si tratta quindi di un obbligo che, nei confronti dell'obbligo di ottenere un risultato, normalmente incluso in una convenzione, non esige risultati concreti, ma più semplicemente l'adozione di un determinato atteggiamento che possa portare a tali risultati. Nel presente caso, l'atteggiamento, il comportamento richiesto agli Stati si traduce nel fatto di prendere "ogni adeguato provvedimento per assicurare, nell'ambito del proprio territorio, la realizzazione degli obiettivi della Convenzione". La Convenzione cerca così, salvaguardando il carattere *self-executing* degli altri articoli, di incoraggiare gli Stati contraenti ad ispirarsi a queste norme per risolvere le situazioni simili a quelle da essa regolamentate, ma che non rientrano nel suo campo di applicazione *ratione personae* o *ratione temporis*. Da un canto, ciò deve condurre ad una attenta valutazione delle norme convenzionali quando lo Stato prospetterà una modifica della sua legislazione interna in materia di diritti di custodia o di visita; d'altro canto, l'estensione degli obiettivi della Convenzione a casi non rientranti nelle sue disposizioni dovrebbe influenzare l'azione dei tribunali e tradursi in un minore ricorso all'eccezione di ordine pubblico al momento di pronunciarsi su relazioni internazionali che esulano dal campo di applicazione della Convenzione.

63 Inoltre, nell'ultima frase, l'articolo precisa una delle misure prospettate, sottolineando l'importanza attribuita dalla Conferenza all'uso di procedure rapide nei casi riguardanti i diritti di custodia o di visita. Tuttavia, questa disposizione non impone agli Stati l'obbligo di adottare nella loro legge interna nuove procedure; la concordanza stabilita fra il testo francese e il testo inglese cerca proprio di evitare una tale interpretazione, che il testo francese originale rendeva impossibile. Essa si limita quindi a chiedere agli Stati contraenti di usare, per ogni caso riguardante la materia oggetto della Convenzione, le procedure più urgenti presenti nel proprio diritto.

Articolo 3 - Carattere illecito di un trasferimento o di un mancato ritorno

a Osservazioni generali

64 L'art. 3 nella sua interezza costituisce una delle disposizioni chiave della Convenzione, in quanto dalla sua applicazione dipende la messa in moto dell'ingranaggio per la restituzione del minore; infatti, la Convenzione impone l'obbligo di restituire un minore solo se c'è stato un trasferimento o un mancato ritorno da essa considerati (illeciti). Ora, per precisare le condizioni che devono ricorrere in una situazione perché il suo mutamento unilaterale venga considerato illecito, questo articolo mette indirettamente in evidenza le relazioni che la Convenzione cerca di proteggere. Tali relazioni sono basate sull'esistenza di due fatti, 4) in primo luogo l'esistenza di un diritto di custodia attribuito dallo Stato di residenza abituale del minore e 5) in secondo luogo, l'esercizio effettivo di tale custodia prima del trasferimento del minore. Esaminiamo più da vicino la rilevanza di queste condizioni.

b L'elemento giuridico

65 Per quanto riguarda ciò che può essere definito l'elemento giuridico presente in queste situazioni, la Convenzione ha l'obiettivo di difendere quelle relazioni che sono già protette in virtù dell'esistenza di un titolo per il diritto di custodia nello Stato di residenza

abituale del minore, cioè in virtù della legge dello Stato di cui si svolgevano le relazioni del minore prima del suo trasferimento. La precedente affermazione richiede ulteriori precisazioni sotto due aspetti. Il primo punto che si deve considerare riguarda la legge, la cui violazione determina se un trasferimento o un mancato ritorno siano illeciti ai sensi della Convenzione. Come abbiamo appena detto, si tratta del diritto di custodia. Sebbene i problemi che possono sorgere dalla violazione del diritto di visita, specialmente quando il minore è portato all'estero da chi lo ha in custodia, siano stati sollevati durante la Quattordicesima sessione, la maggioranza ritenne che tali situazioni non possono essere assimilate alle sottrazioni illecite che si cerca di prevenire.

Questo esempio ed altri come questo in cui la violazione del diritto di visita modifica profondamente l'equilibrio stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa, dimostrano per certo che decisioni relative alla custodia dei minori dovrebbero sempre essere aperte ad una revisione. Questo problema, tuttavia, ha resistito a tutti i tentativi della Conferenza de L'Aja di coordinare da allora in avanti le opinioni. Si sarebbe raggiunto un risultato discutibile se l'applicazione della Convenzione, garantendo lo stesso grado di protezione ai diritti di custodia e di visita, avesse portato alla fine alla sostituzione dei titolari di un tipo di diritto con quelli dell'altro.

66 La seconda questione da esaminare riguarda la legge scelta per valutare la validità iniziale del titolo invocato. A questo punto non ci fermeremo sulla nozione di residenza abituale, un concetto familiare alla Conferenza de L'Aja, che la considera una questione di puro fatto, differendo in ciò dal domicilio. Ancor più, la scelta del diritto della residenza abituale come criterio determinante della legalità della situazione violata dalla sottrazione è logica. Infatti, agli argomenti che hanno portato ad accordarle un ruolo preminente nella protezione dei minori, come nella Convenzione de L'Aja del 1961, si deve aggiungere la peculiare natura della Convenzione stessa, e cioè il suo campo d'azione limitato. A tale riguardo si devono fare due puntualizzazioni: da un lato, la Convenzione non cerca di risolvere definitivamente questioni relative alla custodia dei minori, fatto questo che indebolisce in maniera considerevole gli argomenti favorevoli all'applicazione della legge nazionale; dall'altro, le regole della Convenzione poggiano in larga misura sull'idea soggiacente che esista una sorta di competenza naturale dei tribunali del luogo di abituale residenza del minore in cause relative alla sua custodia.

Da un altro punto di vista, la nostra attenzione dovrebbe essere anche attirata dal fatto che la Convenzione parla del "diritto" dello Stato di residenza abituale, rompendo quindi una tradizione consolidata dalle Convenzioni de L'Aja sulla legge applicabile elaborate fin dal 1955, che sottopongono la regolamentazione dell'argomento da esse trattato ad una determinata legge interna. Naturalmente, in tali casi, la parola "legge" deve essere intesa nel suo senso più ampio, comprendente sia la legge scritta che la consuetudine, qualsiasi possa essere la sua importanza, oltre che le precisazioni apportate dalla loro interpretazione giurisprudenziale. Tuttavia, l'aggettivo "interna" implica l'esclusione di ogni riferimento alle norme che regolamentano i conflitti sulla legge designata. Perciò, se la Convenzione ha abbandonato la sua tradizionale formula per parlare di "diritto della residenza abituale", questa differenza non può essere considerata una questione puramente terminologica. Difatti, come dimostrano i lavori preliminari della Commissione, già dall'inizio si intendeva allargare in modo considerevole la serie di provvedimenti da considerare in questo contesto. E' persino stata fatta la proposta, durante la Quattordicesima Sessione, che questo articolo dicesse esplicitamente che il riferimento al diritto della residenza abituale si estendeva alle norme di diritto internazionale privato. Se questa proposta è stata respinta è perché la Conferenza era convinta che tale precisazione fosse superflua e comunque implicita dato che il testo non escludeva le norme in questione né direttamente né indirettamente.

67 Le considerazioni precedenti dimostrano che il diritto del luogo di residenza abituale del minore viene invocato nel senso più lato possibile. Parimenti, le fonti da cui può derivare il diritto di custodia che si vuole proteggere sono tutte quelle su cui può essere basato un ricorso nel contesto dell'ordinamento giuridico considerato. A questo proposito, il comma 2 dell'articolo 3 prende in considerazione alcune - senza dubbio le più importanti - fonti, ponendo l'accento sul fatto che la lista non è esaustiva. Questo paragrafo prevede che "il diritto di custodia citato al capoverso a di cui sopra può derivare in particolare...", così sottolineando la possibile esistenza di altri titoli non contenuti nel testo. Ora, come vedremo nei paragrafi seguenti, queste fonti coprono una vasta area giuridica; la precisazione che non siano esaustive deve essere intesa come volta a favorire una interpretazione flessibile dei termini usati, che permetta di abbracciare il maggior numero possibile di casi.

68 La prima delle fonti di diritto cui ci si riferisce l'articolo 3 è la legge, quando dice che la custodia "può derivare direttamente dalla legge". Questo ci porta a insistere su una delle caratteristiche di questa Convenzione, in particolare la sua applicabilità alla protezione dei diritti di custodia esercitati anteriormente a qualsiasi decisione in merito. Ciò è importante, in quanto non si può dimenticare che, in termini di statistiche, il numero dei casi in cui un minore è trasferito prima di una decisione sulla sua custodia sono piuttosto frequenti. Peraltro, le possibilità del genitore deprivato di recuperare il minore in tali circostanze sono pressoché nulle se non nell'ambito della Convenzione, a meno che egli stesso a sua volta non ricorra a vie di fatto sempre dannose per il minore. A tal riguardo, nell'includere tali casi nel suo campo d'applicazione, la Convenzione ha fatto un passo significativo verso la soluzione dei problemi reali che in passato per lo più sfuggivano al controllo dei meccanismi tradizionali del diritto internazionale privato.

Se si vuole sapere quale sia l'ordinamento giuridico che, secondo la Convenzione, può attribuire il diritto di custodia che si intende tutelare, dobbiamo tornare alle considerazioni sviluppate nel paragrafo precedente. Perciò, la custodia ex lege può essere basata o sul diritto interno dello Stato di residenza abituale del minore, o sul diritto designato dalla normativa contenziosa di quello Stato. Lo scopo della prima opzione è perfettamente chiaro; per quanto riguarda la seconda, essa implicherebbe, per esempio, che il trasferimento da parte di un padre francese di un minore nato al di fuori del matrimonio, che aveva l'abituale residenza in Spagna, dove viveva con sua madre, essendo sia la madre che il figlio di nazionalità francese, dovrebbe essere considerato illecito secondo la Convenzione, in applicazione della legge francese indicata come quella competente dalla normativa contenziosa spagnola in materia di custodia, e indipendentemente dal fatto che l'applicazione del diritto interno spagnolo avrebbe probabilmente condotto ad una diversa soluzione.

69 La seconda fonte del diritto di custodia contenuta nell'articolo 3 è l'esistenza di una decisione giudiziaria o amministrativa. Dato che la Convenzione non si pronuncia in merito, si deve ritenere da un lato che la parola "decisione" sia usata nel senso più ampio e comprenda ogni decisione o parte di una decisione (giudiziaria o amministrativa) riguardante la custodia di un minore; d'altro canto, che queste decisioni possano essere state emesse sia dai tribunali dello Stato di residenza abituale del minore che dai tribunali di un Paese terzo. Ora, nell'ultimo caso, vale a dire quando il diritto di custodia era esercitato nello Stato di residenza abituale del minore in base a una decisione straniera, la Convenzione non richiede che tale decisione sia stata formalmente riconosciuta. Di conseguenza, per poter sortire l'effetto descritto, è sufficiente che la decisione sia considerata come tale dal diritto dello Stato di abituale residenza, cioè che contenga nei principi un certo numero minimo di caratteristiche necessarie ad avviare la procedura per la sua omologazione o riconoscimento.

Quest'ampia interpretazione è confermata peraltro dal tenore dell'articolo 14 della Convenzione.

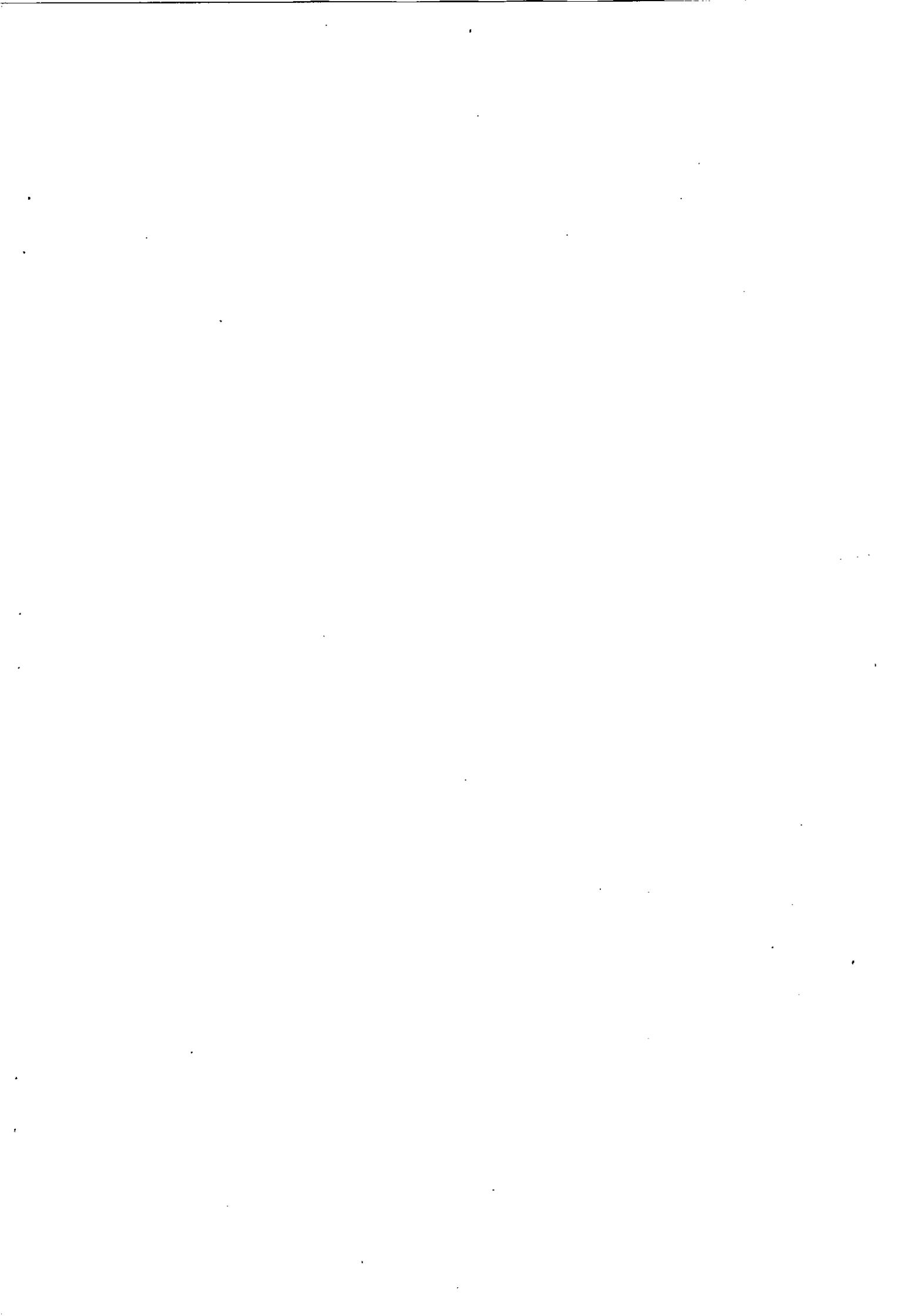
70 Infine, il diritto di custodia può derivare secondo l'art. 3 "da un accordo in vigore in base alla legislazione del predetto Stato". In via di principio, gli accordi in questione possono essere semplici transazioni private tra le parti in merito alla custodia dei minori. La condizione di essere "in vigore" secondo il diritto dello Stato di abituale residenza è stata introdotta nella Quattordicesima Sessione in sostituzione del requisito di "forza di legge", che compariva nel progetto preliminare. La variazione risponde a un bisogno di chiarimento, oltre che di flessibilità, nella misura del possibile, delle condizioni poste all'accettazione di un accordo in quanto fonte della custodia tutelata dalla Convenzione. In merito alla definizione precisa di un accordo "in vigore" secondo un determinato diritto, sembra che si debba includervi qualunque tipo di accordo che non sia proibito da quel diritto e che possa fornire un fondamento per avanzare una pretesa giuridica davanti alle Autorità competenti. Ora, per tornare all'ampia interpretazione fornita dall'articolo 3 alla nozione di "legislazione dello Stato di residenza abituale del minore", la legislazione in questione può, in egual modo, essere sia il diritto interno di quello Stato, sia la legge indicata come applicabile dal suo contenzioso. Spetta alle Autorità dello Stato in questione scegliere tra le due alternative, sebbene lo spirito della Convenzione sembri orientarsi verso l'opzione che, di volta in volta, riconosca la custodia effettivamente esercitata. D'altro canto, la Convenzione non stabilisce, nella forma o nella sostanza, le condizioni che questi accordi devono soddisfare, per cui esse potranno mutare a seconda dei termini del diritto cui si rifanno.

71 Rinviano l'esame di chi possa essere titolare di un diritto di custodia al commento sull'articolo 4 che riguarda il campo d'applicazione della Convenzione *ratione personae*, è opportuno sottolineare ora che l'intenzione è quella di tutelare tutte le modalità con cui si può esercitare la custodia dei minori. Oggettivamente, secondo l'articolo 3, il diritto di custodia può essere stato attribuito, esclusivamente o congiuntamente, alla persona che chieda il rispetto del suo esercizio. Non poteva essere altrimenti, in un'epoca in cui le legislazioni interne stanno progressivamente introducendo la modalità della custodia congiunta, considerata la più adatta al principio generale di non discriminazione sessuale. La custodia congiunta, inoltre, non è sempre custodia *ex lege*, nella misura in cui i Tribunali si mostrano sempre più favorevoli, quando le circostanze lo permettono, a ripartire tra entrambi i genitori le responsabilità inerenti al diritto di custodia. Ora, nell'ottica della Convenzione, il trasferimento di un minore da parte di uno degli affidatari senza il consenso dell'altro, è altrettanto illecito; l'illiceità deriva nel caso specifico, non da qualche azione che viola una particolare legge, ma dal fatto che tale azione ha ignorato i diritti dell'altro genitore, anch'essi protetti dalla legge, ed ha interferito con il loro normale esercizio. La vera natura della Convenzione si rivela in maniera lampante in queste situazioni: non si tratta di stabilire la persona a cui la custodia del minore spetterà in futuro, nè se sarà necessario modificare una decisione di custodia congiunta emessa sulla base di fatti che sono successivamente cambiati. Si cerca più semplicemente di evitare che una successiva sentenza in merito possa essere influenzata da un mutamento delle circostanze causato da un'azione unilaterale di una delle parti.

c L'elemento di fatto

72 Il secondo elemento che caratterizza le relazioni protette dalla Convenzione è che il diritto di custodia che si asserisce sia stato violato col trasferimento del minore, fosse effettivamente esercitato dal titolare. Infatti, nel momento in cui è stato scelto un approccio





Tuttavia, se si considera un provvedimento sull'affidamento emesso da un tribunale del luogo di residenza abituale del minore, che modifichi una precedente decisione e non possa essere eseguito a causa dell'azione del sottrattore, potrebbe essere che il nuovo detentore della custodia non l'abbia esercitata per un tempo lungo. Le difficoltà che si potrebbero incontrare nel cercare di applicare la Convenzione a tali situazioni e forse ad altre, qui non menzionate, sono ovvie. Per concludere, sebbene ci si debba aspettare che questa disposizione non entri frequentemente in gioco, dobbiamo riconoscere che includerla nella Convenzione potrebbe tornare utile.

Articolo 4 - Campo di applicazione ratione personae

75 Questo articolo riguarda esclusivamente il campo di applicazione *ratione personae* della Convenzione rispetto ai minori protetti. Tuttavia, cercando di sistematizzare, tratteremo nel suo contesto anche gli altri aspetti del problema, cioè i possibili detentori dei diritti di custodia e di visita e le persone che potrebbero essere considerate "sottrattori" ai sensi della Convenzione.

a I minori protetti

76 La Convenzione si applica ai minori di età inferiore ai sedici anni che avevano "la loro residenza abituale in uno Stato contraente immediatamente prima della violazione dei diritti di affidamento o di visita". In merito al requisito della residenza abituale, bisogna tornare alle considerazioni espresse sulla natura della Convenzione, che portano alla conclusione secondo cui una convenzione di cooperazione fra autorità può raggiungere tutta la sua efficacia solo se i rapporti in questione avvengono fra Stati contraenti.

77 L'età limite per l'applicazione della Convenzione solleva due problemi importanti. Il primo, il problema dell'età *stricto sensu*, è stato appena dibattuto. La Convenzione fissa l'età di sedici anni, sancendo così una nozione di minore più restrittiva rispetto a quella ammessa da altre Convenzioni de L'Aja. La ragione è contenuta negli stessi obiettivi della Convenzione; una persona di età superiore ai sedici anni, infatti, ha in generale una volontà propria che difficilmente potrà essere ignorata, o da uno qualunque dei genitori, o da un'autorità giudiziaria o amministrativa.

Quanto alla determinazione del momento in cui l'età esclude l'applicazione della Convenzione, fra le diverse opzioni possibili viene scelta la più limitante; di conseguenza, nessuna azione o decisione basata sulle disposizioni convenzionali potrà essere adottata nei confronti di un minore dopo il suo sedicesimo compleanno.

78 Il secondo problema riguarda l'ipotesi di minori di età inferiore ai sedici anni che hanno il diritto di fissare il proprio luogo di residenza. Tenuto conto del fatto che tale diritto fa parte in generale del diritto di affidamento, è stata fatta la proposta di non applicare la Convenzione in casi simili. Tuttavia, tale proposta è stata rigettata sulla base di diversi argomenti, fra i quali possiamo citare: 1) la difficoltà di scegliere l'ordinamento giuridico che dovrebbe sancire l'esistenza di una tale possibilità, dato che esistono almeno tre possibilità che sono, rispettivamente, la legge nazionale, la legge di residenza abituale prima del trasferimento e la legge dello Stato di rifugio; 2) la limitazione eccessiva che questa proposta porterebbe al campo di applicazione della Convenzione, in particolare rispetto al diritto di visita; 3) il fatto che la facoltà di decidere il luogo di residenza di un minore sia solo un elemento possibile del diritto di custodia che non ne esaurisce il contenuto.

D'altra parte, la decisione presa a questo proposito non può essere disgiunta dalla disposizione dell'articolo 13, comma 2, che dà la possibilità alle autorità competenti di tener conto dell'opinione del minore sul suo rientro, non appena abbia raggiunto un'età e una maturità sufficienti. Infatti questa norma permetterà alle autorità giudiziarie o amministrative, ove si tratti del rientro di un minore capace di decidere il proprio luogo di residenza, di ritenere che l'opinione del minore è sempre determinante. Si può arrivare così all'applicazione automatica di una disposizione facoltativa della Convenzione, ma una tale conseguenza sembra preferibile alla riduzione globale del campo di applicazione della Convenzione.

b I detentori dei diritti di custodia e di visita

79 I problemi sollevati a questo proposito dai due diritti citati sono nettamente diversi. Per prima cosa, per quanto riguarda il diritto di visita, è evidente che per la natura stessa delle cose, i suoi detentori saranno sempre persone fisiche, la cui individuazione dipenderà dalla legge applicata all'organizzazione di tale diritto. In linea di principio, tali persone apparterranno alla famiglia stretta del minore, e di regola si tratterà o del padre o della madre.

80 Invece, ai sensi della Convenzione, possono essere detentrici di un diritto di custodia anche persone giuridiche. A questo proposito, l'articolo 3 considera la possibilità dell'attribuzione del diritto di custodia ad "un'istituzione o ogni altro ente", usando volutamente un'espressione vaga e ampia. Infatti, nel corso della Quattordicesima sessione, l'inclusione nel campo convenzionale delle ipotesi in cui la persona del minore venga affidata ad un'istituzione è stata accettata senza discussioni. Ora, dato che ci sono enti diversi dalle istituzioni che sono incaricati di occuparsi di alcuni minori, l'espressione usata è stata ampliata per farvi rientrare sia gli enti provvisti di personalità giuridica che quelli vincolati all'organizzazione statale e sprovvisti di personalità indipendente.

c Gli eventuali "sottrattori"

81 La Convenzione non contiene alcuna disposizione espressa a questo proposito. Nondimeno, dall'insieme del testo possiamo dedurre due osservazioni che chiariscono questo aspetto relativo al campo di applicazione *ratione personae* della Convenzione. La prima riguarda le persone fisiche che possono essere responsabili del trasferimento o del mancato ritorno di un minore. Su questo argomento, la Convenzione mantiene il punto di vista adottato dalla Commissione speciale di non attribuire tali azioni esclusivamente ai genitori. Poiché il concetto di famiglia è più o meno esteso a seconda delle diverse forme culturali, è preferibile attenersi ad una prospettiva ampia che permetta, per esempio, di qualificare come sottrazione di minore, ai sensi della Convenzione, i trasferimenti fatti da un nonno o un padre adottivo.

82 La seconda osservazione si riferisce alla possibilità che "una istituzione o ogni altro ente" agisca come "sottrattore". A questo proposito, è difficilmente immaginabile che un qualunque ente possa trasferire, con la forza o l'inganno, un minore da un paese straniero nel proprio paese. D'altra parte, se un minore è stato affidato, con decisione giudiziaria o amministrativa (cioè, in caso di un collocamento forzato del minore), a un determinato ente nel paese della sua residenza abituale, il genitore che pretenda di ottenere il godimento effettivo di un diritto di custodia avrà poche possibilità di invocare la Convenzione. Infatti, per il fatto che gli enti interessati in linea di principio esercitano le loro competenze, a

prescindere dall'eventuale riconoscimento della potestà genitoriale, una tale pretesa non rientrerebbe nel campo convenzionale, poiché la custodia ai sensi della Convenzione apparterebbe all'ente in questione.

Articolo 5 - Determinate espressioni usate nella Convenzione

83 Secondo una tradizione consolidata della Conferenza de L'Aja, la Convenzione non definisce i concetti giuridici di cui si serve. Tuttavia, in questo articolo, precisa il senso in cui sono usate le nozioni di diritto di custodia e di diritto di visita, dato che una interpretazione scorretta del loro significato rischierebbe di compromettere gli obiettivi convenzionali.

84 Per quanto riguarda il diritto di affidamento, la Convenzione si limita a sottolineare che esso comprende "il diritto concernente la cura della persona del minore", al di là dei meccanismi possibili di protezione dei suoi beni. Si tratta quindi di una nozione più restrittiva di quella di "protezione dei minori", malgrado i tentativi fatti nel corso della Quattordicesima sessione per introdurre l'idea di "protezione", allo scopo soprattutto di includere i casi dei minori affidati a istituti o enti. Ma, essendo falliti tutti gli sforzi fatti per precisare la nozione di diritto di affidamento rispetto a queste situazioni, bisognerà attenersi al concetto generico prima citato. La Convenzione tenta di precisarlo mettendo in rilievo, come esempio delle "cure" di cui trattasi, il diritto di decidere del luogo di residenza del minore. Tuttavia, quando il minore, sebbene minore dal punto di vista giuridico, ha la facoltà di fissare autonomamente il suo luogo di residenza, il contenuto del diritto di affidamento sarà determinato in funzione degli altri diritti concernenti la sua persona.

D'altra parte, benché in questo articolo non si dica niente sulla possibilità che la custodia venga esercitata dal suo titolare in via esclusiva o congiuntamente, è evidente che questa possibilità è presa in considerazione. Infatti, una regola classica del diritto dei trattati esige che l'interpretazione dei termini di un trattato sia effettuata nel suo contesto e tenendo conto dell'oggetto e dello scopo del trattato; ora, il tenore dell'articolo 3 non lascia dubbio sull'inclusione dell'affidamento congiunto fra le situazioni che la Convenzione intende proteggere. Quanto al sapere quando si può parlare di affidamento congiunto, è una questione che deve essere risolta caso per caso alla luce del diritto della residenza abituale del minore. //

85 Quanto al diritto di visita, la lettera *b* di questo articolo si limita a segnalare che esso comprende "il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo". L'intenzione della Convenzione evidentemente non è di escludere tutte le altre modalità del diritto di visita; più semplicemente, ha voluto sottolineare che questa nozione si estende anche al cosiddetto diritto di tenere con sé il minore, manifestazione del diritto di visita che la persona cui è attribuita la custodia del minore teme in modo speciale. Inoltre, dato che questa norma esplicativa non qualifica affatto il "luogo diverso" in cui il minore può essere condotto, bisogna concludere che il diritto di visita, secondo la Convenzione, include anche il diritto di visita oltre frontiera.

86 E' stato proposto di includere in questo articolo una definizione delle autorità giudiziarie o amministrative considerate nell'ambito delle norme convenzionali. Le difficoltà incontrate sia nella loro individuazione da un punto di vista sistematico che nella redazione di una lista completa che inglobi tutte le ipotesi possibili hanno consigliato di non includerla. Ora è chiaro che si tratta, come abbiamo già sottolineato, delle autorità competenti a decidere o dell'affidamento o della protezione dei minori, secondo la legislazione interna di ogni Stato contraente. D'altronde, è proprio a causa delle differenze fra queste leggi che si

parla sempre delle autorità "giudiziarie o amministrative", al fine di comprendere tutte le autorità che abbiano competenza in materia, senza considerare la qualifica giuridica che esse ricevono in ogni Stato.

CAPITOLO II - AUTORITA' CENTRALI

Articolo 6 - Creazione delle Autorità centrali

87 Il ruolo svolto dalle Autorità centrali, figure chiave nell'applicazione della Convenzione, è già stato lungamente presentato.

Per quanto riguarda gli Stati suscettibili di designare più di un'Autorità centrale, ha prevalso il concetto che il criterio determinante a tal fine doveva essere l'esistenza di più organizzazioni territoriali in materia di protezione dei minori. Di conseguenza, alle ipotesi degli Stati federali e plurilegislativi è stato aggiunto il caso degli Stati "che abbiano assetti territoriali autonomi", espressione che deve essere interpretata in senso ampio.

Articolo 7 - Obblighi delle Autorità centrali

88 Questo articolo riassume il ruolo delle Autorità centrali nell'applicazione del sistema instaurato dalla Convenzione. L'articolo è strutturato in due commi, di cui il primo, redatto in termini generali, stabilisce un obbligo globale di cooperazione, mentre il secondo enumera, dalla lettera *a* alla lettera *i*, alcuni dei principali compiti che le Autorità centrali devono assolvere. Entrambi sono il risultato del compromesso fra le delegazioni che desideravano Autorità centrali forti con competenze d'azione e d'iniziativa ampie, da una parte, e le delegazioni che consideravano le suddette Autorità come semplici meccanismi amministrativi per facilitare l'azione delle parti, dall'altra. Ora, poiché queste posizioni riflettevano la maggior parte delle profonde differenze esistenti fra i sistemi rappresentati alla Conferenza, la soluzione da scegliere doveva essere elastica, in modo da permettere ad ogni Autorità centrale di agire secondo il diritto all'interno del quale essa è chiamata da inserirsi. Quindi, sebbene la Convenzione precisi gli obblighi principali posti a carico delle Autorità centrali, essa lascia ad ogni Stato contraente l'individuazione delle misure adatte per eseguirli. D'altronde, è in questo senso che bisogna interpretare la frase che introduce il secondo comma, e che specifica che le Autorità centrali devono adempiere alle funzioni enumerate "o direttamente, o tramite qualsivoglia intermediario"; spetta ad ogni Autorità centrale scegliere fra l'una o l'altra opzione in funzione del proprio diritto interno e nello spirito dell'obbligo generale di cooperazione che le impone il primo comma.

89 Come abbiamo appena detto, la norma contenuta nel *primo comma* stabilisce l'obbligo generale di cooperare delle Autorità centrali, al fine di assicurare il raggiungimento degli obiettivi della Convenzione. Tale cooperazione deve svilupparsi su due livelli e le Autorità centrali devono in primo luogo cooperare fra loro, ma, molto più, devono promuovere la collaborazione fra le autorità competenti a decidere in materia nei rispettivi Stati. La realizzazione effettiva di questa promozione dipenderà in larga misura dalla capacità d'azione che ogni diritto interno concede alle Autorità centrali.

90 Le funzioni dettagliate del *secondo comma* tentano di seguire, a grandi linee, i vari stadi dell'intervento delle Autorità centrali in un caso tipo di trasferimento di minori. Nondimeno, è evidente che questa enumerazione non è esaustiva; per esempio, poiché l'intervento delle Autorità centrali impone che esse siano state preliminarmente adite, o

direttamente dal richiedente o dall'Autorità centrale di un altro Stato contraente, nella seconda ipotesi l'Autorità centrale inizialmente adita del caso dovrà trasmettere la domanda all'Autorità centrale dello Stato in cui si suppone che si trovi il minore. Ora, questo obbligo non è precisato all'articolo 7, ma oltre, nel contesto dell'articolo 9. D'altra parte, è evidente anche che le Autorità centrali non sono tenute ad assolvere, in ogni fattispecie, tutti gli obblighi enumerati in questo articolo; infatti sono le circostanze del caso specifico che determineranno l'iter che le Autorità centrali dovranno percorrere: per esempio, non si può sostenere che una qualunque Autorità centrale sia tenuta a "localizzare" il minore, quando il richiedente sa con esattezza dove questo si trovi.

91 Oltre alla localizzazione del minore, ogni volta che ciò si riveli necessario (lettera *a*), l'Autorità centrale deve adottare o far adottare ogni misura provvisoria che sembri utile a prevenire "nuovi pericoli per il minore o pregiudizi per le parti interessate" (lettera *b*). La redazione di questa lettera mette nuovamente in evidenza un fatto sottolineato prima: la capacità di agire delle Autorità centrali può variare da uno Stato all'altro. Quanto al merito, // le misure provvisorie prospettate vogliono, in modo particolare, cercare di evitare un nuovo trasferimento del minore.

92 La lettera *c* sancisce il dovere delle Autorità centrali di tentare di trovare una soluzione extragiudiziale del caso. Infatti, secondo l'esperienza riferita da alcuni delegati, il numero di casi che è possibile risolvere senza necessità di ricorrere ai tribunali è considerevole. Ma, ancora una volta, è l'Autorità centrale che, nelle tappe che precedono un eventuale procedimento giudiziario o amministrativo, dirige l'evoluzione del problema; quindi spetta a lei decidere in che momento sono falliti i tentativi fatti o per assicurare la "consegna volontaria" del minore o per agevolare una "composizione amichevole".

93 La lettera *d* verte sugli scambi di informazioni relative alla situazione sociale del minore. L'obbligo in tal senso è subordinato ai criteri delle Autorità centrali coinvolte in ogni fattispecie. Infatti l'introduzione della frase "qualora ciò si riveli utile" dimostra che non si è voluto imporre un obbligo rigido su questo punto: la possibilità che non esistano informazioni da fornire, nonché la paura che possano essere usate nel quadro di una tattica dilatoria delle parti, sono alcuni degli argomenti che hanno suggerito questa posizione. Inoltre è stata respinta una proposta che permetteva che alcune informazioni fossero trasmesse a condizione che rimanessero riservate.

94 L'obbligo fatto alle Autorità centrali di fornire informazioni concernenti la legislazione nel proprio Stato ai fini dell'applicazione della Convenzione compare nella lettera e. Questo dovere riguarda in particolare due aspetti: da una parte, nel caso in cui il trasferimento si sia verificato prima che sia stata pronunciata una decisione sulla custodia del minore, l'Autorità centrale dello Stato della residenza abituale del minore potrà preparare un attestato concernente la legislazione di quello Stato, ai fini dell'applicazione della Convenzione; d'altra parte, l'Autorità centrale dovrà informare i privati sul funzionamento della Convenzione e delle Autorità centrali, oltre che sulle possibili procedure da seguire. Invece in questa norma non è contemplata la possibilità di andare oltre, cioè di obbligare le Autorità centrali a dare consigli giuridici su casi concreti.

95 Qualora sia necessario, per ottenere il rientro del minore, far intervenire le autorità giudiziarie o amministrative dello Stato in cui si trova, la stessa Autorità centrale dovrà avviare - se è possibile secondo il proprio diritto interno - o agevolare l'instaurazione di un

procedimento; obbligo che è esteso anche ai procedimenti che si rivelano necessari a permettere l'organizzazione o l'esercizio effettivo del diritto di visita (lettera *f*).

96 Nei casi in cui l'Autorità centrale non possa adire direttamente le autorità competenti nel proprio Stato, dovrà concedere o agevolare al richiedente l'ottenimento dell'assistenza giudiziaria, ai sensi dell'articolo 25 (lettera *g*). E' opportuno precisare molto brevemente che l'espressione "qualora lo richiedano le circostanze" in questa lettera fa riferimento alla carenza di risorse economiche del richiedente, sulla base dei criteri stabiliti dalla legge dello Stato in cui tale assistenza è sollecitata; essa non fa quindi riferimento a considerazioni astratte sulla convenienza o meno di concederla.

97 Alla fine del cammino seguito da questo paragrafo, la lettera *h* include, fra gli obblighi delle Autorità centrali, l'applicazione delle misure amministrative necessarie e opportune in ogni fattispecie, per assicurare il rientro del minore in condizioni di sicurezza.

98 In ultimo luogo, la lettera *i* enuncia un obbligo delle Autorità centrali che non riguarda direttamente i privati ma la Convenzione stessa: si tratta del dovere di "tenersi reciprocamente informate riguardo al funzionamento della Convenzione, rimuovendo, per quanto possibile, ogni eventuale ostacolo riscontrato nella sua applicazione". Questo obbligo dovrà agire su due livelli complementari: da un canto, sul piano delle relazioni bilaterali fra Stati parti della Convenzione; d'altro canto, a livello multilaterale, partecipando, all'occorrenza, alle commissioni riunite a tal fine dall'Ufficio Permanente della Conferenza de L'Aja.

CAPITOLO TERZO - RITORNO DEL MINORE

Articolo 8 - Ricorso alle Autorità centrali

99 Secondo il *primo comma*, una domanda per ottenere il rientro di un minore può essere rivolta ad ogni Autorità centrale la quale, da quel momento, sarà vincolata da tutti gli obblighi convenzionali. Ciò significa che il richiedente è libero di adire l'Autorità centrale che riterrà più adeguata; nondimeno, per motivi di efficienza, nel testo è fatta menzione espressa dell'Autorità centrale della residenza abituale del minore - menzione che non deve tuttavia essere interpretata come se le domande indirizzate alle altre Autorità centrali dovessero essere eccezionali.

100 Dato che l'uso della domanda tipo è semplicemente raccomandato, era indispensabile includere nel testo della Convenzione gli elementi che deve contenere una domanda presentata ad un'Autorità centrale perché sia ammissibile, nonché i documenti facoltativi che possono accompagnare o completare una tale domanda. Gli elementi che deve contenere ogni domanda indirizzata ad un'Autorità centrale, in questo contesto, sono enumerati nel *secondo comma* dell'articolo 8. Si tratta in particolare dei dati che permettono l'identificazione del minore e delle parti interessate, nonché di quelli che possono contribuire a localizzare il minore (lettere *a*, *b* e *d*). Per quanto riguarda l'informazione sulla data di nascita del minore, la Convenzione segnala che sarà riportata solo "qualora sia possibile procurarla". Con questa precisazione si è inteso favorire l'azione del richiedente che ignori una tale circostanza; egli dovrà tuttavia fornire sempre indicazioni esatte sull'età del minore, dato che il contenuto dell'articolo 4 della Convenzione può causare il rigetto della sua domanda ai sensi dell'articolo 27.

Inoltre è necessario che la domanda contenga "i motivi addotti dal richiedente per esigere il rientro del minore" (lettera c). Questa è un'esigenza logica, che permetterà d'altronde l'applicazione dell'articolo 27 riguardante la facoltà che hanno le Autorità centrali di respingere le domande manifestamente non fondate. I motivi addotti devono, in linea di principio, riferirsi ai due elementi, giuridico e di fatto, sanciti dall'articolo 3. Ora, poiché l'elemento giuridico può in particolare basarsi sul diritto della residenza abituale del minore, su una decisione o su un accordo, sarebbe forse stato opportuno esigere un sostegno documentale in questo stadio iniziale. Tuttavia, la Convenzione ha scelto una via diversa e colloca questa prova fra i documenti che possono accompagnare o completare la domanda in via facoltativa. Il motivo è che l'ottenimento dei documenti in questione è a volte difficile; inoltre può rubare tempo prezioso alla localizzazione rapida del minore. Peraltro, ogni volta che l'Autorità centrale riesce ad ottenere la consegna volontaria del minore o una composizione amichevole del caso, questi documenti possono apparire accessori.

101 In questo senso, le prime due lettere del *terzo comma* riguardanti la documentazione facoltativa che può accompagnare, o completare in un secondo momento, la domanda, si riferiscono ai documenti che sono alla base della domanda di rientro del minore. A tal fine, bisogna sottolineare in primo luogo che l'esigenza che le copie di ogni decisione o di ogni accordo siano autenticate non contrasta con la disposizione dell'articolo 23, secondo la quale "nessuna legalizzazione o analoga formalità potrà essere richiesta in base alla Convenzione". Si tratta semplicemente di verificare copie o documenti privati all'origine per garantirne la concordanza con gli originali e assicurarne, in tal modo, la libera circolazione.

In secondo luogo, la prova riguardante la legislazione dello Stato della residenza abituale del minore può essere stabilita o con un attestato, o con una dichiarazione di carattere affermativo, cioè per mezzo di documenti che riportano dichiarazioni solenni che impegnano la responsabilità dei loro autori. Quanto a chi possa rilasciare le dette dichiarazioni, la Convenzione ha scelto una formula ampia, che vuole facilitare il compito del richiedente (lettera f). Così, oltre che dalle Autorità centrali e dalle altre autorità competenti dello Stato di residenza abituale del minore, esse possono essere rilasciate da ogni persona qualificata - per esempio, da un notaio, un avvocato o istituzioni scientifiche.

D'altra parte, è opportuno sottolineare che in una fase successiva, cioè quando le autorità giudiziarie o amministrative dello Stato di rifugio sono chiamate a intervenire - queste possono chiedere, ai sensi dell'articolo 15, la produzione di alcuni fra i documenti considerati facoltativi al momento in cui viene adita l'Autorità centrale. E infine, la Convenzione ammette la possibilità che la domanda sia accompagnata o completata da "ogni altro documento pertinente" (lettera g). In linea di principio, dato che la domanda è presentata dall'affidatario spodestato, è lui che potrà produrre questi documenti complementari. Il che non impedisce, se la domanda è trasmessa ad un'altra Autorità centrale, che l'Autorità centrale inizialmente adita possa in particolare corredare la domanda di informazioni relative alla situazione sociale del minore - se ne dispone e le considera utili - in virtù della funzione conferitale dall'articolo 7, comma 2d.

Articolo 9 - Trasmissione della domanda all'Autorità centrale dello Stato in cui si trova il minore

102 Una conseguenza diretta della libertà di cui gode il richiedente di rivolgersi all'Autorità centrale di sua scelta è l'obbligo a questa spettante di trasmettere la domanda all'Autorità centrale dello Stato in cui essa ha motivo di pensare che si trovi il minore; obbligo che si presenterà anche quando l'Autorità centrale che venga chiamata a conoscere di un caso da un'altra Autorità centrale dovesse arrivare alla conclusione che il minore si

trova in un paese diverso. Si tratta di una funzione che completa il quadro tratteggiato dall'articolo 7, poiché è in rapporto diretto con l'obbligo di cooperare fra Autorità centrali stabilito dal primo comma del citato articolo.

Ora, se il senso dell'articolo 9 è chiaro, la sua redazione non è molto felice. "L'Autorità centrale richiedente" alla quale si riferisce questo articolo esiste solo quando la domanda presentata ai sensi dell'articolo 8 è stata inoltrata a un'altra Autorità centrale ai sensi dello stesso articolo 9. Di conseguenza, l'obbligo di informare un' "Autorità centrale richiedente" esiste solo se la domanda è stata inoltrata ad una terza Autorità centrale, in quanto il minore non si trova nello Stato della seconda Autorità centrale adita. Invece l'obbligo di inoltrare una domanda in virtù di questo articolo spetta a *ogni* Autorità centrale, indipendentemente dal fatto che essa sia adita per prima o tramite un'altra Autorità centrale, dato che questa disposizione deve essere interpretata come applicabile alle due ipotesi che intende coprire.

Articolo 10 - La consegna volontaria del minore

103 La funzione delle Autorità centrali di cui all'articolo 7, comma 2c, di "prendere tutti i provvedimenti necessari per assicurare la consegna volontaria del minore", trova in questo articolo un trattamento preferenziale che mette in evidenza l'interesse riservato a questa possibilità di procedere. Nel testo della Convenzione, è stata soppressa la parte di frase che introduceva, nel progetto preliminare, questa disposizione e che collocava nel tempo ("prima di avviare ogni procedura giudiziaria o amministrativa") l'obbligo in essa contenuto. La ragione era la difficoltà riscontrata da alcuni ordinamenti giuridici nell'accettare che un'autorità pubblica, quale l'Autorità centrale, potesse agire prima dell'introduzione di una domanda presso le autorità competenti; il tenore della disposizione convenzionale non impedisce che le Autorità centrali degli altri Stati agiscano in tal modo. Comunque, non si tratterà mai di un obbligo rigido, per un duplice motivo: da un canto, le azioni intraprese per la consegna volontaria del minore possono proseguire dopo aver adito le autorità giudiziarie o amministrative se sono iniziate prima; dall'altro, se l'iniziativa per ottenere il rientro del minore non viene lasciata a queste autorità, è l'Autorità centrale che dovrà decidere se le azioni intraprese a tal fine sono fallite.

D'altronde, è ovvio che le azioni di cui al presente articolo non devono pregiudicare l'intervento delle Autorità centrali volto a impedire un nuovo trasferimento del minore, ai sensi dell'articolo 7, comma 2b.

Articolo 11 - L'uso delle procedure d'urgenza da parte delle autorità giudiziarie o amministrative

104 L'importanza del fattore tempo in tutta la materia riappare in questo articolo. Se l'articolo 2 della Convenzione impone agli Stati contraenti l'obbligo di usare procedure di urgenza, il *primo comma* di questo articolo ripete questo obbligo a carico delle autorità dello Stato in cui il minore è stato condotto e che devono pronunciarsi sul suo ritorno. L'obbligo considerato presenta un duplice aspetto: da un lato, l'uso delle procedure più rapide previste nel loro ordinamento giuridico; dall'altro il trattamento prioritario, per quanto possibile, delle domande in questione. → 1.1

105 Nell'intento di spingere le autorità interne a concedere la massima precedenza ai problemi sollevati dai trasferimenti internazionali di minori, il *secondo comma* stabilisce un termine non vincolante di sei settimane, dopo il quale il richiedente o l'Autorità centrale dello Stato richiesto possono sollecitare una dichiarazione sui motivi del ritardo. Inoltre l'Autorità centrale dello Stato richiesto, una volta ricevuta la risposta, avrà di nuovo un

30
el '1.1.
do de
voss de

obbligo di informazione, o verso l'Autorità centrale dello Stato richiedente, o verso il richiedente, se è lui ad averla adita direttamente. Insomma, l'importanza di questa norma non può essere valutata col parametro degli obblighi che essa sancisce, ma perché ha il merito di richiamare l'attenzione delle autorità competenti sul carattere decisivo del fattore tempo nelle situazioni in questione e di fissare un termine massimo per la pronuncia di una decisione a riguardo.

Articoli 12 e 18 - Obbligo di restituire il minore

106 Questi due articoli possono essere esaminati insieme in quanto, malgrado la loro diversa natura, presentano un certo carattere complementare.

L'articolo 12 costituisce una parte essenziale della Convenzione, dato che è quello che precisa le situazioni in cui le autorità giudiziarie o amministrative dello Stato in cui si trova il minore sono tenute ad ordinare il suo rientro. E' per questo che è opportuno sottolineare, ancora una volta, che la consegna non volontaria di un minore poggia, secondo la Convenzione, su una decisione presa dalle autorità competenti in materia nello Stato richiesto; di conseguenza, l'obbligo di rientro di cui tratta questo articolo si riferisce alle dette autorità. A tal fine, l'articolo distingue due ipotesi: la prima riguarda il dovere delle autorità quando sono state adite entro il termine di un anno dopo il trasferimento o il mancato rientro illeciti di un minore; la seconda riguarda le condizioni che accompagnano tale dovere quando la presentazione della domanda è successiva al termine prima citato.

107 Nel primo comma, l'articolo propone una soluzione unica al problema sollevato dalla determinazione dell'arco di tempo entro il quale le autorità in questione devono ordinare il ritorno immediato del minore. Il problema è importante in quanto, se è vero che il rientro del minore è previsto nel suo interesse, è indubbio che nel momento in cui il minore si è inserito in un nuovo ambiente, il suo ritorno non dovrebbe verificarsi se non dopo un esame nel merito del diritto di custodia - il che ci colloca al di fuori dell'obiettivo convenzionale. Ora, le difficoltà incontrate nel cercare di tradurre il criterio dell'integrazione del minore sotto forma di norma oggettiva hanno portato alla fissazione di un termine, che è forse arbitrario, ma che costituisce la risposta "meno peggiore" alle perplessità espresse su questo punto.

108 Nell'approccio adottato, è stato necessario affrontare una pluralità di problemi: primo, il momento a partire dal quale decorre il termine; secondo, l'estensione del termine; terzo, il momento di scadenza del termine. Per quanto riguarda il primo punto, cioè la determinazione del momento in cui comincia a decorrere il termine, l'articolo si riferisce al trasferimento o al mancato ritorno illeciti; laddove la concretizzazione della data decisiva in caso di mancato ritorno deve essere intesa come quella in cui il minore avrebbe dovuto essere consegnato all'affidatario, o in cui il detentore della custodia ha rifiutato il suo consenso a un prolungamento della permanenza del minore in un luogo diverso da quello della sua residenza abituale. Per quanto riguarda il secondo punto, la fissazione del termine unico di un anno, a prescindere dalle difficoltà incontrate nella localizzazione del minore, costituisce un miglioramento sostanziale del sistema previsto dall'articolo 11 del progetto preliminare elaborato dalla Commissione speciale. In tal modo è stata infatti chiarita l'applicazione della Convenzione, eliminando le difficoltà inerenti alla prova dei problemi eventualmente causati dalla localizzazione del minore. Per quanto riguarda il terzo punto, vale a dire il *terminus ad quem*, l'articolo individua il momento della presentazione della domanda, invece della data della decisione, in quanto l'eventuale ritardo nell'azione delle autorità competenti non deve nuocere agli interessi delle parti protette dalla Convenzione.

In sintesi, ogni volta che in una fattispecie ricorrono le circostanze che abbiamo esaminato ora, le autorità giudiziarie o amministrative devono ordinare il ritorno immediato del minore, a meno che non constatino l'esistenza di una delle eccezioni previste dalla Convenzione stessa. //

109 Il secondo comma risponde alla necessità, sentita nel corso di tutti i lavori preparatori, di attutire le conseguenze dell'adozione di un termine rigido trascorso il quale la Convenzione non potrebbe essere invocata. La soluzione infine scelta estende nettamente il campo di applicazione della Convenzione, sancendo, per un periodo indefinito, un vero e proprio obbligo di restituzione del minore. Ad ogni modo non si può ignorare che un tale obbligo scompare se si riesce a stabilire che "il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente". La norma non precisa affatto chi deve provare questa circostanza; tuttavia, sembra logico pensare che un tale compito spetti al sottrattore o alla persona che si oppone al rientro del minore, salvaguardando l'eventuale potere di valutazione delle autorità interne in proposito. In ogni caso, la prova o l'accertamento della nuova sistemazione del minore apre la porta alla possibilità di una procedura più lunga rispetto a quella di cui al primo comma. In definitiva, sia per questi motivi che per il fatto che il ritorno avverrà sempre, per la natura stessa delle cose, molto più tardi di un anno dopo la sottrazione, la Convenzione non parla in questo contesto di ritorno "immediato", ma semplicemente di ritorno.

110 Un problema comune alle due situazioni esaminate è la determinazione del luogo in cui bisogna riportare il minore. A questo proposito, la Convenzione non ha accettato la proposta di precisare che il ritorno dovesse avvenire sempre nello Stato di residenza abituale del minore prima del trasferimento. Certamente, una delle ragioni che sono alla base del concetto di far rientrare un minore è la volontà di evitare che la competenza "naturale" dei tribunali dello Stato di residenza sia sbeffeggiata con un atto di forza; inoltre, l'inserimento di una tale precisazione nel testo della Convenzione ne avrebbe reso l'applicazione inutilmente rigida. Non dobbiamo dimenticare, infatti, che ciò che si vuole proteggere nella lotta contro le sottrazioni internazionali di minori, è il diritto di questi a non essere allontanati da un certo ambiente che, di solito, è rappresentato fundamentalmente dalla famiglia. Ora, se il richiedente non abita più nello Stato di residenza abituale precedente al trasferimento, il ritorno del minore in quello Stato porrebbe dei problemi pratici difficili da risolvere. Il silenzio della Convenzione su questo punto deve quindi essere interpretato come autorizzazione concessa alle autorità dello Stato di rifugio di restituire il minore direttamente al richiedente, senza considerare il luogo di residenza abituale di questo.

111 Il terzo comma dell'articolo 12 introduce un concetto assolutamente logico, ispirato a preoccupazioni di economia procedurale, in virtù del quale le autorità che trattano un caso possono sospendere la procedura o rigettare la domanda, quando hanno motivo di credere che il minore è stato portato in un altro Stato. I mezzi con i quali possono arrivare a una tale convinzione non sono specificati nell'articolo; dipenderanno di conseguenza dal diritto interno dello Stato interessato.

112 Infine, l'articolo 18 segnala che nulla in questo capitolo limita il potere dell'autorità giudiziaria o amministrativa adita di ordinare il rientro del minore in qualunque momento. Redatta in base all'articolo 15 del progetto preliminare, questa norma, che non impone alcun obbligo, sottolinea la natura non esaustiva, bensì complementare, della Convenzione. Infatti autorizza le autorità competenti ad ordinare il ritorno del minore invocando altre disposizioni più favorevoli allo scopo. Ciò può accadere soprattutto nelle situazioni di cui al secondo comma dell'articolo 12, cioè quando, per il fatto che l'autorità è stata adita dopo

che sia trascorso più di un anno dal trasferimento, il ritorno può essere rifiutato se il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente sociale e familiare.

Articoli 13 e 20 - Possibili eccezioni al ritorno del minore

113 Nella prima parte di questo Rapporto abbiamo commentato a lungo la giustificazione, l'origine e la portata delle eccezioni sancite negli articoli esaminati. Ci limiteremo qui a fare alcune considerazioni sul loro tenore letterale. In termini generali, è opportuno insistere sul fatto che le eccezioni di cui ai due articoli in questione non sono applicabili automaticamente, nel senso che non determinano inevitabilmente il mancato ritorno del minore; la vera natura di queste eccezioni è invece di dare ai giudici la possibilità - non di imporre loro l'obbligo - di rifiutare il ritorno in alcune circostanze.

114 Per quanto riguarda l'articolo 13, il paragrafo introduttivo del primo comma mette in evidenza che l'onere della prova delle circostanze di cui alle lettere a e b è a carico di colui che si oppone al rientro del minore, cioè di una persona, istituzione o ente che può a volte non coincidere col sottrattore. La soluzione scelta si limita certamente a precisare una massima generale di diritto, secondo la quale colui che invoca un fatto (o un diritto) deve provarlo; ma adottando questa ottica, la Convenzione ha voluto equilibrare la posizione della persona spodestata rispetto al sottrattore che, in linea di principio, ha potuto scegliere il foro di sua convenienza.

115 Le eccezioni riportate alla lettera a si basano sul fatto che la condotta del preteso affidatario permette di dubitare dell'esistenza di un trasferimento o di un mancato ritorno illeciti, ai sensi della Convenzione. Per un verso, si tratta della situazione in cui colui che aveva la cura della persona del minore non esercitava effettivamente il diritto di custodia all'epoca del trasferimento o del mancato ritorno. La Convenzione non include una definizione di ciò che bisogna intendere per "esercizio effettivo" dell'affidamento, ma questa norma si riferisce espressamente alla cura della persona del minore; quindi, se si paragona il testo con quello della definizione del diritto di custodia contenuta nell'articolo 5, si può concludere che c'è affidamento effettivo quando l'affidatario si occupa della cura della persona del minore, anche se, per ragioni plausibili (malattia, soggiorno di studi, ecc.), in un caso particolare, minore e affidatario non abitano insieme. Ne consegue che la determinazione del carattere effettivo o meno di un affidamento deve essere stabilito dal giudice secondo le circostanze che accompagnano ogni fattispecie.

D'altronde, mettendo in relazione questo paragrafo con la definizione del trasferimento o del mancato ritorno illeciti dell'articolo 3, bisogna concludere che la prova che l'affidamento non era effettivo non costituisce un'eccezione all'obbligo di restituire il minore quando l'affidatario spodestato non esercitava in modo effettivo il suo diritto a causa appunto dell'azione del sottrattore. L'individuazione delle situazioni protette contenuta nell'articolo 3, infatti, domina tutta la Convenzione e non si può interpretare nessuno dei suoi articoli in contraddizione con essa.

Per un altro verso, anche la condotta dell'affidatario può modificare la qualifica dell'azione del rapitore, nel caso in cui avesse acconsentito o accettato successivamente il trasferimento che prima contestava. Questa precisazione ha dato la possibilità di eliminare ogni riferimento all'esercizio in "buona fede" del diritto di custodia, evitando contemporaneamente che la Convenzione possa essere usata come strumento di un possibile "mercanteggiamento" fra le parti.

116 Le eccezioni di cui alla lettera *b* riguardano situazioni in cui la sottrazione internazionale di un minore è avvenuta veramente, ma in cui il ritorno del minore sarebbe contrario al suo interesse, quale è valutato in questa lettera. Ognuno dei termini usati in questa norma riflette un delicato compromesso raggiunto nel corso dei lavori della Commissione speciale e che è rimasto invariato; di conseguenza non si può dedurre, *a contrario*, un'interpretazione estensiva delle eccezioni, dal fatto che nel corso della Quattordicesima sessione siano state respinte proposte che volevano includere un riferimento espresso all'impossibilità di invocare questa eccezione se il ritorno del minore avesse potuto nuocere alle sue prospettive economiche o educative.

117 Non c'è nulla da aggiungere ai commenti già fatti sul secondo comma di questo articolo (in particolare, *supra* N. 31).

Quanto al terzo comma, contiene una norma di tipo molto diverso; si tratta, infatti, di una norma procedurale che mira, da un canto, a equilibrare l'onere della prova imposto alla persona che si oppone al ritorno del minore e, dall'altro, a rafforzare l'utilità delle informazioni fornite dalle autorità dello Stato di residenza abituale del minore. Tali informazioni, che possono emanare o dall'Autorità centrale o da qualunque altra autorità competente, possono in particolare essere preziose per permettere alle autorità richieste di verificare l'esistenza delle circostanze a base delle eccezioni di cui ai primi due commi di questo articolo.

118 La possibilità riconosciuta nell'*articolo 20* di non restituire un minore quando il ritorno "non fosse consentito dai principi fondamentali dello Stato richiesto relativi alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", è stata significativamente collocata nell'ultimo articolo del capitolo; si è voluto sottolineare in tal modo il carattere nettamente eccezionale che deve sempre rivestire la sua applicazione. Per quanto riguarda quale sia il contenuto di questa norma, ci limiteremo a fare due osservazioni: in primo luogo, anche se il suo tenore letterale richiama fortemente la terminologia dei testi internazionali in materia di protezione dei diritti dell'uomo, questa norma non concerne le evoluzioni avvenute sul piano internazionale; concerne invece solo i principi ammessi nel diritto dello Stato richiesto, o tramite il diritto internazionale generale o convenzionale, o in via legislativa interna. Di conseguenza, per poter rifiutare un rientro in base a questo articolo, sarà necessario che i principi fondamentali in materia accettati dallo Stato richiesto non lo permettano; non è sufficiente che il ritorno sia incompatibile, o addirittura manifestamente incompatibile con tali principi. In secondo luogo, l'invocazione di questi principi non dovrà in nessun caso essere più frequente né più facilmente ammissibile di quanto non lo sarebbe per risolvere situazioni puramente interne. Il contrario sarebbe discriminatorio in sé, cioè opposto a uno dei principi fondamentali in generale più riconosciuti nei diritti interni. Ora, lo studio della giurisprudenza dei vari paesi dimostra che l'applicazione da parte del giudice ordinario della legislazione riguardante i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali avviene con una prudenza che ci si augura di veder mantenuta nei confronti delle situazioni internazionali trattate dalla Convenzione.

Articolo 14 - Alleggerimento della prova del diritto straniero

119 Dato che la Convenzione fa dipendere il carattere illecito di un trasferimento di minore dal fatto che sia avvenuto in violazione dell'esercizio effettivo di un diritto di custodia assegnato dalla legge della residenza abituale del minore, è evidente che le autorità dello Stato richiesto dovranno tenere in considerazione questa legge al momento di decidere sul ritorno del minore. In tal senso, la norma contenuta nell'articolo 13 del progetto

preliminare, secondo la quale queste autorità "terranno conto" della legge della residenza abituale del minore, poteva essere considerata superflua. Tuttavia, una tale norma da un canto sottolineava bene che non si trattava di applicare una legge, ma di utilizzarla come strumento nella valutazione della condotta delle parti; dall'altro, nella misura in cui era applicabile alle decisioni che potevano essere alla base del diritto di custodia violato, tale disposizione faceva apparire la Convenzione come una sorta di *lex specialis*, secondo la quale le decisioni in materia avrebbero avuto nello Stato richiesto un effetto indiretto che non poteva essere condizionato dall'ottenimento di un exequatur o di ogni altro tipo di riconoscimento delle decisioni straniere.

Poiché il primo aspetto derivava necessariamente da altre disposizioni convenzionali, il tenore attuale dell'articolo 14 si occupa solo del secondo. L'articolo si presenta quindi come una norma facoltativa riguardante la prova del diritto della residenza abituale del minore, in virtù della quale l'autorità adita "può tener conto direttamente della legislazione e delle decisioni giudiziarie o amministrative, formalmente riconosciute o meno nello Stato di residenza abituale del minore, senza ricorrere alle procedure specifiche per la prova di detta legislazione, o per il riconoscimento delle decisioni giudiziali straniere che sarebbero altrimenti applicabili". Non è necessario insistere sull'importanza pratica che questa norma può avere al fine di pervenire a decisioni rapide, che sono alla base del meccanismo convenzionale.

Articolo 15 - Possibilità di richiedere una decisione o un attestato emesso dalle autorità della residenza abituale del minore

120 Questo articolo risponde alle difficoltà che le autorità competenti dello Stato richiesto possono incontrare nel momento in cui devono decidere su una domanda di ritorno di minore senza essere certe dell'applicazione nella fattispecie del diritto della residenza abituale di quest'ultimo. Se questo è il caso, le autorità in questione possono chiedere "che il richiedente produca una decisione o attestato emesso dalle Autorità dello Stato di residenza abituale del minore". A questo proposito, faremo solo due osservazioni. La prima riguarda la natura non vincolante della richiesta, nel senso che il ritorno del minore non può essere condizionato dal suo adempimento; tale conclusione si impone infatti alla luce sia del tenore letterale dell'articolo (che parla di "chiedere" e non di "esigere") che della possibilità, riconosciuta dalla disposizione stessa, che l'ottenimento dei documenti sollecitati non sia possibile nello Stato della residenza del minore. Ora, su quest'ultimo punto, l'obbligo che l'articolo impone alle Autorità centrali di aiutare il richiedente ad ottenere la decisione o l'attestato può facilitare il suo compito, dato che l'Autorità centrale può produrre un attestato riguardante il proprio diritto in materia di custodia, secondo l'articolo 8f. In secondo luogo, il contenuto della decisione o attestato deve vertere sul carattere illecito, ai sensi della Convenzione, del trasferimento o del mancato ritorno; ciò significa, a nostro avviso, che l'una o l'altro dovranno pronunciarsi sui due elementi riportati nell'articolo 3, e quindi accertare che il trasferimento ha interrotto una custodia effettiva e legittima prima facie, secondo la legislazione della residenza abituale del minore.

Articolo 16 - Proibizione di deliberare nel merito del diritto di custodia

121 Nell'intento di facilitare la realizzazione dell'obiettivo convenzionale relativo al ritorno del minore, questo articolo tenta di evitare che nello Stato di rifugio venga deliberato nel merito del diritto di custodia. A tal fine, proibisce alle autorità competenti di quello Stato di statuire su questo punto, se sono informate che il minore in questione è stato trasferito o trattenuto illecitamente ai sensi della Convenzione. Questa proibizione scomparirà: quando

verrà stabilito che non è opportuno restituire il minore, secondo la Convenzione; o quando sarà trascorso un ragionevole periodo senza che sia stata presentata una domanda in applicazione della Convenzione. Le due circostanze che possono mettere fine al dovere sancito in questo articolo sono molto diverse, sia per la loro giustificazione che per le loro conseguenze. Infatti è assolutamente logico prevedere che l'obbligo cessi non appena venga accertato che non ricorrono le condizioni per il ritorno del minore, o perché le parti sono arrivate ad una composizione amichevole, o perché è il caso di valutare una delle eccezioni di cui agli articoli 13 e 20; per di più in casi simili la decisione nel merito del diritto di affidamento risolverà il caso in modo definitivo.

Invece, dato che "l'informazione" con la quale si può giustificare il divieto di deliberare deve provenire o dalla presentazione di una domanda di ritorno del minore inoltrata direttamente dal richiedente, o da una comunicazione ufficiale dell'Autorità centrale dello stesso Stato, è difficile immaginare che non sarebbero compresi nella prima ipotesi i casi in cui l'informazione non sia seguita da una domanda. D'altronde, se tali situazioni esistono, l'ambiguità dell'espressione "periodo ragionevole" può portare all'adozione di una decisione prima della scadenza del periodo di un anno, sancita dall'articolo 12, comma primo; ora, in un caso simile, la decisione adottata coesisterebbe con l'obbligo di restituire il minore, secondo la Convenzione, ponendo così un problema trattato nell'articolo 17.

Articolo 17 - Esistenza di una decisione relativa all'affidamento nello Stato richiesto

122 La genesi di questo articolo mostra chiaramente l'obiettivo perseguito: la Prima commissione ha inizialmente adottato una norma che dava priorità assoluta all'applicazione della Convenzione, facendo prevalere l'obbligo di restituire il minore su ogni altra decisione relativa alla custodia, emessa o suscettibile di essere riconosciuta nello Stato richiesto. Allo stesso tempo, essa accettava la possibilità di una riserva che avrebbe permesso di rifiutare tale rientro, qualora si fosse rivelato incompatibile con una decisione esistente nello Stato di rifugio e emessa anteriormente alla "sottrazione". Il testo attuale è quindi il frutto di un compromesso al fine di eliminare una riserva nella Convenzione, senza diminuirne il grado di accettabilità da parte degli Stati. In questo senso, è stata modificata la disposizione originale sottolineando che la sola esistenza di una decisione non ostacolerà il ritorno del minore, e dando la possibilità al giudice di prendere in considerazione i motivi di tale decisione per decidere sulla domanda di rientro.

123 La soluzione contenuta nell'articolo si accorda perfettamente con lo scopo convenzionale di scoraggiare gli eventuali sottrattori, i quali non potranno proteggere il loro atto né con una decisione "morta", anteriore al trasferimento, ma mai eseguita, né con una decisione ottenuta successivamente e che sarà, nella maggior parte dei casi, inficiata di frode. Di conseguenza, l'autorità competente dello Stato richiesto dovrà considerare la domanda di ritorno come la prova del fatto che è intervenuto un elemento nuovo, che la obbliga a rimettere in discussione una decisione non effettiva, o adottata sulla base di criteri abusivi di competenza, oppure che non rispetti i diritti di difesa di tutte le parti in causa. Peraltro, dato che la decisione sul ritorno del minore non riguarda il merito del diritto di custodia, i motivi della decisione che potranno essere presi in considerazione si limitano a tutto ciò che riguarda "l'applicazione della Convenzione". Quanto alla situazione provocata da una decisione emessa dalle autorità dello Stato di residenza abituale del minore prima della sua "sottrazione", che conceda la custodia al "sottrattore", essa sarebbe di regola risolta con l'applicazione dell'articolo 3 della Convenzione, poiché l'esistenza del diritto reclamato deve essere valutata secondo la legislazione del detto Stato.

Articolo 19 - Portata delle decisioni sul ritorno del minore

124 Questa norma esprime il concetto che si trova alla base stessa di tutta la Convenzione; infatti ce ne siamo già occupati a più riprese in questo Rapporto, per quanto riguarda sia la sua giustificazione che il suo commento. Questo articolo si limita a precisare la portata del ritorno del minore che la Convenzione tenta di garantire; un ritorno che, per poter essere "immediato" o "rapido", non deve pregiudicare nel merito il diritto di custodia, e che cerca appunto di evitare che una successiva decisione su tale diritto possa essere influenzata da un mutamento delle circostanze, introdotto unilateralmente da una delle parti.

CAPITOLO IV - DIRITTO DI VISITA

Articolo 21

125 Prima di tutto è necessario riconoscere che la Convenzione non vuole stabilire una regolamentazione esaustiva del diritto di visita, il che avrebbe senza dubbio travalicato gli scopi della convenzione. Di fatto, anche se l'attenzione prestata al diritto di visita risponde alla convinzione che esso deve essere il corollario normale del diritto di affidamento, al livello degli scopi convenzionali è sufficiente assicurare la cooperazione delle Autorità centrali per quanto riguarda o la sua organizzazione o la protezione del suo esercizio effettivo. D'altronde il tempo particolarmente breve che gli ha dedicato la Prima commissione è forse il miglior indizio dell'elevato grado di consenso raggiunto nei suoi confronti.

126 Come abbiamo appena indicato, l'articolo poggia nel suo insieme sulla cooperazione fra Autorità centrali. E' stata respinta a larga maggioranza una proposta che intendeva introdurre, in un nuovo comma, la competenza esclusiva in materia di diritto di visita sia delle autorità che della legislazione dello Stato della residenza abituale del minore. L'organizzazione e la protezione dell'esercizio effettivo del diritto di visita sono quindi sempre considerati dalla Convenzione come una funzione essenziale delle Autorità centrali. In tal senso, il primo comma sancisce due punti importanti: da un canto la libertà dei privati di adire l'Autorità centrale di loro scelta; dall'altro, l'oggetto della domanda indirizzata all'Autorità centrale può essere o l'organizzazione di un diritto di visita, cioè la sua determinazione, o la protezione dell'esercizio di un diritto di visita già stabilito. Ora, soprattutto quando la domanda riguarda l'organizzazione del preteso diritto, o quando il suo esercizio si scontra con l'opposizione del detentore dell'affidamento, molto spesso si imporrà il ricorso a procedure legali; a tal fine, il terzo comma dell'articolo considera la possibilità per le Autorità centrali di avviare o di favorire tali procedure, o direttamente o tramite intermediari.

127 I problemi affrontati nel secondo comma sono di natura molto diversa. Si tratta di assicurare l'esercizio pacifico del diritto di visita senza che metta in pericolo il diritto di affidamento. In tal senso, questa disposizione contiene elementi importanti per raggiungere tale obiettivo. Al centro stesso della soluzione prospettata bisogna collocare, ancora una volta, la cooperazione fra Autorità centrali, una cooperazione che vuole sia facilitare l'esercizio del diritto di visita che garantire l'adempimento di ogni condizione alla quale fosse sottoposto tale esercizio.

Fra i mezzi concreti per assicurare l'esercizio del diritto di visita, l'articolo 21 ne cita solo uno, quando segnala che l'Autorità centrale deve cercare di "rimuovere, per quanto

processi aventi ad oggetto direttamente la decisione nel merito del diritto di custodia. D'altra parte, si deduce chiaramente da quanto precede che essa non vieta altre cauzioni o depositi possibili richiesti, in particolare le cauzioni imposte al fine di garantire l'esercizio corretto di un diritto di visita. ?

Articolo 23 - Esenzione di legalizzazione

131 Questo articolo riproduce alla lettera il testo dell'articolo parallelo del progetto preliminare, che si limitava ad esprimere in una norma separata l'idea contenuta in tutte le Convenzioni de L'Aja che comportano la trasmissione di documenti fra Stati contraenti. Si deduce dalla sua redazione aperta che non vieta solo le "legalizzazioni diplomatiche", ma ogni altra esigenza di questo genere; tuttavia, resta al di fuori di questa norma la possibile esigenza di legalizzazione delle copie o di documenti privati, secondo la legge interna delle autorità interessate.

Articolo 24 - Traduzione dei documenti

132 Per quanto riguarda le lingue da usare nelle relazioni fra Autorità centrali, la Convenzione ha mantenuto la soluzione scelta nel progetto preliminare, in virtù della quale i documenti devono essere inviati nella loro lingua d'origine e accompagnati da una traduzione in una delle lingue ufficiali dello Stato richiesto o, qualora tale traduzione risultasse difficilmente realizzabile, da una traduzione in francese o in inglese. Su questo punto, inoltre, la Convenzione ammette la possibilità di formulare una riserva ai sensi dell'articolo 42, in virtù della quale uno Stato contraente potrà opporsi all'uso di (una) delle lingue di sostituzione; la riserva evidentemente non potrà escludere l'uso di entrambe. Infine, bisogna sottolineare da un canto che il sistema stabilito vuole essere un sistema di facilitazione massima, che può essere migliorato da altre convenzioni che escludano fra gli Stati parti ogni esigenza di traduzione; dall'altro che tale sistema riguarda solo le comunicazioni fra Autorità centrali. Per cui, le domande e gli altri documenti indirizzati alle autorità giudiziarie o amministrative interne dovranno rispettare le regole imposte dalla legge di ogni Stato in materia di traduzione.

Articolo 25 - Assistenza giudiziaria e legale

133 La disposizione su questo punto estende il campo dell'assistenza giudiziaria in una duplice prospettiva: da un canto, includendo fra gli eventuali beneficiari, oltre ai connazionali degli Stati parti, persone che avrebbero in questi Stati la residenza abituale; dall'altro, estendendo l'assistenza in oggetto alla consulenza legale, un aspetto che non è sempre previsto dai diversi sistemi giuridici statali di assistenza giudiziaria.

Articolo 26 - Spese relative all'applicazione della Convenzione

134 Il principio espresso al primo comma, secondo il quale ogni Autorità centrale si assumerà le proprie spese applicando la Convenzione, non ha incontrato opposizione. Esso implica prima di tutto che un'Autorità centrale non può reclamare queste spese ad un'altra Autorità centrale. Quanto a sapere quali sono le spese in oggetto, bisogna convenire che dipenderanno dai servizi reali offerti da ogni Autorità centrale, conformemente alle possibilità di azione che le riconosce la legge interna dello Stato interessato.

135 Invece, il secondo comma riguarda uno dei punti più controversi nel corso della Quattordicesima sessione e che infine è stato risolto con l'accettazione della riserva che compare nel terzo comma dello stesso articolo. Infatti si è potuto mettere fine alla controversia fra le delegazioni che volevano assicurare al richiedente la totale gratuità nell'applicazione della Convenzione (includendo l'esonero da costi e spese non coperti dal sistema di assistenza giudiziaria e legale che potrebbero derivare da un processo, o eventualmente dalle spese sostenute per la partecipazione di un avvocato), da un lato, e le delegazioni favorevoli alla soluzione contraria scelta nel progetto preliminare, dall'altro, includendo una riserva a favore delle seconde. Il motivo è che, dato che i diversi criteri traevano origine dalla struttura degli ordinamenti giuridici interessati, ogni tentativo di far prevalere, in termini assoluti, una posizione sull'altra, avrebbe portato all'esclusione *a priori* dalla Convenzione di un certo numero di Stati; ora, nessuno desiderava un tale risultato. L'accordo è invece stato totale per quanto riguarda la norma presente nell'ultima frase del secondo comma, che autorizza le Autorità centrali a "richiedere il pagamento delle spese sostenute o da sostenere nell'espletamento delle operazioni attinenti al ritorno del minore".

136 Il quarto comma contiene una norma di natura diversissima, in virtù della quale le autorità competenti interne possono mettere a carico del "sottrattore" o di colui che impedisce l'esercizio del diritto di visita, il pagamento di determinate spese sostenute dal richiedente o a suo nome, in particolare "le spese di viaggio, i costi relativi all'assistenza giudiziaria del richiedente ed al ritorno del minore, nonché tutti i costi e le spese sostenute per localizzare il minore". Ma dato che si tratta di una norma semplicemente facoltativa, che rispetta il potere di valutazione concreta dei tribunali in ogni fattispecie, la sua portata appare soprattutto simbolica, quella di un eventuale elemento di dissuasione da una condotta contraria agli obiettivi convenzionali.

Articolo 27 - Possibilità di rigettare una domanda

137 Il buon senso suggerisce che non si possono obbligare le Autorità centrali ad accettare le domande che si collocano al di fuori del campo di applicazione della Convenzione o che sono manifestamente prive di fondamento. In tali casi, il solo obbligo delle Autorità centrali è di notificare "immediatamente le sue motivazioni al richiedente o, se del caso, all'Autorità centrale che ha trasmesso la domanda". Ciò significa che il rigetto di una domanda può essere fatto sia dall'Autorità centrale direttamente adita dal richiedente che da un'Autorità centrale adita originariamente da un'altra Autorità centrale.

Articolo 28 - Procura richiesta dall'Autorità centrale

138 La norma contenuta in questo articolo non è che un'altra manifestazione del punto di vista adottato dalla Convenzione per quanto riguarda l'organizzazione e le competenze delle Autorità centrali. Poiché si vuole evitare che gli Stati debbano cambiare il loro diritto per poterla accettare, la Convenzione prospetta l'ipotesi che, a seconda del diritto dei diversi Stati membri della Conferenza, l'Autorità centrale potrà avere il diritto di esigere un'autorizzazione dal richiedente. Di fatto, il "modello di domanda" introduce, come esempio dei documenti eventualmente prodotti (nota al N. IX), un riferimento alla "procura conferita all'Autorità centrale", procura che dovrà quindi essere allegata, ogni volta che un'Autorità centrale lo richiederà, agli elementi di cui all'articolo 8 e alle domande introdotte in applicazione dell'articolo 21.

Articolo 29 - Ricorso diretto alle autorità interne competenti

139 La Convenzione non intende fissare un sistema esclusivo fra gli Stati contraenti per ottenere il rientro dei minori. Essa si presenta piuttosto come uno strumento complementare che si propone di aiutare le persone il cui diritto di affidamento o di visita è stato violato. Di conseguenza, queste persone hanno la scelta fra ricorrere alle Autorità centrali - cioè usare i meccanismi propri della Convenzione - o scegliere la via di un'azione diretta davanti alle autorità competenti in materia di affidamento e di visita dello Stato in cui si trova il minore. Nella seconda ipotesi, quindi, quando le persone interessate optano per adire direttamente le autorità in questione, esse possono fare ancora una seconda scelta e presentare una domanda "in applicazione o meno delle disposizioni della Convenzione". Nell'ultimo caso, evidentemente, le autorità non saranno tenute ad applicare le disposizioni convenzionali, a meno che lo Stato non le abbia convertite in norme interne, in ciò seguendo l'articolo 2 della Convenzione.

Articolo 30 - Ammissibilità dei documenti

140 Con questa disposizione, la Convenzione ha inteso risolvere il problema esistente in alcuni Stati membri della Conferenza per quanto riguarda l'ammissibilità dei documenti. Si tratta quindi semplicemente di semplificare l'ammissione, da parte delle autorità giudiziarie o amministrative degli Stati contraenti, delle domande presentate direttamente o tramite un'Autorità centrale, nonché dei documenti che possono essere allegati o forniti da parte delle Autorità centrali. Infatti non si deve interpretare questo articolo come se contenesse una norma sul valore di prova che va riconosciuto a tali documenti: questo problema esula completamente dal campo convenzionale.

Articoli da 31 a 33 - Applicazione della Convenzione per quanto riguarda gli Stati plurilegislativi

141 Questi tre articoli regolano l'applicazione della Convenzione per quanto riguarda gli Stati a sistemi giuridici non unificati. Alla stregua delle ultime convenzioni elaborate dalla Conferenza de L'Aja, viene fatta una distinzione fra gli Stati che dispongono di più ordinamenti legislativi ad applicazione territoriale, e gli Stati che dispongono di più ordinamenti legislativi applicabili a diverse categorie di persone. Più precisamente, le soluzioni scelte si ispirano a quelle adottate nelle convenzioni elaborate nel corso della Tredicesima sessione della Conferenza.

Per quanto riguarda il primo gruppo di Stati, l'articolo 31 precisa come bisogna intendere, da un canto, il riferimento alla residenza abituale del minore, e dall'altro il riferimento al diritto dello Stato di una tale residenza.

Per quanto riguarda il secondo gruppo di Stati, l'articolo 32 affida la determinazione del diritto di cui bisogna tener conto alle norme in vigore in ogni Stato.

Infine, in merito al contenuto di questi due articoli, bisogna sottolineare che il loro interesse non si limita agli Stati direttamente interessati; infatti le norme in questione dovranno essere prese in considerazione da ogni Stato contraente nelle sue relazioni con loro, per esempio ogni volta che un minore sarà trasferito da uno dei suoi Stati verso un altro Stato avente un ordinamento legislativo unificato o meno.

142 Inoltre, l'articolo 33 definisce i casi in cui gli Stati plurilegislativi sono tenuti ad applicare la Convenzione, escludendo le situazioni in cui uno Stato che disponga di un ordinamento legislativo unificato non sia tenuto a farlo. Insomma, questo articolo si limita a

decisa l'introduzione di questa disposizione nelle due Convenzioni (v. P.-V. N.4 della Seduta plenaria); la delegazione canadese, esprimendo apertamente l'opinione di un gran numero di delegazioni, riteneva inutile l'introduzione di questo articolo nelle due Convenzioni. L'articolo 41 fu nondimeno adottato, in gran parte per dare soddisfazione alla delegazione australiana, per la quale la mancanza di tale disposizione sembrava porre una difficoltà costituzionale insormontabile.

150 Per quanto riguarda il problema delle riserve, la Convenzione permette solo quelle previste agli articoli 24 e 26. Non sarà ammessa nessun'altra riserva. D'altra parte, l'articolo 42 precisa, come al solito, che uno Stato potrà "in ogni momento, ritirare una riserva già formulata".

151 Infine è opportuno sottolineare l'accresciuta importanza dell'obbligo di notifica assunto dal Ministero degli Affari Esteri del Regno dei Paesi Bassi (articolo 45), nel contesto di una convenzione come questa, in particolare alla luce del ruolo delle dichiarazioni di accettazione delle eventuali adesioni.

Madrid, aprile 1981

ELISA PÉREZ-VERA

traduzione conforme
Il traduttore
Pierantonio
