



*Autorità Garante
per l'Infanzia e l'Adolescenza*

Relazione esplicativa di Paul Lagarde

La presente costituisce una traduzione non ufficiale della Relazione esplicativa di Paul Lagarde, realizzata dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, istituita per l'Italia con l. n. 112/2011



3. Relazione esplicativa di Paul Lagarde*

1. Questa Convenzione trae le sue origini dalla decisione adottata il 29 maggio 1993 dagli Stati rappresentati alla diciassettesima sessione della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato

*"di iscrivere all'ordine del giorno della diciottesima sessione della Conferenza dell'Aja la revisione della Convenzione del 5 ottobre 1961 relativa ai poteri delle autorità ed al diritto applicabile in materia di protezione dei minori, nonché l'eventuale estensione dell'applicabilità della stessa alla protezione degli adulti incapaci"*¹.

In applicazione di questa decisione, l'Ufficio Permanente della Conferenza istituì una Commissione speciale che tenne tre assemblee: la prima dal 26 maggio al 3 giugno del 1994, la seconda dal 6 al 17 febbraio del 1995 e, infine, la terza dall'11 al 22 settembre del 1995. Ad esito delle assemblee fu redatta una bozza preliminare della Convenzione che, unitamente alla relazione esplicativa che la accompagna², servì da base di discussione ai lavori della diciottesima sessione della Conferenza dell'Aja tenutasi dal 30 settembre al 19 ottobre del 1996.

Alla diciottesima sessione della Conferenza l'incarico di redigere la Convenzione fu affidato alla Seconda Commissione che all'uopo si riunì per un totale di ventisei sedute. Oltre ai delegati dei trentacinque Stati membri alla Conferenza rappresentati alla diciottesima sessione, presero parte ai negoziati anche gli osservatori provenienti dagli altri quindici Stati, nonché quelli provenienti da 8 organizzazioni intergovernative e da 9 organizzazioni non governative.

La Commissione designò come suo Presidente K. J. Pirrung, in qualità di esperto della Germania, e come vice Presidente W. R. Duncan, in qualità di esperto dell'Irlanda, unitamente a G. F. DeHart, in qualità di esperto degli Stati Uniti, che avevano già ricoperto tali incarichi nella Commissione speciale. Fu confermato anche il ruolo di relatore di Paul Lagarde, esperto della Francia. Nel corso della seduta vennero costituiti un Comitato redazionale, la cui presidenza fu affidata a W. R. Duncan³, e un gruppo incaricato di esaminare le clausole federali, la cui presi-

* La traduzione è stata realizzata dal Centro studi e servizi sul diritto stranieri e delle relazioni internazionali (Ce.St.Int.) del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli studi di Ferrara (<http://www.unife.it/progetto/cestint>).

¹ *Atto finale della diciassettesima sessione*, Parte B, p. 1.

² La bozza preliminare e la relazione di Paul Lagarde hanno costituito il Documento Preliminare n. 7 del maggio 1996 all'attenzione della diciottesima sessione.

³ Questo Comitato fu costituito, oltre che dal Presidente, dal Relatore e dai membri dell'Ufficio Permanente, dai seguenti esperti: G. F. DeHart (Stati Uniti), L. Lussier (Canada), A. Bucher (Svizzera) e E. M. Clive (Regno Unito).



denza fu affidata Alegría Borrás, in qualità di esperta della Spagna.⁴ I lavori della Seconda Commissione furono notevolmente facilitati dai documenti preliminari⁵ e dalle osservazioni di Adair Dyer, vice Segretario Generale, che ha assunto la direzione scientifica del Segretariato.

2. La presente relazione riguarda il progetto di Convenzione concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, adottata all'unanimità dagli Stati membri [della Conferenza dell'Aja] presenti alla seduta plenaria del 18 ottobre 1996. Il testo fu aperto alle firme immediatamente dopo la sottoscrizione dell'atto finale della diciottesima sessione, il 19 ottobre 1996, e fu firmato in tale data dal Marocco. Pertanto, la Convenzione riporta la data della sua prima sottoscrizione.

Cornice generale, principali orientamenti e struttura della Convenzione

3. La protezione dell'infanzia in pericolo è da sempre stata al centro dell'interesse della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato. Senza andare indietro fino alla Convenzione del 1902 sulla tutela dei minori⁶, occorre richiamare le Convenzioni successive alla Seconda Guerra mondiale sulle obbligazioni alimentari del 24 ottobre 1956 e del 15 aprile 1958, rinnovate ed ampliate dalle Convenzioni del 2 ottobre 1973, la Convenzione del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, e la Convenzione del 15 novembre 1965 concernente la competenza, la legge applicabile e il riconoscimento delle decisioni in materia di adozione. Negli ultimi tempi, la Conferenza ha continuato con successo il suo operato in materia di protezione dei minori: la Convenzione del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori ha già ottenuto la ratifica o l'adesione da quasi cinquanta Stati e la Convenzione del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, già ratificata da una dozzina

⁴ Questo Comitato era composto, inoltre, dai rappresentanti delle delegazioni dell'Australia, Canada, Germania, Messico e Stati Uniti.

⁵ Documento Preliminare n. 1: *Report on the revision of the 1961 Hague Convention on protection of minors – Part One* (aprile 1994); Documento Preliminare n. 2: *Checklist of provisions which might be included in the revised Convention concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors (as regards protection of the minor's person)* (aprile 1994); Documento Preliminare n. 3: *Report on the revision of the 1961 Hague Convention on protection of minors – Part Two* (maggio 1994); Documento Preliminare n. 5: *The principal issues raised by the inclusion within the scope of the revised Convention of measures directed to the protection of children's property* (gennaio 1995).

⁶ Che non risulta più essere in vigore salvo che nelle relazioni tra il Belgio e la Germania (v. Staudinger/Kropholler (1996) Vorbem. 12-13 zu art. 24 EGBGB) e forse la Romania (v. Rigaux-Fallon, *Droit International privé*, Volume II, 1993, nota 1145).



di Stati e firmata da circa quindici Stati, è entrata in vigore il 1 maggio 1995. Nel frattempo, l'entrata in vigore in 187 Stati (a partire da giugno 1996) della Convenzione ONU del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo ha reso necessaria la revisione di numerose leggi nazionali e delle convenzioni internazionali, le cui soluzioni non erano in armonia con i nuovi principi. La revisione della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori si inserisce in questo contesto generale. Detta revisione presenta però anche cause più specifiche, legate al ridotto successo della Convenzione, nonché alle imperfezioni rivelate da più di venti anni di applicazione.

4. Malgrado le recenti ratifiche o adesioni della Spagna (1987), della Polonia (1993) e dell'Italia (1995), la Convenzione del 1961 è in vigore solamente tra undici Stati⁷, tutti situati, ad eccezione della Polonia e della Turchia, nel territorio continentale dell'Europa occidentale. Pur così limitata geograficamente, la Convenzione ha dato luogo, quantomeno negli Stati parti da più tempo, ad un'abbondante giurisprudenza⁸, a conferma della notevole frequenza della sua applicazione e, perciò, del reale bisogno cui la stessa risponde, ma anche ad alcune difficoltà di attuazione o di interpretazione. Recenti lavori, spesso menzionati nel corso dei dibattiti della Commissione speciale e della diciottesima sessione, hanno messo in evidenza alcuni difetti della Convenzione e hanno avanzato proposte di riforma⁹, alcune delle quali sono state ascoltate.

5. Una delle principali difficoltà cui ha dato luogo la Convenzione del 1961 deriva dal suo prevedere, in materia di protezione dei minori, una competenza concorrente delle autorità di residenza abituale e delle autorità dello Stato di cittadinanza del minore (artt. 1 e 4), senza contare quella in favore delle autorità dello Stato in cui il fanciullo è presente o i beni di sua proprietà sono situati (art. 8), nonché dal suo aver stabilito, in caso di conflitto, la prevalenza della competenza delle autorità nazionali (art. 4, par. 4).

Tale soluzione ha rivelato due serie di inconvenienti. Da un canto, le autorità nazionali hanno talvolta adottato decisioni difficili da accettare da parte delle autorità di residenza abituale del minore, le quali si presumono essere più vicine al fanciullo, e spesso sono in grado di valutare meglio la sua situazione e i suoi bisogni; d'altro canto, nei frequenti casi di minori aventi

⁷ I tre Stati menzionati nel testo, cui vanno aggiunti l'Austria, la Francia, la Germania, il Lussemburgo, i Paesi Bassi, il Portogallo, la Svizzera e la Turchia.

⁸ V. le numerose decisioni raccolte nei cinque volumi redatti da Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, pubblicati dall'Istituto Asser dell'Aja.

⁹ V. J. Kropholler, "Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommens", *RabelsZ* 58 (1994) 1-19; S. Boelck, *Reformüberlegungen zum Haager Minderjährigenschutzabkommen vom 1961*, Tübingen, 1994, così come la recensione di quest'opera da parte di P. Lagarde, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1995, p. 230.



doppia cittadinanza, il conflitto tra le autorità dei due Stati di cittadinanza ha determinato la paralisi della Convenzione¹⁰.

Un'altra difficoltà derivava dal significato incerto dell'art. 3 sul rapporto d'autorità *ex lege* (norma di conflitto o norma sul riconoscimento) e dalla problematica articolazione tra la legge nazionale applicabile a tale rapporto e la legge dello Stato di residenza abituale applicabile in linea di principio alle misure di protezione¹¹. A tali critiche si aggiungano lo scarso funzionamento della cooperazione tra le autorità che la Convenzione intendeva promuovere e l'assenza di una disposizione sull'esecuzione all'interno di uno Stato contraente delle misure di protezione adottate in un altro Stato contraente.

6. La Commissione ha cercato di tenere conto di tali obiezioni. La nuova Convenzione, più completa rispetto a quella del 1961, è anche più ordinata e, ci si auspica, più leggibile. Essa comprende 63 articoli (rispetto ai 25 della Convenzione del 1961) suddivisi nei sette capitoli seguenti: ambito di applicazione della Convenzione; competenza; legge applicabile; riconoscimento ed esecuzione; cooperazione; disposizioni generali; clausole finali.

Il primo capitolo (artt. 1-4) individua l'oggetto della Convenzione e le categorie di minori cui la medesima si applica, per poi dare un esemplificativo, ma piuttosto completo, elenco delle misure di protezione rientranti nell'ambito della Convenzione, specificando le materie escluse dal suo campo di applicazione.

Il secondo capitolo sulla competenza è molto innovativo rispetto alla Convenzione del 1961. L'idea generale risiede nell'accettazione da parte degli Stati contraenti di considerevoli limitazioni di competenza delle loro autorità nazionali. La nuova Convenzione ha voluto escludere, in linea di principio, la concorrenza tra le autorità di Stati diversi ad adottare le misure di protezione della persona o dei beni del minore. Le autorità competenti sono, in linea di principio, quelle dello Stato di residenza abituale del fanciullo (art. 5), fatte salve alcune importanti precisazioni in relazione ai casi di assenza di una residenza abituale (art. 6) o trasferimento illecito del

¹⁰ V. in Francia, Corte di Cassazione, Prima Sezione Civile, 16 dicembre 1986, *Rev. crit. dr. internat. privé* 1987, p. 401, commento di Lagarde; cfr. P. Lagarde, "La protection du mineur double national, talon d'Achille de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961", in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di Mario Giuliano*, Milano, 1989, p. 529.

¹¹ L'articolazione diventa problematica laddove, ad esempio, in base alla legge nazionale del minore, quest'ultimo non ha o non ha più tale rapporto *ex lege* e, quindi, necessita di misure di protezione, ma in base alla legge dello Stato di residenza abituale un rapporto *ex lege* sussiste, il che rende inutile il ricorso alle misure di protezione. V. sul punto le risalenti critiche di Y. Lequette espresse di nuovo in "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 246 (1994-II), p. 11 e ss. e p. 82 e ss. V. anche G. A. L. Droz, "La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961", *Journ. dr. internat.*, 1973, p. 603 e p. 619 e ss.



minore (art. 7). Anche quando le autorità di altri Stati siano ammesse ad intervenire nella protezione del minore (artt. 8 e 9), ciò avviene sempre, ad eccezione dei casi di temporanea urgenza o di quelli delle misure ad effetti territorialmente limitati (artt. 11 e 12), con il consenso o sulla base di una richiesta dell'autorità di residenza abituale. Questo è il caso, in particolare, delle autorità dello Stato di cittadinanza del minore la cui competenza, così come quella di tutti gli altri Stati con cui il minore ha uno stretto legame, potrà essere esercitata soltanto sotto il controllo delle autorità dello Stato di residenza abituale del minore. Pertanto, i rischi derivanti dalla doppia cittadinanza del minore sono eliminati. Ciò non vale, invece, nel caso di divorzio dei genitori del minore. La Convenzione, infatti, ammette, a differenza del progetto preliminare della Commissione speciale, una competenza concorrente del foro del divorzio, soggetta a condizioni piuttosto rigide, ad adottare le misure di protezione della persona o dei beni dei minori (art. 10).

Il terzo capitolo sulla legge applicabile riprende, rendendolo più flessibile, il principio della Convenzione del 1961 sulla scorta del quale ciascuna autorità applica la propria legge nell'adozione delle misure di protezione (art. 15). Sempre in questo capitolo vanno ricercate le disposizioni sul rapporto d'autorità *ex lege* (artt. 16-18). La Convenzione chiarisce e aggiorna tale nozione parlando di attribuzione o estinzione di pieno diritto di una responsabilità genitoriale. Anzitutto, essa assoggetta tale responsabilità alla legge dello Stato di residenza abituale del minore (e non più alla legge dello Stato di cittadinanza), unificando in tal modo la legge applicabile alla responsabilità genitoriale e alle misure di protezione. Questo capitolo cerca, infine, di individuare le conseguenze del trasferimento del minore sulla legge applicabile alla responsabilità genitoriale (conflitto mobile).

Il quarto capitolo (artt. 23-28) prevede una regolamentazione dettagliata, assente nella Convenzione del 1961, sul riconoscimento e sull'esecuzione in uno Stato contraente delle misure di protezione adottate in un altro Stato contraente. Viene fatta una chiara distinzione tra il riconoscimento, la declaratoria di esecutività o la registrazione ai fini dell'esecuzione e la effettiva esecuzione. Le disposizioni più originali sono l'art. 23, che elenca – tassativamente – i motivi di diniego del riconoscimento, e l'art. 24, che ammette la ricevibilità di una domanda preventiva di accertamento positivo o negativo della riconoscibilità di una misura di protezione.

Il quinto capitolo prevede un meccanismo di cooperazione tra gli Stati contraenti, di cui era avulsa la Convenzione del 1961. Tale meccanismo è fondato, sul modello di tutte le altre Convenzioni dell'Aja, sulla creazione di un'Autorità centrale in ciascuno Stato contraente (art. 29), i cui obblighi e poteri sono indicati negli artt. 30-38.

Il sesto capitolo (artt. 40-56) contiene alcune disposizioni generali dirette a facilitare l'attuazione (art. 40) e il monitoraggio (art. 56) della Convenzione, nonché a proteggere la riservatezza dei dati e delle informazioni raccolti in conformità alla stessa (artt. 41 e 42). Nello stesso vengono disciplinati, inoltre, l'applicazione della Convenzione agli Stati con ordinamenti plurilegislativi



(artt. 46-49), la sua applicazione temporale (art. 53), i conflitti con altre convenzioni (artt. 50-52) e le riserve ammesse (art. 55).

Il settimo capitolo (artt. 57-63) riporta le clausole finali tipiche delle Convenzioni dell'Aja.

Commentario della Convenzione articolo per articolo

Titolo della Convenzione

7. Il titolo "Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori" riprende i titoli dei quattro capitoli principali della Convenzione e non si presta ad alcuna confusione. Certe delegazioni avrebbero preferito un titolo più corto e più elegante, come quello proposto dalla Commissione speciale "Convenzione sulla protezione dei minori", ma tale espressione è già apparsa nella Convenzione del 29 maggio 1993 sull'adozione e sarebbe stata ambigua, poiché avrebbe potuto dare l'impressione che la Convenzione riguardasse questioni di diritto materiale.

Preambolo

8. Il preambolo, relativamente lungo per una Convenzione dell'Aja¹², rappresenta un compromesso tra le delegazioni che ambivano a un preambolo breve, che indicasse semplicemente l'oggetto della Convenzione e che ponesse quest'ultima in armonia con la Convenzione ONU del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, e le delegazioni che volevano indicare esplicitamente nel preambolo determinati principi generali presenti in quest'ultima Convenzione, con il rischio di creare equivoci circa l'individuazione dell'oggetto stesso della Convenzione, che è una Convenzione di diritto internazionale privato e non di diritto materiale.

I tre paragrafi iniziali del preambolo seguono la prima tendenza e individuano l'ambito di applicazione e l'oggetto della Convenzione. Il quarto paragrafo segue la seconda tendenza, richiamando come considerazione principale l'interesse superiore del minore, principio menzionato diverse volte nel testo della Convenzione. Il quinto paragrafo segna la continuità della Convenzione rispetto ai lavori precedenti della Conferenza dell'Aja, richiamando la Convenzione del 5 ottobre 1961, che ha l'esigenza di essere riformata, e l'ultimo paragrafo fa riferimento alla summenzionata Convenzione ONU sui diritti del fanciullo.

¹² V., tuttavia, il preambolo della Convenzione del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale.



CAPITOLO I – Ambito di applicazione della Convenzione

Articolo 1 (oggetto della Convenzione)¹³

Paragrafo 1

9. Questo paragrafo descrive l'oggetto della Convenzione e rappresenta una sorta di sommario della stessa.

Sub-paragrafo a)

10. La Convenzione individua gli Stati le cui autorità hanno competenza, ma non le stesse autorità competenti, che possono essere giudiziarie o amministrative e possono essere in un luogo qualunque del territorio dello Stato. In termini di conflitti di giurisdizione, si può dire che la Convenzione individua la competenza internazionale, ma non quella interna (territoriale). La Convenzione precisa, fin dal primo paragrafo, di occuparsi della protezione della persona e *dei beni* del minore. La scelta di occuparsi anche dei beni del minore è stata presa dalla Commissione speciale dopo aver ascoltato le spiegazioni della Signora Revillard, giurista al CRIDON di Lione, consultata in qualità di esperta dell'Ufficio Permanente. Ella ha dimostrato, con il supporto di numerosi casi tratti dalla pratica notarile, l'utilità di avere regole precise concernenti la designazione e i poteri del legale rappresentante del minore, al fine di amministrare i beni di quest'ultimo situati in un altro Stato, in particolare qualora sia necessario gestire la successione ereditaria in capo al minore.

La diciottesima sessione ha confermato tale scelta, dovendo però tenere in considerazione l'eventuale volontà dello Stato, nel cui territorio sono situati i beni del minore, di riservare alle sue autorità la competenza ad adottare le misure di protezione della totalità o di una parte di tali beni. In tal senso è stata prevista una riserva nell'art. 55, che permette allo Stato di "riservarsi di non riconoscere una responsabilità genitoriale o una misura che potrebbe essere incompatibile con una misura adottata dalle sue autorità riguardo a tali beni".

11. D'altro canto, il progetto preliminare non contiene alcuna disposizione sulla protezione degli *adulti incapaci*. La delegazione svizzera ha presentato alla Commissione speciale due documenti con cui è stato dimostrato che, sul piano formale, il problema potrebbe essere affrontato o aggiungendo in una convenzione generale sulla protezione della persona un capitolo specifico per gli adulti, o nella forma di una distinta convenzione, replicando la Convenzione sulla pro-

¹³ I titoli in corsivo che appaiono sopra ogni articolo commentato sono stati aggiunti dal Relatore al fine di migliorare la leggibilità della Relazione ma essi non appaiono nel testo della Convenzione.



tezione dei minori, con i necessari adattamenti. La diciottesima sessione ha concluso che la questione sulla protezione degli adulti richiedesse un'analisi più approfondita, decidendo di includerla nell'ordine del giorno di una Commissione speciale di carattere diplomatico¹⁴.

Sub-paragrafo b) e c)

12. Questi due sub-paragrafi preannunciano le disposizioni del terzo capitolo sulla legge applicabile. Menzionando già nell'art. 1 l'individuazione della legge applicabile alla responsabilità genitoriale, la Convenzione indica che la norma pertinente (art. 16) sarà una norma di conflitto e non una semplice norma di riconoscimento.

Sub-paragrafo d) e f)

13. Questi due sub-paragrafi sono espliciti ed autosufficienti. Essi preannunciano i capitoli IV (riconoscimento ed esecuzione) e V (cooperazione) della Convenzione.

Paragrafo 2

14. L'espressione "responsabilità genitoriale", che trae l'ispirazione dalla *Convenzione sui diritti del fanciullo* (art. 18) ha sostituito quella di "rapporto d'autorità" presente nella Convenzione del 1961.

Già utilizzata nella *Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale*¹⁵, la nozione di responsabilità genitoriale era sembrata non sufficientemente precisa ad alcune delegazioni. Perciò, il secondo paragrafo dell'art. 1 cerca di elaborare tale nozione, che sulla scorta di quanto era emerso dal dibattito, non veniva percepita allo stesso modo da tutte le delegazioni. La definizione data è ampia. Essa ricomprende allo stesso tempo la responsabilità concernente la persona del minore, la responsabilità concernente i suoi beni e, più in generale, la legale rappresentanza del minore, indipendentemente dalla denominazione dell'istituto giuridico in questione: responsabilità genitoriale, autorità genitoriale, patria potestà, ma anche tutela, curatela, amministrazione legale, *custody*, *guardianship*. I diritti e gli obblighi cui è fatto riferimento sono quelli che appartengono al padre e alla madre, in virtù della legge, al fine di crescere i loro figli e garantire il loro sviluppo¹⁶, a prescindere dalla circostanza che la questione riguardi l'affidamento, l'educazione, la determinazione della residenza o la supervisione della persona del minore e, in particolare, delle sue relazioni. Il termine "poteri" attiene più specificamente alla rappresentanza del minore. Tale responsabilità è esercitata normalmente dai genitori, potendo però essere esercitata anche in tutto o in parte

¹⁴ Atto finale della diciottesima sessione, parte B, 2.

¹⁵ V. art. 26, par. 1 b).

¹⁶ Cfr. Convenzione sui diritti del fanciullo, art. 18.



dai terzi, secondo le condizioni previste dalla legge nazionale, in caso di morte, incapacità, inidoneità o indegnità dei genitori o in caso di abbandono del minore dagli stessi.

Articolo 2 (minori ai quali si applica la Convenzione)

15. Questo articolo individua i minori ai quali si applica la Convenzione. Piuttosto che dichiararsi applicabile ai “mineurs”, cosa che avrebbe richiesto la previsione di specifiche norme di conflitto per determinare la legge o le leggi applicabili alla definizione di tale nozione¹⁷, l'art. 2 conserva il termine “enfants”, specificando direttamente che “la Convenzione si applica ai minori dal momento della loro nascita fino al raggiungimento dell'età di 18 anni”.

Il punto di partenza è quindi la nascita del bambino e non il suo concepimento. Nel corso dei dibattiti della Commissione speciale era emerso che, alcune delegazioni, e, in particolare, l'Unione Internazionale del Notariato Latino, avrebbero preferito che la Convenzione si applicasse anche al concepito, almeno laddove fosse in gioco la protezione dei suoi beni. Tale dibattito è stato ripreso nel corso della sessione diplomatica, con la proposta da parte di una delegazione di eliminare la dicitura “dal momento della loro nascita”, allo scopo di permettere agli Stati di applicare la Convenzione anche ai bambini semplicemente concepiti. Tale proposta fu rigettata da una solida maggioranza (21 contro 5 e un'astensione). Nel dichiararsi applicabile ai minori solamente dal momento della loro nascita, la Convenzione ha voluto, soprattutto, evitare di prendere posizione sul problema etico della legittimità dell'interruzione volontaria della gravidanza e sullo status giuridico internazionale dell'embrione. Ogni Stato rimane libero di adottare, in base al proprio diritto comune, le misure di protezione del concepito e tutti gli altri Stati rimangono liberi di riconoscere tali misure. Pertanto, su tale questione delicata, la Convenzione ha adottato una posizione prudente, permettendo agli Stati contraenti di applicare i propri concetti, ma senza obbligarli a riconoscere quelli altrui.

16. La Convenzione si applica fino a quando il minore non abbia raggiunto l'età di 18 anni. Ciò non significa che la Convenzione preveda una norma materiale sulla maggiore età, fissandola al compimento dei 18 anni, valida in tutti gli Stati contraenti. Il testo significa semplicemente che le norme convenzionali sulla competenza, le norme di conflitto ecc. si applicano ai minori fino a quell'età, anche qualora essi abbiano già acquisito – ancor prima del compimento del diciottesimo anno d'età – la capacità d'agire secondo la loro legge personale, sia quando la maggiore età è fissata al di sotto dei 18 anni, il che appare eccezionale¹⁸, sia quando, più verosimilmente, il minore si è emancipato, in particolare contraendo matrimonio.

¹⁷ Cfr. art. 12 della Convenzione del 1961.

¹⁸ La Convenzione sui diritti del fanciullo prevede tale possibilità nel primo articolo.



Se l'autorità competente secondo la Convenzione stabilisce che, secondo la legge che disciplina la capacità d'agire, in virtù delle sue norme di diritto internazionale privato, il minore è adulto o emancipato, essa valuterà se una misura di protezione sia ciò non di meno appropriata. Si tratta di una questione di diritto materiale che non rientra direttamente nelle disposizioni della Convenzione¹⁹. Parimenti, se la legge che disciplina la capacità d'agire permette al fanciullo di compiere determinati atti senza l'intervento del suo legale rappresentante, come ad esempio consultare un dottore o acquistare un contraccettivo, sarà l'autorità adita a dover applicare tale diritto nei limiti del suo ordine pubblico. La Convenzione non indica quali siano le misure da adottare in tali situazioni. Essa si limita a designare l'autorità competente e a fissare le condizioni per il riconoscimento e l'esecuzione di tali misure da parte degli altri Stati contraenti. In ogni caso, da questi esempi emerge che la Convenzione si applica con una certa flessibilità ai minori più grandi, tanto più che essi hanno il diritto di essere ascoltati in un procedimento giudiziario o amministrativo che li riguarda (art. 12, par. 2, CDE, e art. 23, par. 2 b), della Convenzione, v. *infra*).

La Convenzione cessa di applicarsi dopo che il minore ha raggiunto i 18 anni. Tuttavia, può avvenire che lo stesso abbia bisogno di protezione anche dopo quell'età, o perché non ha ancora raggiunto la maggiore età secondo la legge che disciplina la capacità d'agire, o perché il suo stato di salute richiede una misura di protezione. In assenza di una Convenzione sulla protezione degli adulti, saranno gli Stati a dover provvedere a tale protezione attraverso le proprie norme interne.

Naturalmente, la riservatezza imposta dagli artt. 41 e 42 della Convenzione, in relazione ai dati personali e alle informazioni raccolti nell'applicazione della Convenzione, dovrà essere assicurata anche dopo il raggiungimento dei 18 anni.

17. A differenza della Convenzione del 1961 che, sulla scorta dell'art. 13, era applicabile a tutti i minori residenti abitualmente in uno degli Stati contraenti, la nuova Convenzione non include alcuna disposizione che limiti, sul piano geografico, il novero di minori rispetto ai quali essa trovi applicazione. A seguito di lunghi dibattiti, è diventato evidente che l'ambito geografico della Convenzione varia a seconda della singola disposizione della stessa. Quando una norma della Convenzione conferisce competenza in capo alle autorità dello Stato di residenza abituale del minore, essa si applica a tutti i minori abitualmente residenti in quello Stato contraente. Quando una norma della Convenzione conferisce competenza in capo alle autorità dello Stato di residenza del minore, essa si applica a tutti i minori residenti in quello Stato contraente. Quando una norma della Convenzione prevede una norma di conflitto in relazione alla respon-

¹⁹ V. *infra*, n. 30 sotto l'art. 4 d).



sabilità genitoriale, si tratta di una norma di conflitto universale, come in tutte le recenti Convenzioni dell'Aja in materia di conflitti di leggi, applicabile a tutti i minori, indipendentemente dalla loro cittadinanza e dalla loro residenza.

Articolo 3 (elenco delle misure di protezione)

18. La Convenzione del 1961 utilizza il termine “misure di protezione” senza darne una definizione. Le delegazioni degli Stati che non aderiscono a questa Convenzione richiesero, se non una definizione, almeno un elenco delle questioni su cui potrebbero vertere tali misure. Dal momento che queste variano nei singoli ordinamenti nazionali, l'elenco di questo articolo riveste una funzione meramente esemplificativa. Ciò nonostante, esso cerca di coprire un ambito molto vasto, e alcune delle misure previste possono sovrapporsi, senza che ciò rilevi particolarmente, in quanto esse soggiacciono al medesimo regime giuridico.

Sub-paragrafo a)

19. Nel precisare che le misure possono vertere sull'attribuzione, l'esercizio, la revoca totale o parziale nonché sulla delega della responsabilità genitoriale, il testo pare ricoprire tutte le situazioni che possano incidere su tale responsabilità.

Sub-paragrafo b)

20. Il diritto di affidamento e il diritto di visita sono spesso oggetto di lite tra i genitori in caso di crisi matrimoniale. Il sub-par. *b)*, al fine di rendere chiari questi concetti che non sempre vengono concepiti nella stessa maniera in tutti gli ordinamenti statali, riprende le formulazioni dell'art. 5 della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori. Il concetto stesso di “diritto” dei genitori in materia di affidamento o di visita è stato contestato nel nuovo contesto della responsabilità genitoriale previsto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo. Il termine, tuttavia, è stato conservato, sia per ragioni di comodità, sia al fine di tener conto dei numerosi ordinamenti statali che continuano a concepire la responsabilità genitoriale alla stregua di un rapporto d'autorità.

Alcune delegazioni anglofone, ma non quella del Regno Unito, hanno messo in evidenza che nella loro normativa i termini *custody* e *access* sono stati rimpiazzati da espressioni diverse: *residence order* per *custody*, *contact* o anche *visitation* per *access*. La Convenzione non può utilizzare espressioni che possano adattarsi alle particolarità linguistiche di tutti gli Stati rappresentati. Ciò che rileva è il significato che gli Stati contraenti hanno voluto attribuire ai termini impiegati e che le delegazioni siano in accordo nell'intendere il termine *access* o *droit de visite* in relazione ai contatti a distanza che il genitore è autorizzato a intrattenere con il minore mediante la corrispondenza, il telefono o il telefax.



Sub-paragrafo c)

21. Le misure di protezione possono riguardare la tutela, la curatela o altri istituti analoghi. Si tratta dei regimi di protezione (rappresentanza nel caso della tutela, assistenza nel caso della curatela) che vengono istituiti a favore dei minori quando i loro genitori sono deceduti ovvero non sono più autorizzati a rappresentarli²⁰.

Sub-paragrafo d)

22. I termini utilizzati sono molto ampi. La “persona o organismo incaricato di occuparsi della persona o dei beni del minore, di rappresentarlo o di assisterlo” può essere un tutore o un delegato della responsabilità genitoriale sulla scorta di quanto previsto nei paragrafi precedenti, ma anche un tutore *ad hoc* designato per rappresentare il minore nella eventuale controversia in conflitto d'interessi con il legale rappresentante, o ancora, una scuola od una persona che gestisce una località di villeggiatura chiamata a prendere decisioni mediche in assenza del legale rappresentante, ecc.

Sub-paragrafo e)

23. Le misure di collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto sono i prototipi delle misure di protezione e sono ovviamente coperte dalla Convenzione, salva espressa esclusione, come nel caso di collocamento a scopo di adozione o collocamento conseguentemente alla commissione di reati penali da parte di minori (art. 4 *b*) e *i*), v. *infra*).

Il sub-par. *e*) menziona, in particolare, l’“assistenza legale tramite *kafala* o istituto analogo”. La delegazione marocchina ha predisposto alla Commissione speciale una nota dettagliata sull’istituto di diritto islamico denominato *kafala*²¹ e un nuovo documento (Work. Doc. n. 10) è stato prodotto durante la sessione diplomatica, relativo alla procedura della *kafala* prevista dalla legge marocchina del 10 settembre 1993. Da questo emergeva che il minore bisognoso di protezione potrebbe essere affidato, per decisione sia del giudice tutelare che di una commissione amministrativa, ad un istituto pubblico, a una struttura sociale o ad una famiglia mussulmana che si prenderà cura del minore (alloggio, mantenimento, educazione) e dei suoi beni, e che, se del caso, riceverà la delega di tutela sul minore. La *kafala* non è un’adozione, vietata dal diritto islamico, e non produce alcun effetto sul rapporto di filiazione. Il minore che ne beneficia non diventa membro della famiglia del *kafil* e questa è la ragione per cui la *kafala* non è coperta dalla Convenzione sull’adozione internazionale del 29 maggio 1993. Ma essa è indi-

²⁰ V., ad es., l’art. 390 del Codice Civile francese, par. 1773 BGB.

²¹ La *kafala* è menzionata anche nella *Convenzione sui diritti del fanciullo* come protezione sostitutiva (art. 20, par. 3). La delegazione marocchina ha precisato che la trascrizione del termine arabo dovrebbe avvenire senza la *h* finale.



scutibilmente una misura di protezione, ragione per cui deve entrare nel campo di applicazione di una convenzione sulla protezione dei minori.

Sub-paragrafo f)

24. Questo sub-par. è stato introdotto su richiesta della delegazione australiana al fine di ricoprire le ipotesi in cui il minore sia stato affidato ad uno o ad entrambi i genitori o ad un'altra persona sotto la supervisione di un'autorità pubblica, le cui modalità possono essere individuate da una "misura" ai sensi della Convenzione.

Sub-paragrafo g)

25. Le misure di protezione possono riguardare "l'amministrazione, la conservazione o la disposizione dei beni del minore". Tale ampia formulazione ricomprende tutte le operazioni concernenti i beni dei minori, comprese le acquisizioni, considerate come investimenti o come atti di disposizione dei beni ceduti in cambio dell'acquisizione.

Articolo 4 (materie escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione)

26. Questo articolo elenca determinate materie o questioni escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione. Questa lista è tassativa. Qualunque regola o misura diretta alla protezione della persona o dei beni del minore, non esclusa dall'art. 4, rientra nell'ambito di applicazione della Convenzione²². Al contrario, come indicato sopra, l'elenco delle misure di protezione previsto dall'art. 3 (che contiene la dicitura "in particolare") non è esaustivo. Pertanto, il combinato disposto degli artt. 3 e 4 esclude il rischio di lacune normative.

Le esclusioni previste nell'art. 4 hanno diverse giustificazioni. Per il rapporto di filiazione, ad esempio, non si può dire che il suo accertamento o la sua contestazione siano di per sé protettive del minore. Lo stesso vale per il nome del bambino, per le successioni o anche per l'emancipazione. Inoltre, le norme della Convenzione, e, in particolare, il principio della coincidenza tra *forum* e *jus*, non sarebbero adatte. Per l'adozione e per gli obblighi alimentari è particolarmente importante evitare delle sovrapposizioni tra convenzioni. Per le altre esclusioni, che toccano il diritto pubblico, non appare possibile imporre agli Stati contraenti, nelle materie

²² È anche necessario verificare che la materia concerna specificamente la protezione del minore. Non è il caso, ad esempio, della cittadinanza del minore o dell'assegnazione al minore del risarcimento del danno, in applicazione delle norme sulla responsabilità civile. Alcune delegazioni avevano proposto per tali questioni una espressa esclusione, sia di natura generale (Work. Doc. n. 52, all'art. 4), sia caso per caso (Work. Doc. n. 59), ma senza successo, in quanto queste esclusioni erano già evidenti. Inoltre, un'espressa esclusione avrebbe potuto creare problemi d'interpretazione. Ad esempio, l'esclusione della responsabilità civile avrebbe coperto la responsabilità del tutore verso il minore per l'appropriazione indebita dei beni del minore?



riguardanti loro interessi essenziali (diritto penale, immigrazione), una limitazione convenzionale della loro competenza.

Sub-paragrafo a)

27. L'esclusione concerne solo l'accertamento e la contestazione del rapporto di filiazione, per i quali non vi è alcuna ragione determinante per rinunciare, a favore delle autorità di residenza abituale del minore, alla regola generale sulla competenza fondata, la maggior parte delle volte, sul domicilio del convenuto.

L'esclusione si estende alla questione se le parti del rapporto di filiazione debbano ottenere il consenso del loro rappresentante legale, essendo in gioco una questione di filiazione. Pertanto, sarà la legge che disciplina lo statuto personale, individuata dal diritto internazionale privato dell'autorità adita, e non dalla Convenzione, a decidere se il minore che vuole riconoscere un figlio nato fuori dal matrimonio debba o non debba esservi autorizzato dal suo legale rappresentante, se il minore che viene riconosciuto debba prestare il consenso a tale riconoscimento e debba esservi autorizzato qualora sia al di sotto di una determinata soglia d'età, se un tutore *ad hoc* debba essere designato per rappresentare o assistere il minore in una controversia concernente il rapporto di filiazione o, ancora, se la madre minore d'età debba essere a sua volta rappresentata per le istanze o controversie concernenti lo status del minore.

Ma in tutte queste situazioni, la questione di chi sia il legale rappresentante della persona interessata e se, ad esempio, la designazione di quella persona operi di diritto oppure richieda l'intervento di un'autorità, rientra nell'ambito applicativo della Convenzione.

Sub-paragrafo b)

28. La ragione dell'esclusione dell'adozione, oggetto della recente Convenzione del 29 maggio 1993, è evidente. Essa è stata formulata in maniera piuttosto ampia e, al fine di evitare incomprensioni, il testo specifica che l'esclusione si estende anche all'annullamento e alla revoca dell'adozione, anche qualora quest'ultima sia stata decisa al fine di proteggere il minore.

L'esclusione si estende anche alle misure preparatorie all'adozione, e, in particolare, al collocamento a scopo di adozione. La Commissione speciale, sensibile al fatto che il collocamento è di per sé una misura di protezione che spesso permane anche nel caso in cui l'adozione non sia concessa, aveva previsto che tale misura dovesse almeno essere riconosciuta negli altri Stati contraenti, sempre che fosse stata adottata da un'autorità competente ai sensi del Capitolo II della Convenzione, che nella maggior parte dei casi sarà lo Stato di residenza abituale del minore. La soluzione, sebbene logica, presentava il rischio, tuttavia, di essere difficile da applicare, e la Conferenza ha così deciso di mantenere la totale esclusione delle misure preparatorie all'adozione per motivi di chiarezza e semplicità.



Sub-paragrafo c)

29. La ragione dell'esclusione del cognome e del nome del minore sembra essere evidente, in quanto queste materie non concernono la protezione del minore. La loro espressa menzione nella lista delle esclusioni è stata decisa al fine di chiarezza, per evitare problemi di qualificazione dovuti alla crescente complessità di alcune legislazioni in materia di nome.

Sub-paragrafo d)

30. L'emancipazione è un istituto che ha lo scopo di liberare il minore dall'autorità genitoriale, e quindi di sottrarlo alla protezione su di lui esercitata, sia a richiesta dei genitori sia *ex lege* quale effetto del matrimonio. Essa, in un certo senso, è l'opposto di una misura di protezione e la sua esclusione dall'ambito di applicazione della Convenzione è giustificata da questo fatto. All'emancipazione può essere assimilata, sebbene non sia espressamente menzionata nel testo, la dichiarazione di maggiore età attraverso la quale una madre minore è dichiarata essere un'adulta, con una decisione giudiziaria, al fine di esercitare autonomamente la responsabilità genitoriale nei confronti di suo figlio.

La Commissione ha, invece, rigettato la proposta di escludere espressamente la capacità d'agire dall'ambito di applicazione della Convenzione. Nel farlo, essa non ha voluto sottoporre alle regole della Convenzione la determinazione della capacità d'agire al di sotto dei 18 anni. Qualora, ad esempio, il giudice di uno Stato contraente, nel decidere sulla validità di un contratto concluso senza autorizzazione da una persona di età inferiore ai 18 anni, è chiamato a pronunciarsi sulla sua capacità d'agire, dovrà prendere la propria decisione senza fare alcun riferimento alla Convenzione²³. Tuttavia, la capacità d'agire può entrare indirettamente nel campo di applicazione della Convenzione, se oggetto di una questione preliminare a una questione principale rientrante nell'ambito di applicazione della Convenzione, quale sarebbe una questione sulla legale rappresentanza o sull'adozione di una misura di protezione. La questione preliminare sulla capacità d'agire sarà decisa in base alle norme di diritto internazionale privato dello Stato la cui autorità è stata adita, ma la decisione presa da quest'ultima sulla questione principale, che rientra ipoteticamente nell'ambito di applicazione della Convenzione, beneficerà delle regole della medesima e, in particolare, del regime normativo in materia di riconoscimento ed esecuzione da questa previsto.

Sub-paragrafo e)

31. Le due Convenzioni dell'Aja del 2 ottobre 1973, che sostituiscono gradualmente quelle del 24 ottobre 1956 e del 15 aprile 1958, disciplinano la legge applicabile alle obbligazioni alimentari, ma anche il riconoscimento e l'esecuzione delle relative decisioni. Inoltre, le Con-

²³ V. *supra*, n. 16, sotto l'art. 2, e *infra* n. 101, sotto l'art. 16, par. 1.



venzioni di Bruxelles e di Lugano disciplinano, tra gli Stati dell'Unione europea e dell'Associazione europea di libero scambio, la competenza diretta in materia di obbligazioni alimentari, così come il riconoscimento e l'esecuzione. La nuova Convenzione sarebbe quindi stata inutile rispetto a tali materie. L'esclusione delle obbligazioni alimentari era, pertanto, necessaria.

Sub-paragrafo f)

32. L'esclusione dei *trusts* si spiega alla luce della preoccupazione di evitare che la Convenzione incida sul regime della proprietà e, più genericamente, sullo statuto reale²⁴. Peraltro, è stato osservato che la costituzione di un *trust* sui beni del minore non è necessariamente una misura di protezione del minore, e che le problematiche del diritto internazionale privato attinenti ai *trusts* sono già state disciplinate in una specifica Convenzione²⁵. In concreto, l'esclusione dell'amministrazione fiduciaria avrà come conseguenza, ad esempio, che nel caso in cui il *trustee* sia deceduto senza che sia stato previsto un sostituto, la nomina da parte di un'autorità giudiziaria di un altro *trustee* non potrà essere considerata alla stregua di una misura di protezione ai sensi della Convenzione.

L'esclusione delle successioni, decisa su proposta delle delegazioni del Regno Unito e del Canada, solleva maggiori interrogativi. Essa si spiega in ragione per lo più della difficoltà, emersa durante i negoziati della Convenzione dell'Aja del 1 agosto 1989 sulla legge applicabile alle successioni a causa di morte, di determinare l'ambito della legge applicabile alle successioni.

Alcune delegazioni avrebbero preferito limitare l'esclusione all'amministrazione della successione, in conformità alla proposta dell'Unione Internazionale del Notariato Latino (Work. Doc. n. 41). Tale esclusione sarebbe stata più comprensibile. Infatti, nel caso in cui la successione fosse soggetta alla legge dello Stato che trasferisce la successione in capo a un *personal representative* con l'incarico di saldare il passivo e di rimettere il residuo agli eredi, ma in base alla legge dello Stato di residenza abituale dell'erede minore la successione è amministrata direttamente da quest'ultimo, rappresentato dal suo legale rappresentante se incapace, la non esclusione dell'amministrazione della successione avrebbe condotto inevitabilmente ad un conflitto tra il *personal representative* e il rappresentante legale dell'erede minore.

Grazie a una debole maggioranza (12 voti contro 11 e 7 astensioni), la Commissione ha deciso di andare oltre e di escludere dalla Convenzione l'intera disciplina delle successioni e non solo la loro amministrazione. Ciò significa che, ad esempio, se la legge applicabile alla successione prevede che l'erede minore può accettare l'eredità solo attraverso determinate misure di protezione, in ragione del rischio di dover far fronte ai debiti ereditari in cui potrebbe incorrere, la Convenzione non si applicherà a tali misure di protezione. Al massimo, può am-

²⁴ Cfr. per le medesime ragioni, la facoltà di riserva prevista nell'art. 55, *infra*, n. 181.

²⁵ Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985 sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento.



mettersi, seguendo il summenzionato esempio in relazione al rapporto di filiazione, che qualora la legge applicabile alla successione preveda l'intervento di un legale rappresentante dell'erede minore, questo rappresentante dovrà essere individuato applicando le norme della Convenzione.

Sub-paragrafo g)

33. L'esclusione della previdenza sociale è giustificata dal fatto che le prestazioni sono erogate da organismi la cui determinazione dipende da precisi criteri di collegamento che prendono in considerazione il luogo di lavoro o della residenza abituale degli assicurati, che non corrisponde necessariamente a quella dei minori, semplici aventi diritto. Pertanto, le norme della Convenzione sarebbero state poco adatte a tale situazione.

Sub-paragrafo h)

34. Non è il complesso costituito dall'istruzione e dalla sanità che viene escluso dalla Convenzione, ma solo, nella loro interezza, le misure pubbliche di carattere generale, come quelle che impongono l'obbligo di istruzione o di vaccinazione. Il collocamento di un determinato minore in una scuola specifica o la decisione di sottoporlo ad un intervento chirurgico, ad esempio, sono decisioni che rientrano nell'ambito di applicazione della Convenzione.

Sub-paragrafo i)

35. La Convenzione dovrebbe disciplinare la protezione dell'infanzia e non il diritto penale dell'infanzia. Tuttavia, la linea di separazione è difficile da tracciare. La Convenzione ha rinunciato a stabilire una distinzione tra le misure di natura repressiva e quelle di natura educativa. Una tale distinzione avrebbe dato luogo a delicati problemi di qualificazione. Inoltre, nel caso di una condotta oggettivamente riprovevole dal punto di vista penale, posta in essere dal minore (ad esempio, omicidio, stupro, aggressione a mano armata), sarebbe stato inadeguato per lo Stato del luogo del crimine poter esercitare il proprio potere repressivo in base al diritto comune, senza però potere, qualora lo ritenga più appropriato, adottare una misura di collocamento in un istituto specializzato, in quanto privo di competenza, ai sensi della Convenzione, ad adottare le misure di protezione del minore. L'esclusione dall'ambito di applicazione della Convenzione delle "misure adottate conseguentemente alla commissione di reati penali da parte di minori" esprime la volontà della Conferenza di non porre alcuna limitazione alla competenza degli Stati contraenti nel reagire attraverso le misure più appropriate, sia di natura punitiva che educativa, alle violazioni penali commesse dai minori.

L'espressione "conseguentemente alla commissione di reati penali da parte di minori" non implica che, nel caso particolare, il minore possa essere perseguito penalmente. È possibile che la minore età lo sottragga all'accusa. È necessario e sufficiente, al fine dell'operare dell'esclusione,



che si tratti di un atto penalmente rilevante, indipendentemente da chi sia commesso. D'altro canto, un comportamento deviante, ma non penalmente rilevante, come fuggire, rifiutarsi di frequentare la scuola o far parte di una gang, fa emergere uno stato di crisi del minore e deve necessariamente rientrare nella portata applicativa della Convenzione. La Commissione non ha seguito la proposta giapponese (Work. Doc. n. 31) di ampliare l'esclusione alla "delinquenza giovanile", intesa come comportamento al limite ma che non raggiunge la soglia della delinquenza.

Sub-paragrafo j)

36. Quest'ultimo sub-paragrafo dell'art. 4 esclude dalla Convenzione "le decisioni sul diritto d'asilo e in materia di immigrazione" in quanto si tratta di decisioni rientranti nel potere sovrano degli Stati. Solo le "decisioni" in tali materie sono escluse, vale a dire, la concessione del diritto d'asilo o del permesso di soggiorno. La protezione e la rappresentanza dei minori richiedenti asilo o il permesso di soggiorno rientrano, al contrario, nell'ambito di applicazione della Convenzione.



CAPITOLO II – Competenza

37. Come è già stato precisato in precedenza, la Commissione, traendo esperienza dalle difficoltà di applicazione della Convenzione del 1961, ha voluto centralizzare la competenza in capo alle autorità dello Stato di residenza abituale del minore ed evitare, per quanto possibile, la concorrenza di autorità egualmente competenti (art. 5), salvo adattare il foro della residenza abituale ai casi di trasferimento (art. 5, par. 2, e artt. 7 e 14) o di assenza di una residenza abituale (art. 6). In linea di principio, la competenza delle autorità diverse da quelle dello Stato di residenza abituale del minore deve essere richiesta o autorizzata da queste ultime, laddove appaia che tali autorità sarebbero meglio in grado di valutare il superiore interesse del minore nel caso di specie (artt. 8 e 9). Qualora sussista un titolo autonomo di competenza per l'adozione in caso d'urgenza di misure provvisorie immediatamente esecutive, tale competenza rimane limitata alle misure adottate o che possono essere adottate dalla autorità normalmente competente (artt. 11 e 12). L'unica vera eccezione al principio della concentrazione delle competenze è rappresentato dal foro del divorzio che, rispettate condizioni piuttosto rigorose, può essere chiamato ad adottare delle misure di protezione del minore (art. 10), il che ha condotto la Commissione a prevedere strumenti di soluzione di possibili conflitti di competenza (art. 13).

Articolo 5 (competenza delle autorità di residenza abituale del minore)

38. Il primo paragrafo di questo articolo individua in capo alle autorità dello Stato contraente di residenza abituale del minore la competenza principale ad adottare le misure di protezione della sua persona o dei suoi beni. Il secondo paragrafo prevede che, fatto salvo l'art. 7 (trasferimento o mancato ritorno illecito del minore), in caso di trasferimento della residenza abituale del minore in un altro Stato contraente, la competenza passi alle autorità dello Stato della nuova residenza abituale. La questione della conservazione delle misure adottate nel primo Stato è regolata dall'art. 14 (v. *infra*).

39. L'art. 5 è basato sull'ipotesi che il minore abbia la residenza in uno degli Stati contraenti. In caso contrario, l'art. 5 non è applicabile e le autorità degli Stati contraenti saranno competenti secondo la Convenzione soltanto sulla scorta di disposizioni diverse dal medesimo (artt. 11 e 12). Ma nulla impedisce a tali autorità di ritenersi competenti, al di fuori della Convenzione, sulla base delle norme di diritto internazionale privato dello Stato al quale appartengono.

Paragrafo 1

40. Questo paragrafo riprende, parola per parola, il testo dell'art. 1 della Convenzione del 5 ot-



tobre 1961. Il principio della competenza delle autorità dello Stato contraente di residenza abituale del minore è stato accettato all'unanimità.

Il dibattito si è concentrato solamente sull'opportunità di inserire nel testo della Convenzione una disposizione contenente la definizione, ai fini della Convenzione stessa, della nozione di residenza abituale. Una definizione positiva è stata proposta dall'Unione Internazionale del Notariato Latino (Work. Doc. n. 41), ma era contraria alla tradizione della Conferenza e non ha ricevuto alcun sostegno. Peraltro, essa avrebbe rischiato di interferire con l'interpretazione di tante altre convenzioni che utilizzano la medesima nozione. La Commissione ha discusso a lungo la proposta degli Stati Uniti (Work. Doc. n. 6) di definire le situazioni che si sarebbero dovute considerare non implicanti un cambio di residenza abituale. La proposta è stata rigettata, in quanto era diretta a modificare il testo della Convenzione, ma alcuni elementi di questo dibattito hanno ricevuto l'approvazione della Commissione. Così, è stato accettato che la temporanea assenza del minore dal luogo della sua residenza abituale per ragioni di vacanza, di soggiorno scolastico o di esercizio del diritto di visita, ad esempio, non modifica, in linea di principio, la residenza abituale del minore. Tali considerazioni sono parimenti valide per l'interpretazione dell'art. 5, par. 2.

Paragrafo 2

41. La Commissione ha, inoltre, ammesso all'unanimità il principio secondo il quale, salvo il caso di sottrazione illecita, il trasferimento della residenza abituale del minore in un altro Stato contraente ha come effetto quello di attribuire, da quel momento in avanti, la competenza alle autorità di quest'ultimo Stato.

Il trasferimento della residenza abituale implica sia la perdita della precedente residenza, sia l'acquisto della nuova residenza abituale. Potrebbe trascorrere un certo lasso di tempo tra questi due eventi, ma l'acquisto della nuova residenza potrebbe anche essere istantaneo nell'ipotesi del trasferimento di una famiglia da un paese all'altro. Si tratta, dunque, di una questione di fatto che deve essere valutata dall'autorità adita ed è la ragione per cui la Commissione ha respinto l'idea di quantificare il periodo di tempo necessario affinché sia acquisita una nuova residenza abituale. Solo nell'ipotesi di trasferimento illecito (art. 7) o di trasferimento dovuto ai disordini nello Stato di residenza abituale del minore (art. 6) occorrono delle norme specifiche.

Il cambio di residenza abituale priva le autorità della precedente residenza abituale della competenza ad adottare le misure di protezione del minore. La Commissione ha respinto la proposta della delegazione degli Stati Uniti (Work. Doc. n. 25) in base alla quale le autorità della precedente residenza abituale del minore che hanno adottato, prima della partenza dello stesso, una misura relativa all'affidamento o al diritto di visita, avrebbero conservato una competenza esclusiva in queste materie, anche dopo la sua partenza, per un periodo di



due anni, se almeno uno dei genitori avesse continuato a risiedere in tale Stato e avesse continuato a mantenere i rapporti con il minore senza soluzione di continuità. Tale proposta era basata sul timore di vedere le autorità della nuova residenza abituale, presumibilmente più favorevoli all'altro genitore, mettere immediatamente in discussione le misure appena adottate dalle autorità della precedente residenza abituale del minore. Questa proposta avrebbe condotto ad una divisione di competenze, difficilmente praticabile, tra le autorità della prima residenza, per l'affidamento e il diritto di visita, e le autorità della nuova residenza per gli altri aspetti della responsabilità genitoriale. Era parso che le preoccupazioni alla base di questa proposta avrebbero potuto trovare una soluzione nel meccanismo di cooperazione previsto dal Capitolo V della Convenzione²⁶.

42. Qualora il trasferimento della residenza abituale del minore da uno Stato all'altro avvenga nel momento in cui le autorità della prima residenza sono chiamate a pronunciarsi sull'applicazione di una misura di protezione, sorge il problema di capire se tali autorità conservano la competenza di applicare la misura (*perpetuatio fori*) o se il trasferimento di residenza abituale le priva *ipso facto* di tale competenza, obbligandole a declinarne l'esercizio. La Commissione ha respinto a forte maggioranza²⁷ una proposta²⁸ favorevole alla *perpetuatio fori*, avanzata dalle delegazioni australiana, irlandese, inglese e statunitense. Alcune delegazioni hanno giustificato il loro voto negativo alla luce dell'ostilità verso il principio stesso della *perpetuatio fori* in questo campo, favorendo un cambio automatico di competenza nel caso di trasferimento della residenza abituale, mentre altre delegazioni hanno giudicato più semplice che la Convenzione tacesse sul punto, lasciando al diritto processuale la decisione sulla *perpetuatio fori*. La prima opinione è parsa essere la più corretta nel caso di trasferimento di residenza abituale da uno Stato contraente all'altro. Infatti, non è accettabile che in una situazione del genere, rientrando completamente nell'ambito di applicazione della Convenzione, la determinazione della competenza sia lasciata alla legge di ciascuno degli Stati contraenti. Inoltre, è questa la soluzione che attualmente prevale per l'interpretazione della Convenzione del 5 ottobre 1961²⁹.

²⁶ La Commissione ha anche respinto una proposta del Servizio sociale internazionale (Work. Doc. n. 21), presentata nel corso del dibattito sull'art. 14 (art. 10 del progetto preliminare), di permettere, nel caso di trasferimento della residenza abituale o, più in generale, in caso di modifica delle circostanze, alle autorità competenti prima di questo trasferimento di far cessare le misure di protezione qualora lo ritengano necessario.

²⁷ 19 voti contro 7 e 4 astensioni.

²⁸ Work. Doc. n. 128 e dibattito in P.-v. n. 22, (*supra*, pp. 451-452). La *perpetuatio fori* è stata, al contrario, espressamente menzionata nell'art. 7 della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 concernente il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni in materia di obbligazioni alimentari.

²⁹ V. Staudinger/Kropholler (1994) Vorbem. 146-149 zu art. 19 EGBGB, come anche le decisioni raccolte da Sumampouw, *Les nouvelles Conventions de La Haye*, Vol. 3, pp. 95 ss.; v. anche, almeno implicitamente, Droz, "La protection des mineurs en droit international prive français depuis l'entree en vigueur de la Convention de La Haye



D'altro canto, nel caso di trasferimento di residenza abituale da uno Stato contraente a uno Stato non contraente, l'art. 5 cessa di essere applicabile, a partire dal trasferimento della residenza e nulla si oppone più alla conservazione della competenza da parte dell'autorità dello Stato contraente della prima residenza abituale chiamata a pronunciarsi, in virtù del suo diritto processuale nazionale, anche se gli altri Stati non sono vincolati dalla Convenzione a riconoscere le misure adottate da questa autorità³⁰.

43. Questa modifica di competenza delle autorità, nel caso di un cambiamento di residenza abituale del minore, comporta il rischio che l'autorità di nuova competenza possa adottare rapidamente una misura che vanificherà quella da poco adottata dall'autorità precedentemente competente³¹. Invero, la misura adottata nello Stato di prima residenza abituale deve essere riconosciuta nello Stato di nuova residenza abituale (art. 23, v. *infra*), ed ivi rimane in vigore fintantoché non venga modificata o sostituita (art. 14, v. *infra*), ma questa conservazione sarebbe illusoria se la misura fosse troppo facilmente modificata o sostituita. Una proposta congiunta delle delegazioni tedesca e olandese (Work. Doc. n. 93) avrebbe voluto precisare che "il cambio di residenza abituale non è di per sé un mutamento delle circostanze che possa giustificare la modifica delle misure di protezione adottate da uno Stato contraente". La proposta non è stata accolta, in quanto la Commissione non voleva legare le mani all'autorità competente, che deve conservare un pieno potere di apprezzamento. Inoltre, il rischio temuto dagli autori della proposta esiste anche negli ordinamenti interni.

Articolo 6 (minori rifugiati, trasferiti o senza residenza abituale)

Paragrafo 1

44. Questo paragrafo riguarda "i minori rifugiati e i minori che, a seguito di gravi disordini nel proprio paese, siano trasferiti a livello internazionale". Si tratta di una dicitura che riproduce i termini di una raccomandazione adottata dalla Commissione speciale della Conferenza dell'Aja il 21 ottobre 1994, concernente l'applicazione a questi minori della Convenzione del 29 maggio 1993 sulle adozioni internazionali. La categoria di minori interessata è limitata a coloro che hanno abbandonato i propri paesi per via delle condizioni ivi sussistenti, e che sono spesso non accompagnati e, in ogni caso, temporaneamente o definitivamente privati dei loro genitori.

du 5 octobre 1961", Journ. dr. internat., 1973, p. 603, n. 39; Bucher, *Droit international privé suisse*, Vol. II, 1992, n. 869.

³⁰ In tal senso, v. ancora Staudinger/Kropholler (1994) Vorbem. 150 zu art. 19 EGBGB; Sumampouw, *op. et loc. cit.*

³¹ Lo stesso rischio, aggravato, può altresì prodursi in caso di divorzio. Infatti, l'autorità di residenza abituale del minore può essere adita immediatamente dopo la fine del procedimento di divorzio, con una domanda volta a rovesciare la misura adottata dal giudice del divorzio.



Essa non riguarda gli altri minori sfollati a livello internazionale, come quelli fuggiti o abbandonati, cui altre disposizioni della Convenzione dovrebbero permettere di trovare una soluzione (v. *infra*, art. 31 c)).

I bambini indicati da questo paragrafo spesso necessitano, anche senza che ricorra una situazione d'urgenza, che la loro protezione sia organizzata in modo duraturo. Essi possono, ad esempio, essere portati a richiedere l'asilo o essere oggetto di una richiesta di adozione. Pertanto, è necessario designare un legale rappresentante e la competenza normalmente attribuita dalla Convenzione alle autorità dello Stato di residenza abituale è qui inefficace, in quanto questi minori hanno presumibilmente rotto tutti i legami con lo Stato della loro precedente residenza abituale, e la precarietà del loro soggiorno nello Stato in cui hanno provvisoriamente trovato rifugio non consente di considerare che vi abbiano acquisito una residenza abituale. La Commissione ha respinto la soluzione consistente nel sottoporre tali situazioni al foro d'urgenza, o di estendere la competenza fondata sull'urgenza anche a tale circostanza. La Commissione ha ritenuto che una tale soluzione avrebbe indebolito la Convenzione, creando un incentivo a ricorrere al foro d'urgenza in ogni circostanza. Ha quindi preferito, quasi all'unanimità, attribuire, in queste situazioni, alle autorità dello Stato in cui i minori si trovano la competenza generale, normalmente spettante alle autorità dello Stato di residenza abituale del minore.

Paragrafo 2

45. Questo paragrafo estende la soluzione del primo paragrafo (competenza generale del foro del luogo ove si trova il minore rifugiato o trasferito) ai minori "la cui residenza abituale non possa essere accertata". Il foro del luogo ove si trova il minore riveste, in questo caso, la funzione del foro di necessità. Tale competenza dovrà cessare quando sarà stato accertato che il minore abbia acquisito una residenza da qualche parte. Se questa residenza abituale si trova nel territorio di uno Stato contraente, da quel momento in poi, le autorità di questo Stato saranno dotate di competenza. Se invece la stessa si trova in uno Stato non contraente, le autorità dello Stato nel cui territorio è presente il minore saranno dotate di una limitata competenza attribuitagli dagli artt. 11 e 12 (v. *infra*). Il testo non specifica se il giudice dello Stato contraente, sul cui territorio si trova il minore privo di una residenza abituale ("foro della presenza"), debba conservare la competenza attribuitagli all'art. 6, par. 2, quando sono state adottate delle misure di protezione del minore in uno Stato non contraente, ad esempio nello Stato di cittadinanza del bambino. Sembra ragionevole ritenere che la Convenzione non limiti la competenza del foro della presenza, ma lo lasci libero di apprezzare, in base alla sua legge, se debba riconoscere e attuare le misure adottate in questo Stato terzo.



Articolo 7 (trasferimento o mancato ritorno illecito del minore)

46. La Commissione speciale non era stata in grado di raggiungere un accordo su un testo che determinasse la competenza in caso di trasferimento o mancato ritorno illecito del minore, ai sensi dell'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori. La Conferenza diplomatica è riuscita a farlo a seguito di lunghi dibattiti.

L'idea di fondo è che la persona che effettua una sottrazione illecita non dovrebbe poter usufruire di questo atto al fine di spostare, a suo favore, la competenza delle autorità chiamate ad adottare le misure di protezione della persona o, addirittura, dei beni del minore. Ma, d'altro canto, la sottrazione illecita, se persiste, è un fatto che non può essere ignorato al punto tale da privare le autorità del nuovo Stato, divenuto quello della nuova residenza abituale del minore, della competenza sulla protezione. Pertanto, la difficoltà consiste nel determinare la soglia temporale a partire dalla quale la competenza passa dalle autorità dello Stato da cui il minore è stato illecitamente trasferito, a quelle dello Stato in cui è stato portato o in cui è stato trattenuto. Tale difficoltà è parzialmente risolta, almeno per quanto attiene ai diritti di affidamento, dall'art.16 della summenzionata Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, ai sensi del quale, dopo essere state informate del trasferimento o del mancato ritorno illecito del minore, le "autorità giudiziarie o amministrative dello Stato contraente nel quale il minore è stato trasferito o è trattenuto, non potranno deliberare per quanto riguarda il merito dei diritti di affidamento, fino a quando non sia stabilito che le condizioni della presente Convenzione, relativa al ritorno del minore sono soddisfatte, a meno che non venga presentata una istanza, in applicazione della presente Convenzione, entro un periodo di tempo ragionevole a seguito della ricezione della notizia". Una disposizione della Convenzione, che confermasse il primato della Convenzione del 1980, avrebbe risolto, in materia di diritti di affidamento, il problema, ma solo in relazione ai rapporti tra gli Stati contraenti della futura Convenzione e gli Stati parti alla Convenzione del 25 ottobre 1980 (v., in tal senso, l'art. 50, *infra*). Tuttavia, era necessaria una specifica disposizione generale, per risolvere la questione in modo uniforme nei confronti di tutti gli Stati contraenti, siano essi parte o meno alla Convenzione del 25 ottobre 1980. L'art. 7 si muove in questa direzione.

Paragrafo 1

47. Il primo paragrafo mantiene la competenza delle autorità dello Stato contraente in cui il minore ha avuto la propria residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o mancato ritorno illecito, finché lo stesso non abbia acquisito una residenza abituale in un altro Stato e alcune altre condizioni siano state soddisfatte. Nel mantenere tale competenza, il testo



non presuppone che il minore abbia conservato, in maniera più o meno fittizia, la sua residenza abituale nello Stato da cui è stato illecitamente trasferito, accettando, al contrario, la possibilità di una perdita di residenza abituale in tale Stato, pur intendendo evitare che, nel periodo di frattura tra la perdita della vecchia e l'acquisizione della nuova residenza abituale, la competenza possa passare alle autorità dello Stato nel territorio del quale il bambino potrebbe essere semplicemente presente in conformità all'art. 6, par. 2 (v. *infra*). In questo periodo di instabilità per il minore, è piuttosto auspicabile evitare cambiamenti troppo frequenti della competenza. Inoltre, affinché le autorità dello Stato della precedente residenza abituale del minore perdano la loro competenza, non è sufficiente che il minore abbia acquisito una residenza abituale in un altro Stato. Devono essere soddisfatte anche altre condizioni, predisposte in modo alternativo dalla Convenzione, seguendo quanto più possibile la sostanza delle condizioni previste dalla Convenzione del 25 ottobre 1980.

48. a) la prima alternativa è che "ogni persona, istituzione o altro ente avente il diritto di affidamento abbia acconsentito al trasferimento o al mancato ritorno" (art. 7, par. 1, a)). Se questo è il caso, e se, come sopra indicato, il minore ha acquisito una residenza abituale in un altro Stato, le autorità dello Stato della precedente residenza abituale perdono la competenza prevista dell'art. 5.

Questa circostanza è una di quelle previste dall'art. 13 della Convenzione del 25 ottobre 1980 per autorizzare lo Stato richiesto a non ordinare il ritorno del minore e, contemporaneamente, a consentire di pronunciarsi sul merito dei diritti di affidamento (art. 16, sopra menzionato, della stessa Convenzione). Va rilevato, tuttavia, che nella nuova Convenzione è il consenso al trasferimento illecito che, congiuntamente alle altre condizioni richieste, comporta la perdita di competenza delle autorità della precedente residenza abituale del minore, e non la decisione di rifiutare il ritorno del minore da parte delle autorità dello Stato in cui il minore è stato trasportato. La Commissione ha seguito sul punto le osservazioni della delegazione degli Stati Uniti, volendo evitare che la competenza ad adottare le misure di protezione del minore potesse dipendere, in qualsiasi misura, da una decisione delle autorità dello Stato in cui il minore è stato trasportato, anche qualora tale decisione sia fondata sul grave rischio che il ritorno del minore lo esponga a un pericolo fisico o psicologico (art. 13 b), Convenzione 1980). La dicitura adottata ("*ogni persona...*") implica che, nell'ipotesi di affidamento congiunto o alternativo, tutti i titolari del diritto di affidamento devono aver dato il proprio consenso al trasferimento o al mancato ritorno. Questo diritto di affidamento è quello attribuito "in base alla legislazione dello Stato in cui il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del mancato ritorno" (art. 7, par. 2 a)).

Alcune delegazioni hanno sostenuto durante i dibattiti, senza incontrare alcuna opposizione, che si dovesse prendere in considerazione solo un consenso lecito, e non quel tipo di consenso



che potrebbe fornire una copertura per il traffico di minori, a cui degli affidatari indegni potrebbero acconsentire.

49. *b)* In mancanza di consenso al trasferimento o al mancato ritorno illecito, la seconda alternativa in grado di determinare la perdita di competenza delle autorità della precedente residenza abituale del minore è costituita dal concorso delle seguenti tre condizioni: *i)* residenza del minore nello Stato della sua nuova residenza abituale per un periodo di almeno un anno dalla data in cui l'avente diritto di affidamento ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscere il luogo in cui si trovava il minore; *ii)* assenza di qualsiasi richiesta di ritorno presentata in questo periodo e ancora pendente; *iii)* integrazione del minore nel suo nuovo ambiente (art. 7, par. 1 *b)*).

Queste condizioni richiamano quelle previste dall'art. 12 della Convenzione del 25 ottobre 1980, con una lieve discrepanza. Tale testo autorizza l'autorità adita a non ordinare il ritorno del minore quando il procedimento di ritorno è stato avviato solo dopo la scadenza del periodo di un anno ed è dimostrato che il minore è integrato nel suo nuovo ambiente. La discordanza deriva dal fatto che, nella Convenzione del 25 ottobre 1980, il periodo di un anno decorre a partire dal trasferimento o dal mancato ritorno illecito, mentre nella nuova Convenzione, come già indicato, il *dies a quo* è più tardivo. Pertanto, non si può escludere l'ipotesi in cui le autorità dello Stato, dove il minore è stato trasportato o in cui è stato trattenuto, non siano tenute a ordinare il ritorno del minore – il che potrebbe far pensare che la residenza abituale del minore sia stata trasferita in tale Stato e che le rispettive autorità abbiano acquisito la competenza, in ogni caso a norma dell'art. 5 della Convenzione del 1961, ad adottare le misure di protezione e a decidere, in particolare, sull'affidamento e sul diritto di visita – anche se la competenza sulla protezione continua ad appartenere, ai sensi della nuova Convenzione, alle autorità dello Stato in cui il minore ha avuto la propria residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato ritorno illecito. Se, in tale ipotesi, le autorità di quest'ultimo Stato, competenti a norma dell'art. 7 della nuova Convenzione, decidano di modificare i diritti di affidamento, pare che le autorità dello Stato, in cui il minore sia stato trasferito illecitamente, dovranno riconoscere ed eseguire tale decisione conformemente agli artt. 23 e ss. della nuova Convenzione. Tuttavia, se questo Stato non è parte della nuova Convenzione ma è solamente parte di quella del 25 ottobre 1980 (o anche della Convenzione del 5 ottobre 1961), non sarà tenuto a riconoscere tale decisione, potendosi, pare, considerare l'unico competente.

Paragrafo 2

50. Questo paragrafo riproduce alla lettera la definizione di trasferimento o mancato ritorno illecito del minore data dalla Convenzione del 25 ottobre 1980. È sufficiente fare riferimento alle



esaustive spiegazioni sulla Convenzione, esposte nella Relazione di Elisa Pérez-Vera (paragrafi n. 64-74).

Paragrafo 3

51. Fintantoché le condizioni previste dal par. 1 non siano soddisfatte, il mantenimento della competenza in capo alle autorità dello Stato in cui il minore aveva la propria residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o mancato ritorno illecito non deve celare il fatto che le autorità dello Stato ove il minore è stato trasferito o in cui è stato trattenuto sono ormai quelle più vicine al medesimo. Per questo motivo, l'art. 7, par. 3 riconosce la loro competenza ad adottare le misure urgenti, necessarie per la protezione della persona o dei beni del fanciullo, conformemente all'art. 11 (v. *infra*). Tale competenza, tuttavia, non si estende alle misure provvisorie con efficacia territoriale limitata, prevista a favore del foro della presenza del minore o di situazione dei beni ai sensi dell'art. 12.

Articoli 8 e 9 (competenza trasferita a un foro appropriato o da questo rivendicata)

52. Questi articoli introducono nella Convenzione un meccanismo reversibile ispirato alle nozioni del *forum non conveniens* e del *forum conveniens*, laddove risulti che nel superiore interesse del minore è preferibile che la sua protezione venga garantita da autorità diverse da quelle dello Stato di residenza abituale. I due articoli sono paralleli. L'art. 8 consente alle autorità di residenza abituale del minore di declinare la competenza a favore delle autorità di un altro Stato, qualora si accerti che tali autorità eserciteranno la competenza rimessagli. L'art. 9 consente alle autorità di uno Stato diverso da quello di residenza abituale del minore di chiedere che l'autorità competente di quest'ultimo rinunci alla propria competenza, affinché le autorità di tale altro Stato possano adottare le misure di protezione che ritengono necessarie.

Articolo 8 (trasferimento di competenza a un foro appropriato)

Paragrafo 1

53. In linea di principio, la competenza appartiene alle autorità di residenza abituale o, nei casi previsti dall'art. 6, a quelle dello Stato nel cui territorio il minore è presente. Quale eccezione a tale competenza di principio, la Convenzione prevede la possibilità per l'autorità normalmente competente di trasferire la competenza all'autorità di un altro Stato contraente, qualora ritenga che quest'ultima "sarebbe meglio in grado di valutare in un caso particolare l'interesse superiore del minore". Si può trattare del caso in cui il minore risieda abitualmente con i suoi genitori in uno Stato contraente diverso da quello della sua cittadinanza ed entrambi i genitori siano deceduti a



causa di un incidente. Il minore dovrà, con molta probabilità, ritornare nello Stato di cittadinanza in cui risiedono gli altri membri della sua famiglia e le autorità della sua residenza abituale potrebbero ritenere che i suoi interessi siano meglio tutelati dalle autorità dello Stato di cittadinanza.

La valutazione dell'interesse superiore del minore è affidata all'apprezzamento dell'autorità normalmente competente, che dovrà dunque dar prova della sua capacità di giudizio. Nel corso dei dibattiti è stato osservato che sarebbe particolarmente inopportuno, ad esempio, che l'autorità dello Stato in cui il minore è presente, normalmente competente a norma dell'art. 6 ad adottare le misure di protezione del minore rifugiato, proponesse allo Stato di cittadinanza del minore di occuparsi della protezione del medesimo.

La possibilità di trasferimento della competenza è prevista nella Convenzione solo a beneficio dell'autorità di un altro Stato contraente. La Commissione ha respinto diverse proposte³², che avrebbero autorizzato il trasferimento di competenza all'autorità di uno Stato non contraente, se ciò fosse motivato dall'interesse superiore del minore. Il motivo di tale rifiuto è che le misure prese dall'autorità di uno Stato terzo, competenti a seguito del trasferimento, potrebbero non essere riconosciute negli Stati contraenti in base al dettato convenzionale, stante l'assenza di reciprocità; ne deriverebbe una grave lacuna nella protezione, in quanto non vi sarebbe più, a seguito di tale trasferimento, alcuna autorità normalmente competente, ai sensi della Convenzione.

54. Qualora l'autorità normalmente competente ritenga che un trasferimento di competenza all'autorità di un altro Stato rappresenti l'interesse superiore del minore, di norma essa ha due possibilità: o contattare lei stessa l'autorità che ritiene essere la più appropriata, e chiederle di accettare la sua competenza adottando le misure necessarie, ovvero sospendere il procedimento e invitare le parti a investire della richiesta l'autorità di tale Stato.

Queste due opzioni sono collocate sullo stesso piano e la scelta è lasciata all'apprezzamento dell'autorità normalmente competente. Non è prevista alcuna distinzione in base alla natura giudiziaria o amministrativa delle autorità competenti in materia di protezione dei minori. Indubbiamente, la procedura di comunicazione diretta tra le autorità (prima opzione alternativa) può essere facilmente attuata da un'autorità amministrativa, mentre la sospensione della decisione (seconda opzione alternativa) può risultare più adatta per un'autorità giudiziaria. La Commissione speciale, seguita dalla Commissione, ha tuttavia respinto il suggerimento di creare un nesso tra la procedura da seguire e la natura dell'autorità in questione, osservando che la ripartizione delle competenze tra autorità amministrative e autorità giudiziarie varia a seconda della legislazione. Sarà, pertanto, ciascuno Stato contraente, nel ratificare la Convenzione, a

³² Work. Doc. n. 4 e n. 63, provenienti, rispettivamente, dagli Stati Uniti e dai Paesi Bassi.



dover prevedere nel proprio ordinamento, qualora già non sia prevista (o qualora non sia una conseguenza automatica dell'entrata in vigore della Convenzione), la possibilità per le sue autorità di poter contattare l'autorità di un altro Stato. Prevedendo che la richiesta possa essere presentata attraverso l'assistenza dell'Autorità centrale dello Stato dell'autorità ricevente, l'art. 31 a) dovrebbe aiutare a superare tale difficoltà.

Paragrafo 2

55. Questo paragrafo elenca gli Stati le cui autorità possono essere richieste alle condizioni del paragrafo precedente, cioè su domanda o con l'autorizzazione dell'autorità normalmente competente a norma degli artt. 5 o 6.

Il testo menziona, anzitutto, "uno Stato di cui il minore sia cittadino". La competenza delle autorità dello Stato di cittadinanza del minore, preminente, almeno teoricamente, nella Convenzione del 1961, nella nuova Convenzione non è altro che la prima menzionata fra le competenze sussidiarie, che possono beneficiare di una volontaria declinazione della competenza da parte dell'autorità normalmente competente. Il testo convenzionale indica chiaramente che, nell'ipotesi in cui il minore ha più di una cittadinanza, la competenza sussidiaria può essere attribuita indifferentemente alle autorità di uno dei due Stati di cittadinanza.

In seguito, il testo menziona "uno Stato in cui si trovino beni del minore"³³. Questa competenza sarà appropriata nel caso in cui la misura di protezione coinvolga i beni del minore. È stato fornito l'esempio dell'autorizzazione richiesta ai fini della vendita di beni immobili, situati in uno Stato diverso da quello di residenza abituale del minore. Ma la formulazione del testo non limita la competenza sussidiaria del giudice del luogo in cui è situato il bene alle misure concernenti il bene stesso (v. art. 11, par. 1, *infra*).

Il terzo Stato dotato di competenza sussidiaria è quello la "cui autorità sia stata chiamata a conoscere di un'istanza di divorzio³⁴ o di separazione legale dei genitori del minore, o di annullamento del matrimonio". Invero, il foro del divorzio, di cui gli Stati contraenti potevano, in base alla Convenzione del 1961, riservarsi la competenza (art. 15), si vede attribuire, a titolo principale, nell'art. 10 (v. *infra*), una competenza concorrente. La competenza sussidiaria prevista all'art. 8 non è, comunque, priva di valore, quantomeno nel caso in cui non siano soddisfatte le condizioni previste dall'art. 10 per l'esercizio, a titolo principale, di tale competenza, e qualora risulti che il foro del divorzio sarebbe, comunque, quello più appropriato.

³³ Sul significato "beni del minore", v. *infra*, art. 11, par. 1.

³⁴ La Commissione non ha accolto una proposta della delegazione dei Paesi Bassi (Work. Doc. n. 69), che avrebbe assimilato al divorzio, ai sensi del presente articolo, lo scioglimento di un'unione civile, che in alcuni ordinamenti scandinavi, unisce le coppie omosessuali. Le delegazioni degli Stati scandinavi hanno sottolineato che, nei loro Paesi, vigeva la regola di rigettare le richieste di affidamento congiunto a favore della coppia, nei confronti dei figli di uno dei partner.



Il par. 2 menziona, infine, “uno Stato con il quale il minore presenti uno stretto legame”. Questa formulazione, la cui flessibilità è in linea con il concetto sottostante del *forum non conveniens*, che ispira l’art. 8, ricomprende in sé, e va oltre, i tre casi citati, che fungono da mere illustrazioni. Essa consentirà, a seconda delle circostanze e sempre nell’interesse del minore, che siano competenti, ad esempio, le autorità dello Stato della precedente residenza abituale del minore, o dello Stato in cui vivono i membri della sua famiglia, disposti a prendersi cura di lui.

Paragrafi 3 e 4

56. Lo scambio di vedute tra le autorità coinvolte, previsto dal par. 3, è spesso necessario affinché l’autorità richiesta possa valutare, a sua volta, se essa sia più idonea, rispetto all’autorità dello Stato di residenza abituale del minore, ad esercitare la competenza sulla sua protezione, nel superiore interesse del medesimo. Questo scambio di vedute si svolgerà nell’ambito del meccanismo di cooperazione tra gli Stati contraenti, previsto dal capitolo V della nuova Convenzione (v. *infra*).

Sarà l’apprezzamento dell’interesse superiore del minore da parte dell’autorità richiesta a governare la decisione sulla richiesta dell’esercizio della competenza. Questo interesse superiore richiede, quindi, un doppio esame, da parte sia dell’autorità inizialmente adita che dall’autorità richiesta. Ecco perché il par. 4 utilizza il verbo “peut” [“può”] e non “doit” [“deve”]. Se l’autorità richiesta non risponde all’invito entro un termine ragionevole, nel silenzio del testo, sarà l’autorità inizialmente adita a trarne le conclusioni appropriate e ad esercitare pienamente la propria competenza.

L’interesse superiore del minore deve essere valutato in concreto, “in un caso particolare”, come richiede il testo, ovvero sia nel momento in cui vi è una determinata esigenza di protezione. La norma non dovrebbe, quindi, essere intesa nel senso di istituire un trasferimento definitivo di competenza in capo all’autorità richiesta. Il trasferimento è limitato a ciò che risulti necessario “nel caso particolare” da cui è sfociata la richiesta. Nulla, invero, permette di affermare a priori che, in base alle future circostanze, l’autorità competente ai sensi degli artt. 5 o 6, non possa essere la meglio collocata per decidere nel superiore interesse del minore.

Articolo 9 (competenza rivendicata dal foro appropriato)

57. L’art. 9 consente alle autorità degli Stati indicati nell’art. 8, par. 2, vale a dire quelle a cui le autorità competenti, in virtù degli artt. 5 o 6, possono richiedere l’esercizio della competenza per la protezione, di prendere, esse stesse, l’iniziativa per richiedere che tale competenza sia loro accordata.

La procedura prevista è esattamente simmetrica rispetto a quella prevista dall’art. 8. L’autorità richiedente, che può essere stata adita da una parte, dovrebbe normalmente dichiararsi in-



competente, poiché la sua competenza non è prevista dagli artt. 5 o 6. Tuttavia, se essa ritiene, in quel caso particolare, di essere in grado di valutare meglio l'interesse superiore del minore, avrà, alla stregua dell'autorità normalmente competente, due possibilità: o richiedere all'autorità dello Stato di residenza abituale del minore, direttamente o con l'assistenza dell'Autorità centrale di tale Stato, l'autorizzazione ad esercitare la competenza ad adottare le misure ritenute necessarie, oppure sospendere il procedimento e invitare le parti ad adire, loro stesse, tale autorità.

58. A norma dell'art. 9, la richiesta di trasferimento della competenza deve essere rivolta alle autorità dello Stato di residenza abituale del minore, in ossequio al principio previsto all'art. 5 in materia di competenza. L'art. 9 non prevede che, nelle situazioni di cui all'art. 6, la richiesta debba essere diretta alle autorità dello Stato nel cui territorio il minore è presente. Questa asimmetria con l'art. 8 pare essere frutto di una svista. L'estensione dell'art. 8 alle situazioni previste dall'art. 6, oggetto di una proposta della delegazione tedesca (Work. Doc. 62), è stata trascurata nel corso dei dibattiti sull'art. 9. *Il relatore è del parere che l'art. 9 debba essere allineato all'art. 8.* Se le autorità dello Stato di cittadinanza del minore possono richiedere a quelle dello Stato di residenza abituale di essere autorizzate ad esercitare la competenza in materia di protezione, tanto più devono essere in grado di fare la stessa richiesta alle autorità dello Stato in cui, a seguito di gravi disordini nello Stato di residenza abituale del minore, quest'ultimo è stato temporaneamente trasferito. Gli sviluppi seguenti, che si riferiscono, in base al dettato convenzionale, allo Stato di residenza abituale del minore, devono essere letti in armonia con questa osservazione.

59. Il testo è stato redatto presupponendo che le autorità dello Stato di residenza abituale del minore non siano state adite, e nemmeno siano state informate della necessità di protezione del minore in questione. Nulla impedisce, tuttavia, che la procedura prevista dall'art. 9 sia attivata anche in un caso in cui l'autorità competente dello Stato di residenza abituale del minore sia già stata adita. Tale autorità potrebbe aver già ricorso, o potrebbe ancora ricorrere, alla procedura dell'art. 8.

A seguito di una richiesta ai sensi dell'art. 9, essa disporrà di informazioni aggiuntive, e dovrebbe avere l'opportunità di pronunciarsi sulla competenza nell'interesse superiore del minore. I meccanismi classici di litispendenza non si applicano in questo caso, in quanto la competenza delle autorità di uno Stato diverso da quello di residenza abituale del minore è soggetta al consenso dell'autorità competente dello Stato di residenza abituale.

Alla stregua dell'art. 8, l'art. 9 prevede la possibilità di uno scambio di vedute tra le autorità coinvolte.



60. La situazione dovrebbe normalmente essere risolta, come nel caso dell'art. 8, con una decisione positiva o negativa dell'autorità richiesta. Ribaltando la soluzione adottata dalla Commissione speciale, la Commissione ha adottato la proposta americana di subordinare l'esercizio della competenza da parte dell'autorità richiedente all'esplicita condizione dell'accettazione, da parte dell'autorità dello Stato contraente di residenza abituale, di tale richiesta. In altri termini, il silenzio dell'autorità dello Stato contraente di residenza abituale vale come rifiuto della richiesta. L'autorità richiedente può solamente adottare le misure urgenti o provvisorie, previste dagli artt. 11 e 12, qualora soddisfi le condizioni di competenza previste da tali articoli. Questa nuova soluzione è pienamente giustificata dal timore che la soluzione opposta avrebbe potuto dar luogo a richieste concorrenti, provenienti da diversi Stati contraenti, originando, nel silenzio delle autorità di residenza abituale, delle misure incompatibili tra di loro.

Articolo 10 (foro del divorzio)

61. La Convenzione del 5 ottobre 1961 prevedeva la possibilità per uno Stato contraente di riservare la competenza delle sue autorità, chiamate a decidere su una domanda di divorzio, di separazione legale o di annullamento del matrimonio dei genitori del minore, al fine di adottare misure di protezione della persona o dei beni dello stesso (art. 15). Il ritiro di questa riserva dalla maggior parte degli Stati che l'avevano apposta³⁵ ha comportato che il giudice del divorzio non fosse più competente ad adottare le misure di protezione del minore, a meno che non coincidesse con uno dei fori previsti dalla Convenzione del 5 ottobre 1961. La Commissione speciale aveva accolto questa soluzione prevedendo solamente una competenza sussidiaria del giudice di divorzio ad adottare le misure di protezione del minore, nei limiti indicati dagli artt. 8 e 9 (v. *infra*). Alla Conferenza diplomatica, gli Stati membri dell'Unione europea, impegnati nei negoziati di una convenzione, nota come Convenzione "Bruxelles II", avente lo scopo di estendere la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 alla "materia matrimoniale", e che prevedeva, in particolare, che a determinate condizioni fosse attribuita la competenza al giudice del divorzio a decidere sull'esercizio dell'autorità parentale, temevano di creare eccessiva disparità su questo punto tra le due convenzioni in fase di elaborazione. Pertanto, essi hanno chiesto e ottenuto l'inclusione nella nuova Convenzione dell'Aja di un articolo che concede al giudice del divorzio la competenza ad adottare misure di protezione della persona e dei beni del minore. Questo è lo scopo dell'art. 10, al quale si aggiunge, nell'art. 52, la cosiddetta "clausola di disconnessione", che autorizza uno o più Stati contraenti a concludere accordi su questioni disciplinate dalla Convenzione, in

³⁵ Ad eccezione di Lussemburgo, Polonia e Turchia, che hanno mantenuto in vigore la riserva.



relazione ai minori residenti abitualmente in uno degli Stati parte di questi accordi separati (v. *infra*).

Paragrafo 1

62. Questo paragrafo prevede una competenza concorrente del foro del divorzio, della separazione legale o dell'annullamento del matrimonio³⁶, ad adottare, qualora vengano rispettate alcune condizioni indicate nei sub-parr. a) e b), delle misure di protezione della persona o dei beni del minore. Non si tratta di imporre questa competenza al foro del divorzio. Essa è semplicemente riconosciuta dalla Convenzione, qualora sia già prevista dal diritto nazionale dello Stato in cui si chiede il divorzio. Tale competenza si estende, se la legge di detto Stato lo prevede, a tutte le misure di protezione della persona e dei beni del minore, e non solo alle misure relative all'esercizio della responsabilità genitoriale.

63. 1) Questa competenza è concorrente e non esclusiva. Gli Stati membri dell'Unione europea avrebbero preferito una competenza esclusiva, con il vantaggio di evitare proprio la concorrenza delle autorità di diversi Stati contraenti e, quindi, di realizzare meglio l'obiettivo della nuova Convenzione. Ma molte altre delegazioni, specialmente provenienti dagli Stati di *common law*, si sono opposte ad una soluzione che avrebbe privato di competenza sulla protezione le autorità dello Stato di residenza abituale del minore, per il lungo periodo in cui il procedimento di divorzio potrebbe essere pendente.

Il compromesso è stato raggiunto con la previsione di una competenza concorrente, come indicano le parole di apertura dell'articolo: "senza pregiudizio degli artt. da 5 a 9". La competenza del giudice del divorzio non esclude quella delle autorità dello Stato di residenza abituale attuale (art. 5) o precedente (art. 7) o della mera presenza del minore, nelle situazioni previste dall'art. 6. Inoltre, tale competenza non esclude i meccanismi di trasferimento della competenza a norma degli artt. 8 e 9. Ad esempio, l'art. 10 non preclude che le autorità di residenza abituale trasferiscano la competenza sulla protezione del minore a quelle dello Stato di sua cittadinanza o che accettino la richiesta di trasferimento presentata da queste ultime.

La concorrenza di diverse autorità competenti ad adottare le misure di protezione dei minori crea un problema simile a quello della litispendenza. Poiché questo problema può sorgere anche in situazioni diverse dal divorzio, esso è oggetto di una disposizione generale della Convenzione, prevista dall'art. 13 (v. *infra*).

64. 2) La competenza del giudice del divorzio ad adottare misure di protezione del minore è garantita solo se tale foro presenta determinati legami di prossimità con il minore, sulla scorta di

³⁶ D'ora in poi, per comodità, verrà fatto riferimento solamente al foro del divorzio.



quanto previsto dai sub-paragrafi *a)* e *b)* del primo paragrafo, le cui condizioni sono cumulative. La prima condizione (sub-par. *a)*) è che almeno uno dei genitori del minore risieda abitualmente nel Paese in cui si chiede il divorzio. Questa residenza abituale deve sussistere sin dall'inizio del procedimento, ma non è richiesto che essa persista durante tutto il procedimento di divorzio. Questo sub-paragrafo richiede, inoltre, che uno dei genitori abbia la responsabilità genitoriale nei confronti del minore, ma non deve necessariamente trattarsi di colui che ha la residenza abituale nello Stato del divorzio. La Commissione ha ritenuto, dunque, che il foro del divorzio di due genitori privi di responsabilità genitoriale non avesse alcun titolo ad esercitare la protezione sul minore.

65. La seconda serie di condizioni (sub-par. *b)*) è che la competenza sulla protezione del foro del divorzio sia accettata da entrambi i genitori, essendo anche conforme all'interesse superiore del minore. Il testo non richiede l'accordo dei genitori sulle misure da adottare, ma solo sulla competenza. Inoltre, tale competenza deve anche essere accettata da ogni persona che eserciti la responsabilità genitoriale sul minore. In quanto il sub-par. *a)* richiede già che uno dei genitori abbia la responsabilità genitoriale, affinché la condizione del sub-par. *b)* acquisisca un significato, occorre immaginare una situazione in cui la responsabilità genitoriale sia condivisa tra uno dei genitori e un soggetto terzo. La conformità di questa competenza all'interesse superiore del minore è valutata autonomamente dal giudice che si deve pronunciare sulla domanda di divorzio. Qualora una o più di queste condizioni non siano soddisfatte, il foro del divorzio non è competente ad adottare le misure di protezione del minore, a meno che non benefici di un trasferimento di competenza in applicazione degli artt. 8 e 9. Pertanto, il foro dello Stato di cittadinanza comune dei genitori, che in molti Stati è competente a pronunciarsi sul divorzio e che, nella Convenzione del 5 ottobre 1961 era competente a titolo principale ad adottare le misure di protezione in quanto, salvo rare situazioni, era anche il foro della cittadinanza del minore, nella nuova Convenzione perde questa competenza principale se non soddisfa le condizioni previste nei sub-paragrafi *a)* e *b)* dell'art. 10, par. 1.

Paragrafo 2

66. Questo paragrafo stabilisce il limite temporale oltre il quale cessa la competenza del giudice del divorzio ad adottare le misure di protezione del minore. Tale competenza cessa nel momento in cui termina il procedimento di divorzio, sia quando esso è sfociato in una decisione definitiva sul divorzio, che ne accoglie o rigetta la domanda, sia quando esso risulta concluso per un'altra ragione, quale, ad esempio, la rinuncia al procedimento o l'estinzione dello stesso per inattività delle parti o anche la morte di una parte. È la legge processuale dello Stato, la cui autorità si deve pronunciare sul divorzio, ad indicare se il procedimento sia da considerarsi concluso o se la decisione sia divenuta definitiva.



Questa regola significa che, una volta che il processo è concluso e il divorzio è stato pronunciato, ad esempio, non sarà più possibile ritornare davanti al giudice del divorzio per ottenere una modifica delle misure di protezione dei minori, adottate nel corso della pendenza del procedimento di divorzio. Da quel momento in poi potrà decidere soltanto l'autorità competente a pronunciarsi a norma degli artt. 5-9 della Convenzione³⁷. Tuttavia, le misure adottate dal giudice del divorzio, mentre era ancora competente, continuano ad essere efficaci in base alle condizioni previste dall'art. 14 (v. *infra*).

Articoli 11 e 12 (competenza concorrente delle autorità dello Stato in cui si trovino il minore o i suoi beni)

67. Questi due articoli conferiscono alle autorità di ciascuno Stato contraente, sul cui territorio si trovano il minore o i beni ad esso appartenenti, una competenza limitata ma concorrente ad adottare le misure necessarie in una situazione di urgenza, o i provvedimenti provvisori ad efficacia territoriale limitata.

L'ambito di applicazione di questi due articoli rispetto ai minori coinvolti è più ampio di quello degli artt. 5-10, in quanto comprende tutti i minori presenti o aventi beni di proprietà in uno Stato contraente, anche se la loro residenza abituale si trovi in uno Stato non contraente. Questa circostanza ha reso necessaria, per ciascuno di questi due articoli, la previsione di una disposizione che tenesse in considerazione le decisioni prese dalle autorità di uno Stato non contraente.

Articolo 11 (foro competente nei casi di urgenza)

Paragrafo 1

68. Questo testo, quasi una riproduzione dell'art. 9, par. 1, della Convenzione del 1961, conferisce alle autorità di ciascuno Stato contraente, sul cui territorio si trovano il minore o i suoi beni, la competenza ad adottare, nei casi di urgenza, le misure di protezione necessarie.

Così come la Convenzione del 1961, la nuova Convenzione non definisce la nozione di urgenza³⁸. Si può affermare che esiste una situazione di urgenza, ai sensi dell'art. 11, qualora la situazione, se l'azione di rimedio venisse ricercata solamente attraverso i canali normali degli artt. 5-10, sia suscettibile di arrecare un pregiudizio irreparabile al minore. La situazione di urgenza giustifica, pertanto, una deroga alla regola normale e deve, dunque, essere intesa rigorosamente.

³⁷ Sui rischi di una rapida sostituzione delle misure adottate dal giudice del divorzio, v. *infra*, n. 43, sotto l'art. 5, par. 2.

³⁸ Una proposta in tal senso della delegazione israeliana (Work. Doc. n. 73) non ha ricevuto sostegno da nessuna altra delegazione.



La competenza individuata dall'art. 11, essendo una deroga al principio su cui si fonda la Convenzione, è una competenza concorrente con quella delle autorità dello Stato di residenza abituale del minore. La sua giustificazione è proprio l'esistenza di un caso di urgenza. Se tale competenza non fosse stata prevista, i ritardi derivanti dall'obbligo di proporre l'istanza davanti alle autorità dello Stato di residenza abituale del minore avrebbero potuto compromettere la protezione o gli interessi del minore. Questa competenza concorrente sarà esercitata, ad esempio, qualora sia necessario assicurare la rappresentanza di un minore, lontano dalla sua residenza abituale, che deve subire un intervento chirurgico urgente, o qualora sia necessario vendere rapidamente i beni deperibili appartenenti al minore.

69. Gli Stati le cui autorità possono essere adite in via urgente sono quelli nel cui territorio si trovano il minore o i suoi beni. Per quanto riguarda l'autorità dello Stato della presenza del minore, presumibilmente si tratta di minori diversi dai rifugiati o dagli sfollati cui si applica l'art. 6, par. 1, o quelli senza una residenza abituale, cui si applica l'art. 6, par. 2. Per queste categorie di minori, infatti, in mancanza di uno Stato di residenza abituale individuato o accessibile, il foro della presenza del minore è competente in via generale. Qui, al contrario, il foro della presenza del minore ha una portata limitata alle situazioni di urgenza.

Le autorità dello Stato nel cui territorio si trovano i beni del minore hanno, in caso di urgenza, una competenza che va oltre la protezione di tali beni. La Commissione speciale ha respinto una proposta della Slovacchia che avrebbe separato, in un certo senso, i due titoli di giurisdizione in materia d'urgenza e la questione non è stata più affrontata durante la sessione diplomatica. Non si può escludere, in effetti, che l'urgenza richieda la vendita in uno Stato dei beni del minore, al fine di assicurargli, nel paese in cui si trova, le risorse che gli sono immediatamente necessarie.

70. Su richiesta di una delegazione, la Commissione speciale, non smentita dalla Commissione, aveva espresso il parere, senza che ciò dovesse figurare nel testo, che il giudice del luogo in cui sono situati i beni del minore è competente nei casi d'urgenza, anche se il diritto di proprietà del minore sia oggetto di contestazione. Analogamente, la nozione di "beni" va intesa nel senso di includere un elemento del patrimonio del minore (*Vermögen* in tedesco), quale che sia il diritto del minore su tali beni, e anche se non si tratti di un diritto di proprietà *stricto sensu* (*Eigentum*).

La Commissione si è astenuta deliberatamente dal precisare quali misure potrebbero essere adottate in una situazione di urgenza, a norma dell'art. 11. Infatti, si tratta di una nozione funzionale, in quanto è l'urgenza ad indicare, in ogni situazione, le misure necessarie.



Paragrafo 2

71. La competenza basata sull'urgenza, anche se concorrente con quella delle autorità competenti in via generale in base alla Convenzione, deve restare subordinata rispetto a quella di queste ultime. L'art. 11, par. 2 prevede, con una formulazione simile a quella della Convenzione del 1961 e nello stesso modo limitata (con l'unica differenza del par. 1) ai casi in cui i minori siano abitualmente residenti in uno Stato contraente, che le misure adottate a norma del par. 1 "cessano di avere effetto non appena le autorità competenti ai sensi degli artt. 5-10 hanno adottato le misure imposte dalla situazione". In quel momento, la situazione è sotto il controllo delle autorità normalmente competenti e non vi è alcun bisogno di conservare tanto la competenza delle autorità dello Stato della presenza del minore quanto le misure adottate dalle stesse nelle circostanze d'urgenza.

72. Questa disposizione presuppone che le misure adottate dal giudice d'urgenza siano riconosciute in tutti gli Stati contraenti³⁹. Ad esempio, la decisione con cui il giudice dello Stato della presenza del minore priva il padre del diritto di determinare il luogo della residenza del minore, in base all'urgenza derivante dal rischio di subire abusi sessuali a cui il minore verrebbe altrimenti esposto, deve essere riconosciuta negli altri Stati contraenti, finché l'autorità normalmente competente a norma degli artt. 5-10⁴⁰ non abbia deciso sulla questione della responsabilità genitoriale⁴¹.

Il testo non ha voluto imporre all'autorità competente in caso di urgenza l'obbligo di informare le autorità dello Stato di residenza abituale del minore sulla misura adottata, per timore di rendere troppo gravoso il funzionamento della Convenzione e di fornire un pretesto per il rifiuto del riconoscimento di tale misura negli altri Stati contraenti, nel caso in cui tale informazione non venisse fornita.

Il corrispondente art. 9 della Convenzione del 1961 precisa che le misure adottate cessano di produrre effetti dopo l'intervento delle autorità normalmente competenti, ma facendo "salvi i loro effetti definitivi". La Convenzione non ha conservato questa dicitura vista l'ovvietà della stessa. Infatti, è evidente che non si può tornare indietro rispetto ad un intervento chirurgico o ad una vendita di beni già avvenuti.

Paragrafo 3

73. Questo paragrafo, che non corrisponde ad alcuna disposizione della Convenzione del 1961,

³⁹ Questa soluzione è riportata di seguito, nell'art. 23.

⁴⁰ Vale a dire, a seconda del caso, l'autorità dello Stato di residenza abituale del minore, che ha beneficiato di un trasferimento di competenza previsto dagli artt. 8 e 9, o il foro del divorzio.

⁴¹ Esempio adattato da quello fornito da Staudinger / Kropholler (1994), Considerazioni preliminari. 478 all'Art. 19 EGBGB e da BayObLG 23.9.1976, IPRspr 1976, n. 69.



disciplina, anch'esso, la questione della sopravvivenza delle misure adottate dal foro d'urgenza, ma nel caso in cui i minori coinvolti non siano abitualmente residenti in uno Stato contraente. Se le autorità dello Stato non contraente di residenza abituale del minore o, se del caso, di un altro Stato, riconosciute come competenti, abbiano adottato le misure richieste dalla situazione, non esiste alcuna ragione di conservare le misure adottate dal giudice d'urgenza.

La *ratio* di questo ragionamento è identica a quella della situazione prevista dal par. 2, ma la difficoltà specifica consiste nel fatto che l'autorità normalmente competente in questo caso è quella di uno Stato non contraente, al quale la Convenzione non può attribuire la competenza e le cui decisioni non sono necessariamente riconosciute negli Stati contraenti. Alcune delegazioni⁴² hanno proposto di prevedere nella Convenzione il riconoscimento automatico negli Stati contraenti delle misure adottate da uno Stato non contraente, la cui competenza fosse corrispondente ai requisiti di competenza previsti dagli artt. 5-10 della Convenzione. Questa idea molto innovativa di un obbligo internazionale di riconoscimento su basi non reciproche è contraria ai requisiti costituzionali di diversi Stati e non è stata accolta dalla Commissione. Il riconoscimento negli Stati contraenti delle misure adottate da uno Stato non contraente può dipendere solo dalla legislazione nazionale di ciascuno degli Stati contraenti coinvolti, sicché la cessazione degli effetti delle misure adottate dal foro d'urgenza non avverrà uniformemente e simultaneamente nei vari Stati contraenti. Per questa ragione il par. 3 prevede che le misure adottate dal giudice d'urgenza "cessano di avere effetto in ogni Stato contraente non appena vi sono riconosciute le misure imposte dalla situazione, adottate dalle autorità di un altro Stato"⁴³.

Articolo 12 (misure provvisorie ad efficacia territoriale limitata)

Paragrafo 1

74. Indipendentemente dai casi di urgenza, l'art. 12 conferisce alle autorità di ciascuno Stato contraente, sul cui territorio si trovino il minore o i beni ad esso appartenenti, anche una competenza concorrente "ad adottare misure di protezione della persona o dei beni del minore aventi un carattere provvisorio e un'efficacia territoriale ristretta a quello Stato"⁴⁴.

⁴² V. le proposte delle delegazioni statunitense (Work. Doc. n. 4) e svizzera (Work. Doc. n. 71), molto diverse tra loro.

⁴³ Un'evidente differenza di formulazione, tra il testo in lingua inglese e quello in lingua francese del par. 3, ha portato alcune delegazioni anglofone a ritenere che la misura di urgenza cessasse di avere effetto non appena la misura adottata in uno Stato non contraente venisse riconosciuta nello Stato contraente dove è stata adottata la misura d'urgenza. Invero, la lettera e lo spirito del testo indicano che la misura di urgenza, riconosciuta a norma dell'art. 23 in tutti gli Stati contraenti, cessa di produrre effetti in maniera autonoma in ciascuno degli Stati, non appena in ciascuno di questi ultimi (e non solo nello Stato la cui autorità ha adottato la misura d'urgenza) venga effettuato il riconoscimento delle misure adottate da uno Stato non contraente.

⁴⁴ Le osservazioni sopra riportate al n. 70 (sotto l'art. 11, par. 1) sul concetto di "beni" si applicano anche all'art. 12.



Questa disposizione nasce da una proposta della delegazione del Regno Unito, accettata dalla Commissione speciale e dettata dall'esigenza di garantire la protezione dei minori che si trovano in un paese straniero per un periodo di tempo limitato (ferie, brevi periodi di studio, lavori stagionali, ecc.). Senza che ci sia un'urgenza in senso stretto, potrebbe essere opportuno aiutare la famiglia che ospita il minore, forse troppo impegnata, collocando il minore per la durata del suo soggiorno in una casa famiglia o in un'altra famiglia, ma sotto la supervisione delle autorità sociali locali. Se una simile misura si dimostrasse opportuna, le autorità del luogo in cui si trova il minore sarebbero quelle più idonee ad adottarla. Nel corso della sessione diplomatica è stata discussa l'opportunità di mantenere questo articolo, in quanto alcune delegazioni temevano che potesse essere utilizzato, dalle autorità dello Stato in cui il minore è presente, al fine di adottare provvedimenti di natura provvisoria, ma che avrebbero potuto influire su questioni importanti, quale l'attribuzione dell'affidamento del minore, che verrebbe quindi accordato separatamente all'interno del territorio di tale Stato. Questo timore è stato considerato eccessivo, alla luce delle limitazioni previste nel testo, e il mantenimento del testo è stato deciso con una leggera maggioranza⁴⁵.

75. Una prima limitazione riguarda il caso di sottrazione illecita. L'eccezione dell'art. 7, menzionata all'inizio del paragrafo, rammenta che le autorità dello Stato in cui il minore è stato trasferito o in cui è stato trattenuto illecitamente, potrebbero solo adottare le misure urgenti, ma non quelle provvisorie che non soddisfino il requisito dell'urgenza (v. *infra*, art. 7, par. 3), fintanto che le autorità dello Stato in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del non-ritorno mantengano la propria competenza principale.

Una seconda limitazione deriva dalla natura provvisoria e dall'efficacia territorialmente limitata delle misure che possono essere adottate. Inoltre, e questa è una terza limitazione, queste misure non devono essere incompatibili con quelle già adottate dalle autorità competenti a norma degli artt. 5-10. Non vi è, pertanto, motivo di temere che le autorità competenti a norma dell'art. 12 possano organizzare nel territorio del loro Stato una forma di protezione separata dei minori, in quanto esse devono rispettare tutte le misure già adottate dalle autorità normalmente competenti. Questa limitazione differenzia l'art. 12 dall'art. 11. Solo nelle situazioni di urgenza, il foro della presenza del minore può ignorare le misure precedentemente adottate dalle autorità normalmente competenti.

Paragrafo 2

76. In termini molto simili a quelli dell'art. 11, par. 2, e nello stesso caso di un minore abitual-

⁴⁵ 13 voti contro 11 e 9 astensioni.



mente residente in uno Stato contraente, questo paragrafo prevede che le misure provvisorie cessino di avere effetto non appena le autorità competenti ai sensi degli artt. 5-10 “si sono pronunciate sulle misure imposte dalla situazione”. Quest’ultima locuzione differisce da quella utilizzata nell’art.11. Può essere che, dopo aver esaminato la situazione, le autorità normalmente competenti ritengano che non si debba adottare alcuna misura. In tal caso, le misure provvisorie, adottate a norma dell’art. 12, non hanno più ragion d’essere.

Paragrafo 3

77. Questo paragrafo corrisponde all’art. 11, par. 3, con la differenza che le misure provvisorie cessano di avere effetto non appena le misure adottate in uno Stato non contraente siano riconosciute nello Stato contraente che ha adottato le misure provvisorie. Non occorre quindi considerare il riconoscimento delle misure adottate in uno Stato non contraente in altri Stati contraenti, poiché le misure provvisorie hanno un’efficacia limitata al territorio dello Stato in cui sono state adottate.

Articolo 13 (conflitti di competenze concorrenti)

Paragrafo 1

78. Questo articolo, frutto della congiunta proposta delle delegazioni dell’Italia e della Germania⁴⁶, ha lo scopo di risolvere i conflitti che possono sorgere all’interno della Convenzione tra le competenze concorrenti. Il caso più emblematico è quello del divorzio. La competenza del giudice del divorzio ad adottare le misure di protezione del minore, prevista dall’art. 10, non esclude, come è già stato precisato, la competenza concorrente delle autorità dello Stato di residenza abituale del minore, o delle autorità di qualsiasi altro Stato cui sia stata trasferita la competenza da queste ultime. Occorre, dunque, evitare che pendano contemporaneamente richieste di misure davanti a questi diversi fori, e che sfocino in decisioni contraddittorie. Può accadere, anche se meno frequentemente, che conflitti dello stesso tipo sorgano tra le autorità competenti a norma degli artt. 5-10⁴⁷. Il testo non prende in considerazione i conflitti che potrebbero sorgere tra l’esercizio della normale competenza sulla protezione (art. 5 ad esempio) e l’esercizio della competenza d’urgenza (art. 11). La ragione sta nel fatto che, qualora esista veramente un’urgenza, l’autorità competente di cui all’art. 11 può, o addirittura deve, decidere sul provvedimento richiesto, anche se una richiesta simile sia già pendente dinanzi al foro normalmente competente.

⁴⁶ Work. Doc. n. 110.

⁴⁷ Ad esempio, nel caso di sottrazione illecita, tra le autorità dello Stato della precedente e dell’attuale residenza abituale del minore (art. 7).



79. L'art. 13 predispone una regola generale per i tipi di conflitti in esso previsti. Questa regola è formulata in termini simili a quelli utilizzati in materia di litispendenza. L'autorità competente a norma degli artt. 5-10 dovrebbe astenersi dal pronunciarsi sulla richiesta di misure, se le misure corrispondenti siano state richieste alle autorità di un altro Stato contraente, anch'esso competente a norma degli stessi artt. 5-10, e siano ancora in fase di esame. Ad esempio, se un procedimento di divorzio è pendente e al giudice del divorzio è stata sottoposta un'istanza circa l'affidamento del minore, l'autorità dello Stato di residenza abituale del minore, cui la stessa istanza venga presentata da uno dei genitori, dovrebbe astenersi dal pronunciarsi sulla medesima. Ma se, nella stessa situazione, l'autorità dello Stato di residenza abituale è chiamata ad adottare una misura di protezione dei beni del minore, tale autorità può prendere una decisione, dopo aver constatato che nessuna richiesta simile sia stata presentata al giudice del divorzio. Se l'autorità originariamente adita avesse già adottato la misura richiesta, non si tratterebbe più di una situazione di litispendenza, ma dell'efficacia in uno Stato contraente della misura adottata in un altro Stato contraente. Questa questione è trattata negli artt. 14 e 23 (v. *infra*).

Paragrafo 2

80. Un altro modo di porre fine al conflitto di competenza consiste nel trasferimento di competenza dall'autorità originariamente adita a quella successivamente adita. Ciò avverrà qualora la seconda autorità sia meglio collocata al fine di valutare l'interesse superiore del minore. L'art. 13, par. 2, indica in questo senso che il paragrafo precedente non si applica - pertanto l'autorità adita per ultima non deve astenersi dal decidere - nel caso in cui l'autorità originariamente adita ha rinunciato alla sua competenza. Questa eventualità rappresenta una soluzione più flessibile al conflitto, rispetto a quella consentita dalla tecnica della litispendenza. Quest'ultimo meccanismo opera sempre esclusivamente a favore dell'autorità adita per prima, mentre l'art. 13, par. 2, accorda preferenza alla sede più appropriata, anche se sia la seconda autorità adita.

Questa rinuncia ricorda il trasferimento di competenza a norma degli artt. 8 e 9, ma ne resta distinta. Gli artt. 8 e 9 prevedono, infatti, un trasferimento di competenza a delle autorità che non sono di per sé competenti, in base al dettato convenzionale, ad adottare le misure di protezione del minore. La loro base di competenza risiede esclusivamente in questo trasferimento. Al contrario, nella situazione prevista dall'art. 13, la seconda autorità adita è, in teoria, competente ai sensi degli artt. 5-10. La rinuncia, ponendo fine alla situazione di litispendenza, ripristina il potere di decidere sulla richiesta di misura, ma non attribuisce una competenza, che appartiene già a tali autorità. La summenzionata rinuncia può, quindi, derivare da una decisione unilaterale dell'autorità originariamente adita, senza dover seguire la procedura prevista agli artt. 8 e 9.



Articolo 14 (mantenimento in vigore delle misure nel caso di mutamento delle circostanze)

81. Questo testo riproduce in sostanza l'art. 5, par. 1, della Convenzione del 1961. Esso assicura il mantenimento in vigore delle misure adottate dall'autorità competente, anche se le basi della sua competenza siano successivamente venute meno, a seguito di un mutamento delle circostanze, fintanto che le autorità divenute competenti, a seguito di questo mutamento, non abbiano modificato, sostituito o revocato tali misure.

Questo mantenimento in vigore è necessario al fine di garantire una certa continuità nella protezione del minore. Ad esempio, se un tutore è stato nominato dalle autorità dello Stato di prima residenza abituale del minore, è necessario che il medesimo possa continuare ad esercitare le sue funzioni nel caso in cui il minore abbia spostato la propria residenza abituale in un altro Stato. Invero, secondo l'art. 5, par. 2, le autorità di questo nuovo Stato sono competenti, da quel momento in poi, ad adottare le misure di protezione del minore ma, fintanto che le medesime non siano intervenute, le misure adottate prima della modifica della residenza devono rimanere in vigore al fine di garantire la continuità della protezione.

Lo stesso ragionamento si applica nel caso in cui la legge dello Stato della nuova residenza abituale attribuisca *ex lege* la responsabilità genitoriale ad una persona diversa da quella alla quale essa è stata attribuita in forza di una misura di protezione, adottata dall'autorità competente dello Stato della precedente residenza abituale. La certezza del diritto richiede che sia una misura adottata nello Stato della nuova residenza abituale a dover far cessare le funzioni della persona designata dalla misura adottata prima del mutamento della residenza abituale. Il principio indicato dall'art. 23, par. 1 (v. *infra*), del riconoscimento automatico in tutti gli Stati contraenti delle misure adottate dalle autorità di uno di essi, non sarebbe sufficiente per conseguire tale risultato. L'art. 23 garantisce il riconoscimento delle misure in vigore, ma il problema risolto dall'art. 14 qui commentato è esattamente quello di capire se le misure restino in vigore dopo il mutamento delle circostanze⁴⁸.

L'art. 14 si applica solo alle misure adottate a norma degli artt. 5-10. Le sorti delle misure adottate a norma degli artt. 11 e 12 è disciplinato dalle disposizioni dei parr. 2 e 3 di ciascuno di questi articoli (v. *infra*).

82. Il "mutamento delle circostanze" contemplato riguarderà, nel caso degli artt. 5 e 6, rispettivamente, il cambiamento dello Stato di residenza abituale o solamente del luogo di residenza del minore. Le misure adottate rimarranno in vigore in conformità all'art. 14, ma le loro condizioni di applicazione saranno disciplinate, dal momento del mutamento, dalla legge dello Stato della

⁴⁸ In merito al rischio di rapidi cambiamenti di queste misure, v. *supra*, n. 43, ai sensi dell'art. 5, par. 2.



nuova residenza abituale, ai sensi dell'art. 15, par. 3 (v. *infra*). Nel caso dell'art. 7, il mutamento delle circostanze risulta dal testo stesso, laddove la competenza passa dalle autorità dello Stato in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del non ritorno a quelle dello Stato in cui ha acquisito una nuova residenza abituale. Nei casi degli artt. 8 e 9, il "mutamento delle circostanze" consisterà nel mutamento della cittadinanza del minore, della situazione dei suoi beni, o dello stretto legame su cui era fondata l'attribuzione di competenza all'autorità che ha adottato la misura. Infine, nel caso dell'art. 10, il mutamento delle circostanze deriva dalla conclusione del procedimento di divorzio (art. 10, par. 2).

83. Il mantenimento in vigore delle misure adottate è assicurato solo "nei limiti loro propri". Tale precisazione tiene in considerazione il fatto che l'autorità competente dello Stato di residenza abituale può aver adottato delle misure applicabili solo per il periodo in cui il minore risiede in tale Stato. Ad esempio, quest'ultima può aver previsto che ogni cambio di residenza debba essere oggetto di una denuncia alle autorità pubbliche della nuova residenza. Tale obbligo non può avere effetti extraterritoriali e non sopravviverà al trasferimento della residenza abituale in un altro Stato. Allo stesso modo, se un minore è stato posto, dalla stessa autorità, sotto la sorveglianza di un organo amministrativo a tutela dei minori, è chiaro che questa misura non potrà sopravvivere a un cambiamento di residenza abituale del minore, in quanto l'organo amministrativo nazionale di protezione può esercitare i propri poteri solo nel territorio dello Stato cui appartiene.

Osservazioni finali

84. Le regole di competenza contenute nel Capitolo II, analizzate in precedenza, costituiscono un sistema completo e chiuso che si applica in blocco negli Stati contraenti, quando il minore risiede abitualmente nel territorio di uno di essi. In particolare, uno Stato contraente non è autorizzato ad esercitare la propria competenza su uno di questi minori se tale competenza non è prevista dalla Convenzione. La stessa soluzione prevale nelle situazioni indicate dall'art. 6, quando il minore risiede in uno Stato contraente. In altre situazioni, la mera presenza dello stesso dà luogo all'applicazione degli artt. 11 e 12, ma questi articoli non escludono la competenza più ampia che gli Stati contraenti possano conferire alle loro autorità in applicazione del loro diritto nazionale; però, in questo caso, gli altri Stati contraenti non hanno il vincolo di riconoscere questa competenza ampliata, che non rientra nel perimetro di applicazione della Convenzione. Lo stesso vale, ancor più, per i minori privi di residenza abituale in uno Stato contraente e che non vi sono nemmeno presenti. La Commissione ha respinto la richiesta di includere nel testo della Convenzione una proposta del Comitato redazionale⁴⁹ che, ispirandosi

⁴⁹ Art. 10 *bis* del Work. Doc. n. 124, ispirato da una proposta della delegazione olandese (Work. Doc. n. 50).



all'art. 4 delle Convenzioni di Bruxelles e Lugano, avrebbe previsto che quando il minore non avesse la sua residenza abituale in uno Stato contraente, la competenza di ciascuno Stato contraente sarebbe disciplinata dalla legge del medesimo Stato. Questa proposta è stata considerata come un'espressione corretta del capitolo II della Convenzione, ma non è stata inserita per timore che venisse interpretata, come il corrispondente testo delle Convenzioni di Bruxelles e Lugano, come un obbligo per gli altri Stati contraenti a riconoscere le misure adottate in applicazione delle regole di competenza nazionali – talvolta esorbitanti – degli Stati contraenti.

CAPITOLO III – Legge applicabile

85. Il presente capitolo raggruppa, a fini di chiarezza, l'insieme delle norme sui conflitti di leggi che, nella Convenzione del 1961, si trovavano disseminate fra le norme sui conflitti d'autorità. Tali norme riguardano, in successione, le misure di protezione, la responsabilità genitoriale *ex lege* e la protezione dei terzi. Sono completate da diverse disposizioni generali relative al carattere universale delle suddette disposizioni, al rinvio e ai conflitti tra sistemi di diritto internazionale privato, nonché all'eccezione di ordine pubblico.

Articolo 15 (legge applicabile alle misure di protezione)

Paragrafo 1

86. La nuova Convenzione mantiene il principio posto dalla Convenzione del 1961 secondo cui “nell'esercizio della competenza loro attribuita dalle disposizioni del capitolo II, le autorità degli Stati contraenti applicano la propria legge”⁵⁰.

L'argomento principale che si può far valere a sostegno di tale regola è che essa facilita il compito dell'autorità competente, che sarà così chiamata ad applicare il diritto che conosce meglio. Inoltre, poiché la competenza viene di norma attribuita all'autorità più vicina al minore (autorità dello Stato di residenza abituale nei casi degli artt. 5-7, foro più adatto nel caso degli artt. 8 e 9, foro della presenza del minore o dei suoi beni per le misure urgenti o con effetti territoriali limitati nei casi di cui agli artt. 11 e 12), le misure saranno sostanzialmente eseguite nello Stato dell'autorità che le ha adottate. La loro attuazione sarà, dunque, più agevole se esse sono conformi alla legge di questo Stato. Esigere in ogni circostanza dall'autorità adita che questa applichi la legge dello Stato di abituale residenza del minore, com'era stato vanamente proposto in seno alla Commissione speciale, avrebbe complicato inutilmente la

⁵⁰ Il termine “legge” designa la legge interna dello Stato di cui trattasi (art. 21, par. 1), fatta salva la norma sui conflitti fra sistemi di cui all'art. 21, par. 2, v. *infra*.



protezione del minore. Infatti, nel caso, ad esempio, in cui detta legge richieda la costituzione di un *trust* di cui il minore sia il beneficiario, l'autorità competente incorrerebbe certamente in difficoltà di attuazione se la propria legge non conoscesse un tale istituto e se i beni del minore si trovassero sul territorio del proprio Stato.

87. La stessa proposta è stata rinnovata durante la sessione diplomatica, ma limitatamente al foro del divorzio (Work. Doc. n. 76), che non è, nel caso previsto all'art. 10, il foro dello Stato in cui il minore ha la propria residenza abituale. La proposta è stata ugualmente respinta da un'ampia maggioranza in ragione delle prevedibili complicazioni che deriverebbero dalla sua applicazione, specialmente nel caso di minori aventi la propria residenza abituale in diversi Stati. La Commissione speciale, e poi la Commissione, hanno ugualmente respinto varie proposte (Work. Doc. n. 78) volte ad imporre all'autorità competente il rispetto di alcune norme materiali, menzionate nella Convenzione sui diritti del fanciullo, quali quelle che prevedono il consenso del bambino alle misure che lo riguardano o la presa in considerazione dell'ambiente sociale del bambino, nonché dell'origine etnica, culturale e religiosa dei suoi genitori. Essa ha preferito limitarsi a porvi una norma di conflitto. Quest'ultima ha, inoltre, considerato che questi elementi fossero integrati con altri nella nozione di interesse superiore del minore e che un accento particolare posto su di essi avrebbe potuto produrre malintesi.

88. L'applicazione alle misure di protezione della legge dell'autorità adita è generale e si applica quale che sia il titolo di giurisdizione di tale autorità. Il riequilibrio delle competenze a favore delle autorità dello Stato di abituale residenza del minore avrà per conseguenza un'applicazione della legge di questo Stato nettamente più frequente che nella Convenzione del 1961, la quale lascia un ambito molto ampio alle autorità nazionali e quindi alla legge nazionale del minore. Ciò tanto più perché la formulazione della norma ("autorità ... applicano") suggerisce che essa sia imperativa. Tuttavia, per compensare la relativa rigidità delle norme sulla competenza, la Convenzione ha conferito maggiore flessibilità alla determinazione della legge applicabile alla misura di protezione. Ciò emerge nel par. 2.

Paragrafo 2

89. Questo paragrafo costituisce una clausola d'eccezione fondata non sul principio di prossimità (collegamento più stretto), bensì sull'interesse superiore del minore. L'esempio più frequentemente citato è quello dell'autorizzazione richiesta alle autorità della residenza abituale per vendere un bene del minore situato all'estero. È certamente preferibile che l'autorità adita possa in tal caso applicare la *lex rei sitae* e accordare l'autorizzazione prevista da tale legge, anche se la legge dell'autorità adita non imponga in materia autorizzazione alcuna. Potrebbe anche essere opportuno applicare alla protezione di minori stranieri la loro



legge nazionale, se risulta che tali minori faranno a breve rientro nel loro paese d'origine. Per lo meno, sarà opportuno prendere in considerazione tale legge, come altresì previsto da questo secondo paragrafo, al fine di evitare l'adozione di una misura di protezione che non potrà ottenere esecuzione in quel paese. Tale clausola d'eccezione deve essere interpretata restrittivamente. In seno alla Commissione speciale fu sollevato il caso di un minore avente la propria residenza abituale nello Stato A, il quale deve però subire un intervento chirurgico nello Stato B, dove si trova un ospedale specializzato di elevata reputazione. L'ospedale richiesto domanderà un'autorizzazione prima di procedere all'intervento. Tale autorizzazione deve essere chiesta alle autorità dello Stato A, paese di abituale residenza del minore, perché, in mancanza d'urgenza, le autorità dello Stato B non sono competenti. Le autorità dello Stato A dovranno applicare la propria legge, conformemente all'art. 15, par. 1, e non sembra che il par. 2 dello stesso articolo debba permettere l'applicazione della legge dello Stato B, salvo che si tratti di norme di applicazione necessaria, cioè norme che si vogliano applicabili quale che sia la legge designata dalla norma di conflitto.

Paragrafo 3

90. Il trasferimento della residenza abituale del minore, che, come si è visto, determina un cambiamento delle autorità competenti ad adottare misure di protezione successivamente a tale trasferimento (art. 5, par. 2), ma che permette di conservare le misure già adottate (art. 14), incide tuttavia sulle condizioni di applicazione di tali misure. Così come la responsabilità genitoriale, risultante *ex lege* dalla legge della precedente residenza abituale del minore, permane dopo il trasferimento ma viene esercitata ora in conformità alla legge della nuova residenza abituale (art. 17, v. *infra*), allo stesso modo la misura adottata prima del trasferimento si conserva dopo questo, ma le sue "condizioni di applicazione" sono regolate, a partire dal momento del trasferimento, dalla legge dello Stato di nuova residenza abituale.

91. Sono stati sollevati dubbi circa la possibilità di distinguere l'esistenza della misura, adottata normalmente, salva l'ipotesi di cui al par. 2, secondo la legge della precedente residenza abituale, dalle sue condizioni di applicazione, disciplinate dalla legge dello Stato di nuova residenza abituale. Infatti, esiste il rischio di uno snaturamento o, almeno, di un indebolimento della misura, nel caso in cui la legge dello Stato di nuova residenza ne allevi notevolmente le condizioni di applicazione. Se, ad esempio, viene nominato un tutore per il minore nel paese della sua precedente residenza abituale, con l'obbligo di chiedere al giudice un'autorizzazione per compiere determinati atti, sembra, ai sensi del par. 3 dell'art. 15, che tale tutore abbia la capacità di compiere tali atti anche individualmente, se ciò gli sia consentito dalla legge dello Stato di nuova residenza. L'obbligo o meno di un'autorizzazione



è infatti una “condizione di applicazione” della misura ai sensi del par. 3. È stata ugualmente sollevata l'ipotesi di una misura di protezione destinata a durare fino a 18 anni nello Stato di precedente residenza abituale, ma che cesserebbe a 16 anni nello Stato di nuova residenza abituale (lo stesso nell'ipotesi inversa): la questione era se la durata della misura potesse essere correlata all'esistenza, o alle condizioni di applicazione della misura. È parso che nessuna formula generale permettesse di dar conto dell'estrema diversità delle situazioni e che tutti questi problemi potessero essere risolti solo caso per caso, attraverso l'adattamento, e, ove tale via dovesse rivelarsi impraticabile, per mezzo di nuove misure da adottarsi da parte delle autorità dello Stato di nuova residenza abituale.

92. La Commissione ha adottato una proposta degli Stati Uniti (Work. Doc. n. 4) che limita l'applicazione del par. 3 al caso in cui lo Stato di nuova residenza abituale sia un altro Stato contraente, nell'assunto che tale testo dovesse essere applicato solo dallo Stato di nuova residenza abituale e che non fosse opportuno imporre obblighi agli Stati non contraenti. Se, tuttavia, il minore ha trasferito la sua residenza abituale in uno Stato non contraente e la questione dell'applicazione delle misure è stata sollevata in uno Stato contraente, questo dovrà risolverla applicando il proprio sistema di diritto internazionale privato. Sarebbe ragionevole, per identità di motivi, applicare la stessa regola prevista per il caso di trasferimento della residenza abituale in uno Stato contraente.

Articoli da 16 a 18 (responsabilità genitoriale risultante dalla legge)

93. Questi articoli sono stati l'occasione per importanti discussioni e decisioni di principio di cui è necessario dar conto prima di intraprendere il commento paragrafo per paragrafo. Tali questioni di principio sono legate alle difficoltà di interpretazione e applicazione dell'art. 3 della Convenzione del 1961, ai sensi del quale “un rapporto d'autorità risultante di pieno diritto dalla legge interna dello Stato di cui il minore è cittadino è riconosciuto in tutti gli Stati contraenti”. Questo testo intendeva chiaramente riferirsi all'attribuzione dell'autorità genitoriale *ex lege*, senza l'intervento di alcuna autorità pubblica, giudiziaria o amministrativa che fosse. La giurisprudenza degli Stati contraenti era però divisa sulla questione se tale testo ponesse una norma di conflitto o semplicemente, come la lettera del testo potrebbe portare a credere, una norma sul riconoscimento. Stando alla prima interpretazione, il testo era applicabile (e, dunque, anche la legge nazionale del minore) per determinare, ad esempio, indipendentemente da qualsivoglia misura di protezione, se l'autorizzazione necessaria per adottare un tale atto per conto del minore dovesse essere data dal padre o dalla madre del minore, oppure dai due congiuntamente. Stando alla seconda interpretazione, il testo doveva applicarsi solo se una misura di protezione era ri-



chiesta all'autorità adita, che doveva allora verificare se, secondo la legge nazionale del minore, potesse dirsi sussistere un rapporto d'autorità di pieno diritto e, in caso di risposta affermativa, riconoscere tale rapporto ed esaminare come la misura richiesta potesse adattarsi. A questo punto, però, erano emerse altre divergenze. Secondo alcuni, l'esistenza del rapporto d'autorità impedirebbe assolutamente di intervenire alle autorità dello Stato di residenza abituale. Secondo altri, il rapporto d'autorità permetterebbe a tale Stato di esercitare la loro competenza solo nel caso in cui la legge nazionale del minore autorizzi l'adozione di misure di protezione. Secondo una terza opinione, infine, l'esistenza di tale rapporto d'autorità non impedirebbe in nessun modo alle autorità del paese di residenza abituale di adottare le misure che ritenessero necessarie⁵¹. Un'altra difficoltà di applicazione dell'art. 3 della Convenzione del 1961 derivava dal collegamento del rapporto d'autorità *ex lege* alla legge nazionale del minore. Oltre al rischio di *impasse*, già segnalato, in caso di doppia cittadinanza del minore, la diversità di criterio di collegamento per il rapporto d'autorità di pieno diritto e per la misura di protezione ha, talvolta, provocato situazioni apparentemente irrisolvibili. Da qui la tentazione di certi autori che, allo scopo di porre fine a tali difficoltà, hanno suggerito che la futura Convenzione si ripiegasse sulle sole misure di protezione e sopprimesse qualsivoglia disposizione sul rapporto *ex lege*⁵².

94. Di fronte a queste difficoltà, la Commissione, in armonia con la Commissione speciale, ha adottato delle decisioni di principio particolarmente importanti. Ha, innanzitutto, assunto una posizione favorevole al mantenimento, nella nuova Convenzione, di una disposizione sulla responsabilità genitoriale *ex lege*. Ha condiviso l'osservazione che una tale responsabilità è sufficiente a garantire, nella maggior parte delle situazioni, la protezione dei minori, soprattutto per quanto riguarda l'amministrazione dei loro beni. Sarebbe stato, perciò, deplorabile non disporre di una norma di conflitto uniforme sul punto. Inoltre, ogni autorità chiamata ad adottare una misura di protezione necessita di conoscere il quadro giuridico in cui tale misura andrà ad inserirsi.

95. In secondo luogo, la Commissione ha chiaramente optato per una norma di conflitto, preferendola ad una mera norma sul riconoscimento. Questa scelta allarga, dunque, l'ambito di applicazione dell'unificazione convenzionale. Offre, inoltre, agli Stati contraenti un vantaggio di semplificazione, evitando loro la difficile convivenza all'interno del loro ordinamento giuridico, di due diversi criteri di collegamento per la responsabilità genitoriale *ex lege*, uno di origine convenzionale per il riconoscimento di tale responsabilità quando sia prevista una misura di

⁵¹ Su tali opinioni, v. S. Boelck, *op. cit.*, nota 9.

⁵² V. Kropholler, articolo cit., *RabelsZ*, 1994.1, 6.



protezione, l'altro derivante dal loro diritto nazionale per la legge applicabile a tale responsabilità a prescindere da qualsivoglia misura di protezione.

96. In terzo luogo, la Commissione ha abbandonato l'assoggettamento alla legge nazionale in favore della legge di residenza abituale del minore. La legge applicabile alla misura di protezione sarà quindi più spesso coincidente con la legge applicabile al rapporto *ex lege*, e ciò costituisce un'apprezzabile semplificazione. Ma tale ultima scelta ha dato luogo ad una nuova difficoltà riguardante le sorti di tale rapporto *ex lege* in caso di cambiamento dello Stato di residenza abituale del minore. La Commissione ha cercato di conciliare la necessità di una continuità della protezione, che spingeva verso la sopravvivenza di tale rapporto dopo la modifica della residenza abituale, con le esigenze di certezza dei terzi e di rapidità, che militavano, al contrario, in favore della sostituzione immediata della legge della nuova residenza abituale a quella della precedente.

97. Sul piano formale, le disposizioni riguardanti la legge applicabile alla responsabilità genitoriale sono state ripartite, a fini di leggibilità, in tre articoli. L'art. 16 riguarda l'attribuzione e l'estinzione della responsabilità genitoriale, nonché il conflitto mobile determinato dal cambiamento della residenza abituale del minore; l'art. 17 è relativo all'esercizio della responsabilità genitoriale e l'art. 18 alla revoca o alla modifica delle condizioni di esercizio della responsabilità genitoriale.

Articolo 16 (attribuzione o estinzione della responsabilità genitoriale)

Paragrafo 1

98. Questo paragrafo prevede, in relazione alla responsabilità genitoriale, una norma di conflitto che designa la legge dello Stato di residenza abituale del minore. La formulazione accolta fornisce alcuni chiarimenti sullo scopo di questa norma di conflitto. Il testo non parla più di rapporto d'autorità, bensì di responsabilità genitoriale, conformemente alla nuova terminologia (v. *supra*, n. 14, *ad art.* 1, par. 2). Non si limita all'attribuzione di tale responsabilità, ma si estende altresì alla sua estinzione. Soprattutto, rispetto all'art. 3 della Convenzione del 1961, cerca di rendere più chiara l'espressione "risultante di pieno diritto dalla legge...", sostituendola con "senza l'intervento di un'autorità giudiziaria o amministrativa". La soglia che determina il passaggio della situazione considerata dall'ambito dell'art. 16 a quello degli art. 5 e ss. è precisamente l'intervento di un'autorità. Anche qui, si tratta unicamente dell'intervento attivo dell'autorità, vale a dire dell'intervento con cui essa prende effettivamente la decisione di attribuire o estinguere la responsabilità genitoriale. Durante la riunione della Commissione



speciale è stato sollevato il caso di alcuni sistemi normativi, in particolare nei paesi scandinavi, stando ai quali la responsabilità genitoriale congiunta dei genitori non coniugati, risultante *ex lege*, deve essere registrata o notificata a determinate autorità, ad esempio tributarie. L'autorità chiamata ad effettuare la registrazione o a ricevere la notifica non interviene per adottare nessun tipo di decisione, e tali situazioni rientrano quindi, indubbiamente, nell'art. 16.

99. Il testo indica che è la "legge" dello Stato di residenza abituale ad essere applicabile. Cosa si debba intendere con tale espressione è precisato dall'art. 21, relativo al rinvio e al conflitto fra sistemi di diritto internazionale privato (v. *infra*). Questa legge può essere tanto quella di uno Stato contraente quanto quella di uno Stato non contraente (v. *infra*, art. 20).

100. Per attribuire o dichiarare estinta la responsabilità genitoriale, la legge applicabile si basa generalmente su certi fatti, come il matrimonio, il riconoscimento o il decesso. Il progetto adottato dalla Commissione speciale precisava che la residenza abituale da prendere in considerazione per determinare la legge applicabile era quella del minore al momento dei fatti su cui si basava l'attribuzione o l'estinzione della responsabilità genitoriale. La sessione diplomatica ha eliminato questa precisazione temporale. Di conseguenza, spetta alla legge dello Stato di residenza abituale del minore decidere se prendere in considerazione o meno i fatti che si sono verificati prima che il minore avesse la residenza abituale in quello Stato.

101. Questa norma di conflitto convenzionale, che attribuisce alla legge dello Stato di residenza abituale del minore la competenza a disciplinare la responsabilità genitoriale, deve combinarsi con la norma di conflitto applicabile allo statuto personale in ciascuno Stato contraente (cfr. *supra*, n. 30 *ad* art. 4, *d*)).

La delimitazione delle categorie "responsabilità genitoriale" e "statuto personale" non dovrebbe porre gravi difficoltà, almeno in teoria. Se è certo, ad esempio, che la responsabilità genitoriale copre le questioni di rappresentanza del minore e non le questioni di capacità, si dovrebbe pur sempre constatare che, poiché la Convenzione si dichiara applicabile a tutti i minori di età inferiore ai 18 anni (art. 2, v. *supra*, n. 16), saranno le disposizioni della Convenzione ad applicarsi alla protezione di tali minori, anche qualora essi siano capaci ai sensi della legge applicabile al loro statuto personale. Nella pratica, le soluzioni non saranno sempre così agevoli, ma la Convenzione fornisce all'autorità competente i mezzi per trovarle. La delegazione olandese ha portato l'esempio di un bambino minore secondo la sua legge personale, ma capace, secondo la stessa legge, di porre in essere senza autorizzazione alcuni atti della vita civile. Si potrebbe esitare circa l'inclusione di una tale capacità parziale nella categoria "capacità", per la quale la Convenzione non prevede norme di conflitto, oppure nella categoria "protezione dei minori".



La risposta potrebbe essere che, se si tratta di valutare *ex post* la validità di un atto che il minore ha compiuto da solo, il problema torna ad essere quello di determinare se il minore avesse la capacità legale di porre in essere un tale atto, e l'autorità competente la deciderà applicando le proprie norme di diritto internazionale privato. Se, invece, un'autorizzazione per il compimento di tale atto sia stata richiesta all'autorità di uno Stato contraente, tale autorità determinerà, secondo la propria legge, se si debba adottare una tale misura di protezione, ma potrà a tal fine prendere in considerazione – come le consente di fare l'art. 15, par. 2 – la legge che disciplina, secondo le sue norme di diritto internazionale privato, la capacità legale del minore.

102. Il testo adottato non fornisce una soluzione alle questioni di statuto personale che si configurino come preliminari all'esistenza di una responsabilità genitoriale *ex lege*. Ad esempio, se la legge di residenza abituale, applicabile in forza dell'art. 16, par. 1, subordina l'attribuzione di pieno diritto della responsabilità genitoriale alla validità del riconoscimento del minore, non è irragionevole pensare che la questione della validità del riconoscimento debba essere apprezzata conformemente alla legge designata dalla norma di conflitto dello Stato di residenza abituale del minore, anziché dalla norma di conflitto del foro, anche se il testo non impone questa soluzione, avendo la Commissione preferito lasciare agli Stati contraenti il compito di risolvere il problema.

Paragrafo 2

103. Questo paragrafo estende la soluzione del primo paragrafo alla responsabilità genitoriale derivante da un accordo o atto unilaterale. L'"accordo" qui menzionato, al quale si riferisce anche l'ultima parte dell'art. 3, della Convenzione del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori⁵³, è ad esempio quello che i genitori potrebbero concludere fra loro sull'affidamento o sul diritto di visita. L'"atto unilaterale" può essere un testamento o una disposizione di ultima volontà, mediante la quale l'ultimo genitore del minore designa un tutore per il figlio. Se l'attribuzione o l'estinzione della responsabilità genitoriale per accordo o atto unilaterale deve formare oggetto di approvazione o riesame da parte di un'autorità giudiziaria o amministrativa, essa dev'essere qualificata come misura di protezione e dovrà quindi essere adottata dalle autorità la cui competenza è determinata dal capitolo II della Convenzione. Il par. 2 dell'art. 16 si rivela utile quando, secondo la legge dello Stato di residenza abituale del

⁵³ V. il rapporto su tale Convenzione di Elisa Pérez-Vera, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, p. 447, n. 70: "gli accordi di cui trattasi possono essere semplici accordi fra privati, aventi per oggetto l'affidamento dei figli". La Convenzione del 1980 fa riferimento ad accordi "in vigore secondo la legge di tale Stato", vale a dire, nel contesto di tale Convenzione, secondo la legge di residenza abituale del minore prima del suo trasferimento. Il testo in esame non menziona questa condizione di accordi che siano in vigore secondo il diritto dello Stato di residenza abituale del minore, ma ciò perché esso detta una norma di conflitto e non sul riconoscimento.



minore, tale atto o accordo entra in vigore “senza l'intervento di un'autorità giudiziaria o amministrativa”⁵⁴. Se il par. 2 non esistesse, un'attribuzione (o estinzione) risultante da tale atto o accordo sarebbe al di fuori dell'ambito di applicazione della Convenzione, poiché non si produrrebbe “di pieno diritto” ai sensi del par. 1. Il par. 2 si preoccupa, quindi, di assoggettare l'attribuzione della responsabilità genitoriale alla stessa legge cui è assoggettata l'attribuzione (o estinzione) di pieno diritto.

104. Il paragrafo 2 specifica che la data da prendere in considerazione al fine di determinare la residenza abituale è quella in cui l'atto o l'accordo ha effetto, che può essere posteriore a quella della conclusione dell'accordo o della stesura del testamento. Negli esempi presentati, questa data sarà, normalmente, per un accordo concluso in vista del divorzio, quella dell'effettiva data del divorzio e, per un testamento, quella della morte del testatore. Potrebbe sembrare sorprendente che il paragrafo 2 contenga un riferimento all'elemento temporale, quando tale riferimento è stato eliminato dal paragrafo 1. La differenza è giustificata dalla considerazione che, nel paragrafo 2, la responsabilità genitoriale è attribuita in vista di uno specifico atto situato nel tempo.

Paragrafi 3 e 4

105. Questi due paragrafi cercano di risolvere il delicato problema dell'effetto del trasferimento della residenza abituale del minore sulla responsabilità genitoriale attribuita *ex lege*. Costituiscono il risultato di un ravvicinamento fra due posizioni inizialmente nettamente divise, nessuna delle quali era in grado di cogliere tutti gli aspetti del problema.

La prima posizione era quella della mutabilità. Dal momento che la responsabilità genitoriale è collegata alla legge della residenza abituale, si affermava che fosse necessario ammettere che ad ogni cambiamento dello Stato di residenza abituale corrispondesse un cambiamento della legge applicabile all'attribuzione o all'estinzione di pieno diritto della responsabilità genitoriale. I vantaggi cui si richiamavano i proponenti di questa soluzione erano quelli della semplicità e della certezza. Semplicità per le autorità adite – normalmente quelle della nuova residenza abituale del minore –, che applicheranno la propria legge alla verifica dell'esistenza di una responsabilità genitoriale *ex lege*. Ancora, semplicità e sicurezza per i terzi che dovranno interagire con il rappresentante legale del minore, in quanto non dovranno cercare né lo Stato o gli Stati della o delle residenze abituali anteriori del minore, né il contenuto della legge di questi Stati. Semplicità, ancora, per la famiglia, nel caso in cui vi siano più minori.

⁵⁴ Come per il paragrafo primo, l'intervento puramente passivo di un'autorità che si limiti a registrare l'accordo o l'atto unilaterale, senza esercitare alcun controllo sostanziale, non dovrebbe essere considerato un intervento ai sensi di questo secondo paragrafo, che quindi si applica senza alcun dubbio a tale accordo o atto unilaterale.



L'applicazione sistematica della legge dello Stato di nuova residenza abituale ha il vantaggio di far disciplinare ad una stessa ed unica legge l'attribuzione della responsabilità genitoriale rispetto a tutti i minori, in tutti i casi in cui essi abbiano la loro residenza abituale in uno stesso Stato.

La seconda posizione era quella della continuità della protezione. La responsabilità attribuita di pieno diritto da parte della legge dello Stato di residenza abituale del minore permane, secondo quest'opinione, nonostante il trasferimento della residenza abituale del bambino. Il vantaggio è quello di evitare un'interruzione nella continuità della protezione nel caso, ad esempio, in cui la legge dello Stato di nuova residenza non attribuisca *ex lege* alcuna responsabilità genitoriale e subordini tale attribuzione all'intervento di una misura adottata da un'autorità pubblica. La tesi della continuità permetterebbe al titolare della responsabilità genitoriale secondo la legge della precedente residenza abituale, di continuare – nello Stato della nuova residenza abituale – a prendersi cura del minore e di rappresentarlo negli atti della vita civile, specialmente nei rapporti con le banche, senza le perdite di tempo e denaro che sarebbero causate da una nuova procedura di investitura davanti alle autorità di questo nuovo Stato.

106. La Commissione speciale, con l'aiuto di un contributo della delegazione italiana, era riuscita ad individuare le soluzioni più appropriate nei diversi casi suscettibili di venire ad esistenza, e il suo progetto è stato mantenuto nella sostanza dalla sessione diplomatica.

Nel caso in cui la legge della precedente residenza abituale non preveda alcuna responsabilità genitoriale *ex lege* e la legge della nuova residenza abituale la preveda, pare evidente che soltanto la seconda legge avrà vocazione ad applicarsi. La Commissione, ritenendo la soluzione manifesta, non ha reputato necessario formalizzarla per iscritto, ma essa risulta implicitamente dal primo paragrafo.

Nel caso in cui la legge della precedente residenza abituale contempli una responsabilità genitoriale *ex lege* e la legge della nuova residenza abituale non ne preveda alcuna, ad essere preminente è la considerazione della continuità della protezione, e il par. 3 dell'art. 16 indica che "la responsabilità genitoriale esistente secondo la legge dello Stato di residenza abituale del minore sussiste dopo il trasferimento di tale residenza abituale in un altro Stato".

107. La terza ipotesi è quella in cui entrambe le leggi prevedono una responsabilità genitoriale *ex lege*, ma sono in conflitto nell'individuazione del titolare o dei titolari di tale responsabilità. Il par. 3 dell'art. 16 si applica anche a questa situazione, in quanto lascia sussistere la responsabilità genitoriale individuata dalla legge del primo Stato, ma deve essere letto in combinato disposto con il par. 4. Quest'ultimo aggancia in qualche modo al treno del primo Stato il vagone supplementare del secondo Stato. Infatti, senza ritornare alla soluzione del par. 3, esso stabilisce essenzialmente che sarà la legge interna del secondo Stato a trovare applicazione,



qualora quest'ultima attribuisca di pieno diritto la responsabilità genitoriale ad una persona a cui la legge del primo Stato, applicabile ai sensi dei parr. 1 e 2, non l'aveva attribuita. Se, ad esempio, la legge del primo Stato attribuisce di pieno diritto la responsabilità genitoriale alla madre del figlio naturale, e la legge del secondo Stato assegna di pieno diritto questa responsabilità al padre e alla madre, o addirittura solo al padre, la legge del secondo Stato sarà applicabile in quanto aggiunge un titolare della responsabilità genitoriale a colui che già la esercitava in forza della legge del primo Stato. Nell'ipotesi inversa, se, ad esempio, la legge del primo Stato attribuiva la responsabilità genitoriale congiuntamente al padre e alla madre, mentre la legge del secondo Stato la attribuisce soltanto alla madre, la legge del secondo Stato non inciderà sui diritti del padre che, in virtù del par. 3, conserverà la responsabilità genitoriale che gli era stata attribuita dalla prima legge.

108. In un certo senso, il par. 4 contiene una norma di diritto materiale, imponendo la coesistenza dei presunti diversi titolari della responsabilità genitoriale in applicazione delle leggi della precedente, e poi della nuova, residenza abituale. Sarebbe stato concepibile, com'era stato proposto dalle delegazioni scandinave e da quella britannica (Work. Doc. n. 36), accontentarsi di una norma di conflitto, lasciando decidere alla legge dello Stato di nuova residenza abituale di una tale eventuale convivenza. Tale proposta, tuttavia, è stata respinta, sull'assunto dell'improbabilità che le leggi degli Stati contraenti contengano una norma dedicata ad una questione così specifica, che si pone solo per l'applicazione di questo articolo della Convenzione. Tale coesistenza di diversi titolari della responsabilità genitoriale, investiti sulla base di diverse leggi, funzionerà solo nel caso di un accordo tra queste persone. In caso di disaccordo, la controversia potrà essere risolta da un provvedimento che l'uno o l'altro titolare chiederà all'autorità competente dello Stato di nuova residenza abituale (cfr. art. 5, par. 2).

Articolo 17 (esercizio della responsabilità genitoriale)

109. Questo articolo introduce una distinzione analoga a quella adottata nel par. 3 dell'art. 15, tra l'attribuzione della responsabilità genitoriale, disciplinata dall'art. 16, e l'esercizio della responsabilità genitoriale, regolato dalla legge dello Stato di residenza attuale del minore. La distinzione assume evidentemente importanza in caso di trasferimento della residenza abituale del minore, poiché l'esercizio della responsabilità genitoriale risponde al principio della mutabilità. Così, il titolare della responsabilità genitoriale secondo la legge dello Stato della precedente residenza abituale conserva tale responsabilità, ma, a partire dal trasferimento della residenza abituale del minore, la esercita alle condizioni previste dalla legge dello Stato di nuova residenza abituale. Se, ad esempio, questa legge prevede che certi atti che, in base alla legge del primo Stato, potevano essere compiuti dal titolare della responsabilità genitoriale individualmente,



possono essere eseguiti soltanto previa richiesta di autorizzazione all'autorità competente, tale autorizzazione va inoltrata.

Articolo 18 (revoca o modifica della responsabilità genitoriale)

110. Questo articolo specifica che “la responsabilità genitoriale prevista all’art. 16 potrà essere revocata o le sue condizioni di esercizio modificate da misure adottate in applicazione della convenzione”. Questo testo mette fine al problema interpretativo già segnalato (v. *supra*) riguardante l’art. 3 della Convenzione del 1961. L’esistenza di una responsabilità genitoriale *ex lege* non può, dunque, più costituire un ostacolo alle misure di protezione che si rivelassero necessarie. La norma di cui all’articolo in commento può altresì essere utilizzata a seguito di un trasferimento della residenza abituale del minore, qualora le autorità competenti ritengano che l’applicazione cumulativa, alla responsabilità genitoriale *ex lege*, delle leggi delle residenze abituali successive, porti ad una paralisi della protezione del minore.

Articolo 19 (protezione dei terzi)

111. Dal momento che la Convenzione opta, in caso di trasferimento della residenza abituale del minore, per il principio della continuità della responsabilità genitoriale attribuita di pieno diritto dalla legge dello Stato della precedente residenza abituale, essa fa correre ai terzi che si trovino ad agire nello Stato di nuova residenza abituale, il rischio di commettere un errore sulla persona o sui poteri del legale rappresentante del minore. Entrando in buona fede in rapporti con la persona che, secondo la legge locale, avrebbe la qualità di legale rappresentante del minore, il terzo potrebbe ignorare che il rappresentante legale qualificato del minore sia la persona alla quale tale qualità è stata attribuita di pieno diritto dalla legge dello Stato di precedente residenza abituale, o che ne è stata regolarmente investita per mezzo di una misura adottata dalle autorità di un altro Stato operanti nell’ambito della loro competenza. L’art. 19, il cui spirito ricorda quello del celebre caso francese *Lizard*⁵⁵, nonché quello dell’art.11 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, consacra la teoria dell’apparenza, a beneficio del terzo in buona fede che sia entrato in rapporti “con un’altra persona che avrebbe la qualità di rappresentante legale [del minore] secondo la legge dello Stato in cui l’atto è stato concluso”. Il terzo è protetto “salvo il caso che [egli] sapesse o dovesse sapere che la responsabilità genitoriale era regolata dalla [legge designata dalle disposizioni del presente capitolo]”. Trattasi, dunque, di una buona fede rafforzata da un dovere di diligenza richiesto al terzo.

⁵⁵ Cass. Req. 16 gen. 1861, D.P. 1861.I.193, S. 1861.I.305.



112. La protezione consiste nel fatto che “la validità [dell’] atto...non può essere contestata, né può essere invocata la responsabilità del terzo” per il solo motivo che l’atto sia stato concluso con la persona considerata erroneamente essere, nelle circostanze indicate, quale rappresentante legale del minore. Così, la banca che, detenendo fondi appartenenti al minore, li abbia consegnati al rappresentante apparente di quest’ultimo, non sarà tenuta a versarne nuovamente l’equivalente al rappresentante qualificato del minore. Allo stesso modo, il terzo potrà mantenere i beni del minore regolarmente acquisiti dal suo rappresentante apparente.

113. L’apparenza di responsabilità genitoriale dietro alla quale il terzo può trovare rifugio è quella risultante dalla “legge dello Stato in cui l’atto è stato concluso”. Il par. 2 chiarisce che la norma si applica solo “nel caso in cui l’atto sia stato stipulato fra persone presenti sul territorio di uno stesso Stato”. Infatti, al terzo è richiesta una maggiore diligenza nei casi di negoziazione a distanza con una persona che afferma di essere il legale rappresentante del minore.

114. La norma di cui all’art. 19 si applica quale che sia l’atto concluso tra il terzo e il rappresentante apparente del minore. La Commissione ha respinto le proposte (Work. Doc. nn. 81 e 141) volte ad escludere l’applicabilità dell’art. 19 per gli atti di diritto di famiglia, per quelli in materia di successioni o riguardanti diritti reali immobiliari. Tuttavia, nulla impedisce di ritenere che la diligenza richiesta al terzo per poter beneficiare dell’art. 19 debba essere proporzionale all’importanza dell’atto che sta concludendo, specialmente quando riguardi diritti di proprietà immobiliari.

Articolo 20 (carattere universale delle norme di conflitto)

115. Questo articolo è divenuto usuale nelle Convenzioni dell’Aja in materia di conflitti di leggi. Tuttavia, esso non si applica, come già indicato, nel caso previsto dall’art. 15, par. 3.

Articolo 21 (rinvio e conflitti di sistemi)

116. Il primo paragrafo di questo articolo, anch’esso usuale nelle Convenzioni dell’Aja in materia di conflitti di leggi, incorpora il principio dell’esclusione del rinvio. Il par. 2, la cui prima frase, a seguito di una proposta spagnola (Work. Doc. n. 82), riprende testualmente l’art. 4 della Convenzione dell’Aja del primo agosto 1989 sulla legge applicabile alle successioni a causa di morte, apporta un’eccezione all’esclusione del rinvio, nei casi in cui questa soluzione possa annichilire, senza significativi vantaggi, l’armonia che avrebbe potuto crearsi fra gli Stati non contraenti che presentano elementi di contatto con la situazione. Ad esempio, se il minore



risiede abitualmente in uno Stato non contraente che assoggetta la responsabilità genitoriale alla legge nazionale del minore e questa, supponiamo anch'essa legge di un altro Stato non contraente, accetta il rinvio, il riconoscimento della responsabilità genitoriale risultante dalla detta legge negli Stati contraenti comporterebbe, invero, soltanto benefici. È ciò che emerge dalla prima frase del par. 2.

Se la legge di tale altro Stato non contraente non accetta il rinvio, non v'è alcuna armonia preesistente fra Stati non contraenti da preservare e la seconda frase del par. 2 precisa, allora, che la legge applicabile sarà quella designata direttamente dall'art. 16, con l'esclusione del rinvio. È stato osservato, nel corso della discussione, che l'art. 21 ha omesso di occuparsi della situazione nella quale la legge di uno Stato non contraente, designata dalla Convenzione, rinvii alla legge di uno Stato contraente. Dal momento, però, che il par. 2 inizia con la parola "tuttavia", potrà derogarsi al principio dell'esclusione del rinvio nella sola specifica ipotesi menzionata in tale paragrafo.

Articolo 22 (ordine pubblico)

117. Questo articolo riproduce la consueta disposizione sull'eccezione di ordine pubblico contenuta nelle Convenzioni dell'Aja. Precisa, tuttavia, che l'intervento dell'ordine pubblico dovrà tener conto del superiore interesse del minore, che deve invero ispirare l'applicazione di tutti gli articoli della Convenzione.

118. Come già indicato (*supra*), questo capitolo colma una lacuna della Convenzione del 1961, che si accontentava di porre il principio del reciproco riconoscimento delle misure adottate negli Stati contraenti, ma rimandava l'esecuzione di tali misure al diritto interno dello Stato richiesto o alle convenzioni internazionali in vigore in tale Stato. Ispirandosi a più recenti convenzioni, in particolare alle Convenzioni di Bruxelles e di Lugano sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, la Convenzione distingue il riconoscimento (artt. 23-25), la dichiarazione di *exequatur* o la registrazione ai fini dell'esecuzione (artt. 26 e 27), ed infine l'esecuzione (art. 28).



CAPITOLO IV – Riconoscimento ed esecuzione

Articolo 23 (riconoscimento e motivi di rifiuto del riconoscimento)

Paragrafo 1

119. Questo paragrafo sancisce il principio del riconoscimento automatico, in ciascuno Stato contraente, delle misure adottate in un altro Stato contraente. In una Convenzione doppia, fondata sulla reciprocità, non è stato possibile spingersi oltre e prevedere, come avrebbero voluto alcune delegazioni⁵⁶, il riconoscimento automatico, a determinate condizioni, delle decisioni di Stati non contraenti.

Riconoscimento automatico significa che esso è ottenuto senza che sia necessario ricorrere ad alcuna procedura, a condizione che colui che si avvale della misura non ne richieda alcun atto di esecuzione. È la parte contro cui la misura è adottata, ad esempio nel corso di un procedimento, che deve invocare un motivo di non riconoscimento previsto al par. 2. La Convenzione non preclude, tuttavia, una procedura preventiva di accertamento positivo o negativo della riconoscibilità della misura (v. art. 24, *infra*).

120. Per essere riconosciuta, la misura deve naturalmente essere provata. Questa prova normalmente risulta da un documento scritto dell'autorità d'origine recante la decisione da essa adottata. Nei casi di urgenza, tuttavia, accade che la misura sia disposta telefonicamente o semplicemente annotata a mano nel fascicolo. Per scongiurare qualsivoglia deriva burocratica, la Convenzione ha evitato di subordinare il riconoscimento alla produzione di un documento scritto, datato e sottoscritto dall'autorità d'origine. Pertanto, un telefax, ad esempio, potrebbe fornire la prova della misura ai fini del suo riconoscimento.

Paragrafo 2

121. Il par. 2 elenca tassativamente i motivi di diniego del riconoscimento. Va notato che questo secondo paragrafo consente il rifiuto del riconoscimento, ma non lo impone.

Sub-paragrafo a)

122. Il riconoscimento può essere rifiutato se la misura è stata adottata da un'autorità la cui competenza non è basata su uno dei titoli previsti al capitolo II. La Convenzione non esclude il riconoscimento di misure di protezione adottate in uno Stato contraente in situazioni in cui la Convenzione non fosse applicabile, ma tale riconoscimento si situa al di fuori dell'ambito di applicazione della Convenzione, come risulta dal rifiuto della Commissione di adottare una di-

⁵⁶ V. le proposte contenute nei Work. Docs. nn. 71 e 86, respinte dalla Commissione.



sposizione ispirata all'art. 4 delle Convenzioni di Bruxelles e di Lugano⁵⁷. È in questo spirito che già la Commissione speciale aveva respinto una proposta olandese volta a riconoscere la competenza indiretta delle autorità dello Stato contraente di cittadinanza di un minore avente la propria residenza abituale in uno Stato non contraente. Il sub-par. a) implica che l'autorità richiesta abbia il potere di verificare la competenza indiretta dell'autorità d'origine. Tuttavia, essa è vincolata, in tale verifica, alle constatazioni di fatto sulle quali l'autorità d'origine ha fondato la propria competenza (art. 25, v. *infra*).

Sub-paragrafo b)

123. Il diniego di riconoscimento è possibile qualora, salvo i casi d'urgenza, la misura sia stata adottata senza aver dato al minore la possibilità di essere sentito, in violazione dei principi processuali fondamentali dello Stato richiesto. Questo motivo ostativo è direttamente ispirato all'art. 12, par. 2, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo. Esso non implica che il minore debba essere sentito in tutti i casi. È stato giustamente osservato che, per il minore, l'essere chiamato ad esprimere la propria opinione non sempre risponde al suo interesse, specialmente se entrambi i genitori siano d'accordo sulla misura da adottare. Solo qualora la mancata audizione del minore sia contraria ai principi processuali fondamentali dello Stato richiesto, essa potrà giustificare il diniego di riconoscimento. Tuttavia, non è necessario distinguere a questo proposito se la misura sia adottata nel contesto di una procedura giudiziaria o amministrativa. Si tratta di una clausola speciale d'ordine pubblico processuale. Tale clausola non si applica nei casi di urgenza, per i quali le esigenze d'ordine pubblico processuale devono essere intese in maniera più flessibile.

Sub-paragrafo c)

124. Questo sub-paragrafo racchiude un'altra manifestazione dell'ordine pubblico processuale, che sanziona la violazione dei diritti di difesa. Il riconoscimento può essere negato "su richiesta di ogni persona che sostenga che quella determinata misura lederebbe la sua responsabilità genitoriale, qualora la misura sia stata adottata, tranne il caso d'urgenza, senza aver dato alla suddetta persona la possibilità di essere sentita". Se, ad esempio, nel quadro dell'art. 18, l'autorità competente revoca la responsabilità genitoriale al suo titolare legale senza sentirlo, questi potrà invocare tale lesione della propria responsabilità genitoriale per opporsi al riconoscimento della misura.

Sub-paragrafo d)

125. Il testo prevede la manifesta contrarietà all'ordine pubblico dello Stato richiesto come

⁵⁷ V. *supra*, l'osservazione finale riguardante il capitolo II della Convenzione.



motivo di diniego del riconoscimento, ma aggiunge, al pari dell'art. 24 della Convenzione del 29 maggio 1993 sull'adozione, che l'ordine pubblico debba essere apprezzato tenendo conto dell'interesse superiore del minore.

Sub-paragrafo e)

126. Questo sub-paragrafo, la cui formulazione è vicina a quella dell'art. 27, par. 5, delle Convenzioni di Bruxelles e di Lugano⁵⁸, si occupa dell'ipotesi in cui la misura da riconoscere, adottata in uno Stato contraente, confligga con un'altra misura adottata successivamente nello Stato non contraente di residenza abituale del minore, per la quale ricorrono le condizioni necessarie al suo riconoscimento nello Stato richiesto. In questo caso, se le due misure sono incompatibili, sarà data preferenza alla seconda, adottata da un'autorità più vicina al minore e maggiormente in grado di apprezzare il suo superiore interesse.

La preferenza accordata alla misura adottata successivamente in uno Stato non contraente è limitata alle misure adottate nello Stato non contraente di abituale residenza del minore. Non si estende, ad esempio, alle misure adottate dalle autorità dello Stato di cittadinanza del minore, reputate, alla luce del concetto di prossimità, meno appropriate rispetto a quelle dello Stato di residenza abituale ad apprezzare l'interesse superiore del minore.

Questa limitazione ha come conseguenza l'impossibilità, per uno Stato contraente, di riconoscere la misura adottata in uno Stato non contraente diverso da quello di residenza abituale del minore, se essa è incompatibile con una misura adottata precedentemente in uno Stato contraente competente ai sensi del capitolo II⁵⁹. Ad una soluzione diversa si porrebbe se lo Stato contraente richiesto fosse vincolato, in forza di un trattato, a riconoscere la misura adottata dallo Stato non contraente. Il conflitto tra le misure si configurerebbe allora come un conflitto tra la presente Convenzione e il trattato che vincola lo Stato contraente richiesto e lo Stato non contraente d'origine. Un tale conflitto trova la sua soluzione nell'art. 52 (v. *infra*).

Sub-paragrafo f)

127. Quest'ultimo motivo di diniego del riconoscimento deriva da una proposta della delegazione olandese (Work. Doc. n. 89), che è anche all'origine dell'art. 33, al quale il sub-par. f) rinvia.

⁵⁸ Con la differenza che queste Convenzioni accordano preferenza alla decisione resa anteriormente in uno Stato non contraente che riunisca, nello Stato richiesto, le condizioni necessarie per il riconoscimento, poiché l'autorità di cosa giudicata conferita alla prima decisione preclude il riconoscimento di una decisione successiva con essa incompatibile. Al contrario, nella presente Convenzione, è la misura adottata successivamente nello Stato non contraente ad essere preferita perché, alla luce degli art. 11, par. 2, 12, par. 2, e 14, le misure adottate possono sempre essere modificate o sostituite dall'autorità dello Stato della attuale residenza abituale del minore.

⁵⁹ Per evitare situazioni irragionevoli, la nozione di incompatibilità dovrebbe essere valutata in modo flessibile quando un lungo lasso temporale separi le due misure in conflitto. Anche se formalmente contraddittorie, le due misure non saranno necessariamente incompatibili, se le circostanze sono cambiate.



L'art. 33 (v. *infra*) stabilisce una procedura obbligatoria di consultazione allorché l'autorità di uno Stato contraente stia valutando una misura di collocamento di un minore, in particolare tramite *kafala*, che debba aver luogo in un altro Stato contraente. L'art. 23, par. 2 f), evita di mettere lo Stato in cui deve aver luogo la misura di collocamento davanti al fatto compiuto, e lo autorizza a rifiutarne il riconoscimento qualora la procedura di consultazione non sia stata rispettata.

128. Questi motivi di diniego del riconoscimento sono i soli a poter essere invocati dallo Stato richiesto. In particolare, l'autorità richiesta non è autorizzata ad esercitare un controllo sulla legge applicata dall'autorità di origine, anche quando la misura sia stata adottata in considerazione di un rapporto di famiglia, parentela o matrimonio non riconosciuto nello Stato richiesto. Sull'esempio delle soluzioni accolte dalle Convenzioni del 2 ottobre 1973 sulle obbligazioni alimentari, il riconoscimento del mantenimento della misura riguarda unicamente la misura adottata, e non la questione preliminare di statuto personale che ne è alla base. Nello stesso spirito, nell'applicazione dell'art. 23, l'autorità che decide sul riconoscimento non può procedere ad alcun riesame nel merito della misura adottata (art. 27, v. *infra*).

Articolo 24 (azione preventiva di accertamento positivo o negativo della riconoscibilità di una misura di protezione)

129. Poiché il riconoscimento si produce automaticamente, una possibile contestazione sull'esistenza di un motivo di diniego del riconoscimento verrà decisa soltanto il giorno in cui la misura sarà invocata in uno Stato. Questa data potrebbe essere troppo tardiva e qualsiasi persona interessata potrebbe avere un legittimo interesse a sollevare, senza indugio, il dubbio sull'esistenza di un tale motivo ostativo. Così, una persona può avere interesse a far dichiarare in un dato Stato la riconoscibilità di una misura adottata in un altro Stato nel caso seguente: in uno Stato A, l'affidamento del minore è stato attribuito alla madre, con il divieto di fissare la residenza abituale del minore in un altro paese senza l'accordo formale del padre. Quest'ultimo è disposto ad acconsentire al trasferimento di residenza nello Stato B, ma non vuole che la madre ne approfitti per trasferire nuovamente tale residenza nello Stato C. È, pertanto, nel suo interesse assicurarsi immediatamente che lo Stato B riconoscerà la misura adottata nello Stato A e che non permetterà alla madre di spostare nuovamente la residenza del figlio, se non con l'accordo del padre. Per contro, un padre privato contro la sua volontà della responsabilità genitoriale attribuita alla madre del minore con una decisione adottata nello Stato A, può avere interesse a far dichiarare che tale misura non sarà riconosciuta nello Stato B, se vuole impedire alla madre di concludervi, per conto del minore, un atto che egli ritiene contrario agli interessi di quest'ultimo.



La giurisprudenza di taluni Stati contraenti, come la Francia, ha già ammesso la ricevibilità di un'azione preventiva di accertamento negativo della riconoscibilità di una sentenza straniera. L'art. 24 della Convenzione si spinge oltre e, per dare una soluzione soddisfacente ai casi sopra esposti, ammette che ogni parte interessata possa chiedere alle autorità competenti di uno Stato contraente di pronunciarsi sia sulla riconoscibilità sia sulla non riconoscibilità di una misura adottata in un altro Stato contraente. Il testo limita la ricevibilità dell'azione preventiva alla riconoscibilità o alla non riconoscibilità delle *misure*. Tale azione preventiva non è applicabile alla responsabilità genitoriale esistente *ex lege* in virtù della legge dello Stato di residenza abituale del minore (art. 16), perché essa presuppone, per funzionare, l'esistenza di una decisione.

130. La Convenzione rimette alla legge dello Stato richiesto il compito di definire la procedura per l'azione preventiva. Tale procedura non è necessariamente modellata su quella di *exequatur* e la Convenzione non impone, come fa per la dichiarazione di *exequatur*, una procedura "semplice e rapida" (art. 26, par. 2). Infatti, la procedura di *exequatur*, in una convenzione internazionale destinata ad assicurare una sorta di libera circolazione delle decisioni, deve essere rapida e spesso, nella sua prima fase, non avverrà in contraddittorio⁶⁰. Per contro, la procedura preventiva tende a stabilire immediatamente un dibattito sulla regolarità internazionale della misura e, in caso di azione di accertamento negativo dei requisiti del riconoscimento, paralizzarne la libera circolazione. Tale dibattito deve logicamente avvenire in contraddittorio, e ciò normalmente richiederà più tempo rispetto alla procedura accelerata di *exequatur*.

Articolo 25 (constatazioni di fatto sulla competenza)

131. Come già indicato a proposito dell'art. 23, par. 2 a) (v. *supra*), l'autorità dello Stato richiesto è vincolata alle constatazioni di fatto sulle quali l'autorità d'origine ha fondato la propria competenza. Se, ad esempio, l'autorità d'origine ha deciso in qualità di autorità dello Stato di residenza abituale del minore, l'autorità dello Stato richiesto non potrà riesaminare i fatti sui quali l'autorità d'origine ha fondato il suo accertamento della residenza abituale. Allo stesso modo, quando la competenza è fondata su di un apprezzamento preventivo dell'interesse superiore del minore⁶¹, tale apprezzamento vincola l'autorità dello Stato richiesto⁶². Si rinviene la stessa regola anche in altre convenzioni⁶³. In materia di protezione dei minori, alcuni delegati

⁶⁰ V. la procedura su istanza prevista dalle Convenzioni di Bruxelles e Lugano, art. 31 e ss.

⁶¹ V. gli artt. 8, par. 4, 9, par. 1, e 10, par. 1 b).

⁶² La Commissione ha respinto, perché scontata, una proposta della delegazione svizzera (Work. Doc. n. 91) che precisava espressamente questo punto.

⁶³ V. art. 9, *Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sul riconoscimento e l'esecuzione di decisioni relative alle obbligazioni alimentari*; art. 28, par. 2, *Convenzione di Bruxelles e di Lugano*.



hanno osservato che la regola rischiava di rivelarsi lettera morta, poiché l'autorità che adotta la misura, a differenza di un giudice che rende una decisione motivata, non si preoccupa, in genere, di indicare i fatti su cui ha fondato la propria competenza. Anche se questa osservazione può limitare la portata pratica della regola, essa non è sufficiente a condannarla in principio, tanto più che le misure per le quali si pone un problema di riconoscimento sono spesso adottate da un'autorità giudiziaria avvezza a motivare le proprie decisioni.

Articolo 26 (*exequatur*)

132. Questo articolo si occupa del caso in cui le misure adottate in uno Stato contraente, e che ivi sono esecutive, richiedano atti esecutivi in un altro Stato contraente. Se questo non è il caso, l'art. 23 – cioè il riconoscimento – è sufficiente per consentire alla misura di produrre i suoi effetti. Ad esempio, i poteri conferiti a un rappresentante legale da una misura adottata in uno Stato contraente consentiranno a tale rappresentante, se non sussistono motivi di diniego del riconoscimento, di concludere per conto del minore, in un altro Stato contraente, gli atti necessari per la protezione della sua persona o dei suoi beni. Se invece la misura richiede atti esecutivi, ad esempio una misura coercitiva per ottenere la consegna del minore, o la vendita forzata di un bene, la misura dovrà essere oggetto, nel secondo Stato, di una dichiarazione di *exequatur* o, conformemente alla procedura applicabile in alcuni Stati, di una registrazione ai fini dell'esecuzione.

L'art. 26, par. 1, ribadisce questa necessità e afferma che il procedimento sarà avviato nello Stato richiesto "su richiesta di ogni parte interessata, secondo la procedura stabilita dalla legge di tale Stato". Non bisogna attribuire al termine "richiesta" il senso procedurale specifico, che ha nella lingua giuridica francese, di atto introduttivo di un procedimento *inaudita altera parte*, indirizzato direttamente al giudice, poiché il testo, facendo riferimento alla procedura definita dalla legge dello Stato richiesto, non ha voluto assumere posizione, diversamente dalla Convenzione di Bruxelles, sulla procedura da adottare.

Il par. 2 si limita a prevedere che lo Stato richiesto applicherà "una procedura semplice e rapida", ma lo lascia totalmente libero quanto ai mezzi da adottare ed omette di fissare alcun termine. Trattasi di una *lex imperfecta*.

Il par. 3, come l'art. 34, par. 2, della Convenzione di Bruxelles, prevede che la dichiarazione di *exequatur* o di registrazione possa essere negata solo per uno dei motivi di cui all'art. 23, par. 2.

Articolo 27 (divieto di riesame nel merito)

133. Il divieto di riesame nel merito è una clausola di stile nelle convenzioni sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni. Essa riguarda tanto il riconoscimento, quanto l'*exequatur* o registrazione.



Articolo 28 (esecuzione)

134. Questo articolo stabilisce il principio secondo cui le misure adottate in uno Stato contraente e dichiarate esecutive in un altro Stato contraente “sono eseguite in quest’ultimo come se fossero state adottate dalle proprie autorità”. Trattasi, in un certo senso, di una naturalizzazione della misura nello Stato contraente in cui sarà eseguita.

La portata di questa disposizione, ad esempio, emerge nel caso dell’esecuzione di una decisione relativa a un minore che ha già una certa maturità e che si oppone all’esecuzione del provvedimento, come nell’ipotesi di un minore che rifiuti assolutamente di andare a vivere con il genitore designato come affidatario. La Commissione speciale ha scartato un testo che avrebbe autorizzato, in un tale caso, l’autorità richiesta a rifiutare l’esecuzione della misura. È emerso, invero, che il problema dell’opposizione del minore si ponesse nelle situazioni interne alle stesse condizioni di quelle che presentano elementi di internazionalità, e che fosse preferibile lasciare che l’autorità richiesta risolvesse la questione con tutti i margini di apprezzamento che le sono riconosciuti dalla propria legge interna per le situazioni interne. Se, ad esempio, il diritto interno dello Stato richiesto rende possibile in un caso simile la non esecuzione di una decisione giudiziaria o amministrativa, questa regola potrà applicarsi anche ad una decisione giudiziaria o amministrativa adottata in un altro Stato contraente.

135. La seconda frase dell’articolo, frutto di una proposta della delegazione canadese (Work. Doc. n. 77), rafforza questa soluzione, affermando che l’esecuzione avviene “conformemente alla legge dello Stato richiesto nei limiti che vi sono previsti, tenuto conto del superiore interesse del minore”.

Ad esempio, se l’autorità di residenza abituale del minore ha mantenuto quest’ultimo nella sua famiglia, ma lo ha posto sotto la sorveglianza delle autorità sociali locali e se, più tardi, la famiglia si è trasferita in un altro Stato contraente, l’esecuzione nel secondo Stato della decisione adottata nel primo sarà possibile solo se le autorità del secondo Stato sono autorizzate dal loro ordinamento a svolgere la missione di sorveglianza che gravava sulle autorità sociali del primo Stato. In caso contrario, le autorità del secondo Stato dovrebbero, se possibile a seguito di consultazione con le autorità del primo Stato, adattare la misura adottata o modificarla conformemente all’art. 5, par. 2.



CAPITOLO V – Cooperazione

136. La Convenzione del 1961 aveva percepito l'utilità di una qualche cooperazione tra le autorità dei vari Stati contraenti chiamati ad adottare misure volte a proteggere la persona o i beni dei minori. A tal fine, essa prevedeva vari casi in cui un'autorità, prima di prendere una decisione, era tenuta ad informare anticipatamente l'autorità normalmente competente (artt. 4 e 11, par. 1) o quella che aveva adottato misure ancora in vigore (art. 5, par. 2), o addirittura procedere ad uno scambio di vedute con essa (art. 10). Questa cooperazione, rudimentale a causa dell'assenza di una struttura organizzativa incaricata del suo funzionamento, ha funzionato scarsamente nella pratica.

La Commissione ha dovuto trarre insegnamento da questo fallimento. Ha percepito i potenziali benefici derivanti dall'istituzione in ciascuno Stato contraente, prevista in molte recenti convenzioni⁶⁴, di un'autorità centrale responsabile di tale cooperazione, ma ha anche avvertito il pericolo di un eccesso di burocrazia, il cui doppio effetto sarebbe quello di paralizzare la protezione del minore e, soprattutto, di scoraggiare gli Stati, che dovrebbero sopportarne il peso, dal ratificare la futura Convenzione. Quest'ultimo rischio era tanto più grave in quanto il numero di minori interessati dalla futura Convenzione era sproporzionato rispetto al numero di minori rientranti nell'ambito delle Convenzioni sulla sottrazione di minori o sulle adozioni internazionali.

137. La Commissione ha optato per l'istituzione, in ogni Stato contraente, di un'autorità centrale, che sarebbe, in qualche modo, un punto fisso suscettibile di essere contattato dalle autorità di altri Stati contraenti, volto a soddisfare le loro richieste, ma a cui non sarebbe in linea di principio imposto alcun obbligo di iniziativa, nonché alcun obbligo di informazione o di consultazione prima dell'adozione delle misure (artt. 29-32), tranne in un solo caso (art. 33). Parallelamente al ruolo riconosciuto all'autorità centrale, la Convenzione ha previsto, in maniera alquanto ampia, la possibilità di comunicazioni e richieste dirette di informazioni tra le autorità di diversi Stati contraenti chiamati ad adottare misure di protezione (artt. 34-37), e la possibilità di concludere accordi tra di loro per facilitare tale cooperazione (art. 39).

Il funzionamento della cooperazione prevista dalla Convenzione comporterà alcuni costi. L'art. 38, frutto di una proposta del Canada, basata sull'art. 26 della Convenzione del 25 ottobre

⁶⁴ Convenzioni: 15 novembre 1965 (notificazione degli atti); 18 marzo 1970 (assunzione delle prove); 25 ottobre 1980 (sottrazione di minori); 29 maggio 1993 (adozione). Questo meccanismo è stato copiato da altre istituzioni internazionali, in particolare dal Consiglio d'Europa, v. Convenzione 20 maggio 1980 (esecuzione delle decisioni in materia di affidamento). Cf. Droz, "Évolution du rôle des autorités administratives dans les Conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye", *Études offertes à Pierre Bellet*, Parigi, 1991, p. 129 e ss.



1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, prevede che ciascuna autorità centrale supporterà in linea di principio le proprie spese (v. *infra*, n. 152).

Articolo 29 (istituzione di un'autorità centrale)

138. Questo articolo impone agli Stati contraenti di designare un'autorità centrale incaricata di far fronte agli obblighi che le sono imposti dalla Convenzione e prevede la possibilità di nominare più autorità centrali per gli Stati a sistema non unificato. Esso è modellato sull'art. 6 "comune" alle due Convenzioni del 25 ottobre 1980 e del 29 maggio 1993. La proposta di consentire la creazione di più di un'autorità centrale negli Stati a sistema unificato non è stata accolta.

Articolo 30 (obbligo generale di cooperazione)

139. Le autorità centrali hanno una missione generale di cooperazione e di informazione. L'art. 30 è l'equivalente dell'art. 7 "comune" alle due Convenzioni sopra menzionate. Le informazioni da fornire su richiesta riguarderanno la legislazione in vigore e i servizi disponibili nello Stato interessato in materia di protezione dei minori. Alcuni delegati hanno espresso il timore che le autorità centrali venissero utilizzate come servizio di consultazione legislativa generale da parte delle autorità degli altri Stati, ma questo pericolo non pare essersi avverato nell'applicazione di altre convenzioni aventi la stessa disposizione.

Articolo 31 (comunicazioni, mediazione, localizzazione)

140. L'art. 31 è un testo piuttosto composito che elenca alcuni compiti che l'autorità centrale deve svolgere "o direttamente o tramite autorità pubbliche o altri organismi". Il testo, di proposito, non qualifica questi organismi. La Commissione speciale aveva, infatti, respinto una proposta del Servizio sociale internazionale che avrebbe limitato la possibilità di delega dell'autorità centrale agli "organismi professionali designati" e non ha ulteriormente accolto la proposta di limitare questa possibilità, come nella Convenzione del 1993 sull'adozione (art. 9), agli "organismi debitamente abilitati nel loro Stato". Se la condizione dell'abilitazione o della natura professionale dell'organismo o, più in generale, di un controllo formale, è comprensibile in materia di adozione, quando invece si tratta, in senso molto generale, di protezione dei minori, non è auspicabile privarsi in anticipo dei servizi di associazioni che hanno dimostrato la propria utilità nel loro campo, anche se non hanno chiesto l'abilitazione e anche se non rispondono ai criteri di professionalità. Naturalmente, il rigetto della proposta non vieta in alcun modo all'autorità centrale di ricorrere a organismi di una tale incontestabile competenza quale quella del Servizio sociale internazionale.



141. Il primo compito dell'autorità centrale in virtù del presente articolo è quello di "a) agevolare le comunicazioni e offrire l'assistenza di cui agli artt. 8 e 9 e al presente capitolo". La seconda parte della frase "e offrire l'assistenza" è stata inserita su richiesta del Servizio sociale internazionale, al fine di espandere il ruolo dell'autorità centrale nei casi in cui dispone di dati che potrebbe quindi trasmettere allo stesso tempo in cui procede ad "agevolare le comunicazioni". Il secondo compito è quello di "b) agevolare, con la mediazione, la conciliazione o qualsiasi altra modalità analoga, accordi amichevoli sulla protezione della persona o dei beni del minore, nelle situazioni in cui si applica la Convenzione". L'incoraggiamento alla risoluzione amichevole delle controversie riguardanti i minori è limitata dall'ultima frase della lettera b) alle situazioni internazionali, in modo da non interferire nella soluzione di situazioni interne a ciascuno Stato. Infine, l'art. 31 attribuisce all'autorità centrale il compito di adottare misure per "c) aiutare, su richiesta di un'autorità competente di un altro Stato contraente, a localizzare il minore quando sembra che questi sia presente sul territorio dello Stato richiesto e abbia bisogno di protezione". Questa disposizione, ispirata da un'iniziativa canadese detta "Progetto Ritorno Internazionale", che ha dato buoni risultati nel Nord America, dovrebbe rendere più agevole la localizzazione dei minori sottratti, fuggiti o, più in generale, in difficoltà.

Articolo 32 (richiesta di rapporto o di misure)

142. Questo articolo, inserito su richiesta della delegazione australiana (Work. Doc. n. 30), è in un certo senso una versione ridotta dell'art. 9. Esso si occupa del caso in cui un'autorità – sia essa centrale o altra autorità competente – di uno Stato col quale il minore ha uno stretto legame si preoccupi per le sorti di quel minore, che ha la sua residenza abituale o si trova in un altro Stato contraente, e invii all'autorità centrale di tale Stato una richiesta motivata, affinché le venga fornito un rapporto sulla situazione del minore o vengano adottate misure volte alla protezione della sua persona o dei suoi beni. L'art. 32 abilita l'autorità centrale richiesta a rispondere a questa domanda vuoi direttamente vuoi con il concorso di pubbliche autorità o di altri organismi, ma non lo impone.

Articolo 33 (collocamento transfrontaliero)

143. Questo articolo, già menzionato in relazione all'art. 23, par. 2 f), stabilisce l'unica procedura di consultazione obbligatoria prevista dalla Convenzione. Essa ha luogo quando l'autorità competente ai sensi degli artt. 5-10 prospetta il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite *kafala*, e detto collocamento deve avvenire all'estero in un altro Stato contraente. Tale consultazione conferisce un potere di controllo sulla decisione all'autorità dello Stato di accoglienza e consente di determinare in anticipo le



condizioni di soggiorno del minore nello Stato di accoglienza, in particolare per quanto riguarda le leggi in materia di immigrazione in vigore in tale Stato o la ripartizione dei costi derivanti dall'esecuzione della misura di collocamento⁶⁵. Il testo precisa che la consultazione avrà luogo con l'autorità centrale o un'altra autorità competente dello Stato di accoglienza, e che si manifesterà mediante comunicazione a tale autorità di un rapporto sulla situazione del minore e sui motivi della sua proposta di collocamento.

L'art. 33, par. 2, specifica che la misura di collocamento può essere adottata nello Stato richiedente solo a seguito della sua approvazione da parte dell'autorità centrale o di altra autorità competente dello Stato richiesto. La mancata osservanza di questa procedura preliminare di consultazione è sanzionata con il diniego di riconoscimento della misura di collocamento (art. 23, par. 2 f), v. *supra*).

Articolo 34 (comunicazione di informazioni concrete riguardanti un determinato minore)

Paragrafo 1

144. Questo testo consente all'autorità competente di uno Stato contraente, che stia considerando l'adozione di una misura di protezione, di chiedere ad ogni altra autorità di un altro Stato contraente, che possieda informazioni utili per la protezione del minore, di comunicargliele. Sebbene la lettera del testo non lo precisi espressamente, è chiaro che le autorità in questione sono unicamente le autorità pubbliche, le sole per le quali la Convenzione prevede la possibilità di adottare misure di protezione, e non associazioni o organizzazioni non governative.

Questa possibilità di richiedere informazioni si giustifica da sé, ma sono state adottate alcune precauzioni per evitare i pericoli di una raccolta incontrollata di informazioni. L'interesse superiore del minore deve nuovamente fungere da guida, tanto per l'autorità richiedente, quanto per l'autorità richiesta. Pertanto, è solo "se la situazione del minore lo richiede" che la richiesta di informazioni è autorizzata. Spetta all'autorità richiedente apprezzare tale condizione e, nella motivazione della sua richiesta di informazioni, dimostrare che essa sussiste. Nello stesso spirito, l'art. 37 vieta una tale richiesta là dove quest'ultima possa mettere in pericolo la persona o i beni del minore o costituire una grave minaccia per la libertà o la vita di un membro della sua famiglia. Lo stesso art. 37 prevede un divieto simmetrico per l'autorità richiesta di trasmettere le informazioni richieste se la trasmissione pone gli stessi rischi per il minore o per i membri della sua famiglia.

Anche se il testo non lo esprime formalmente, occorre ritenere che l'autorità richiesta non sia mai tenuta a fornire le informazioni richieste. Essa deve disporre di un proprio potere di valu-

⁶⁵ V. *infra*, art. 38.



tazione e la Commissione ha respinto una proposta (Work. Doc. n. 99) che prevedeva un obbligo di motivazione scritta per la decisione di rifiuto. È altresì possibile che il suo diritto interno non le consenta di dar seguito alla richiesta di informazioni, in particolare quando ciò determinerebbe una violazione delle norme interne sul segreto professionale.

Paragrafo 2

145. Il par. 1 conferisce a qualsiasi autorità competente di uno Stato contraente la possibilità di richiedere a ogni autorità di un altro Stato contraente le informazioni di cui ha bisogno. Questa flessibilità di funzionamento può essere vantaggiosa, ma può anche ostacolare il funzionamento della cooperazione desiderata se l'autorità richiesta non è in grado di identificare agevolmente l'autorità richiedente o di apprezzarne la legittimazione a rivolgere una tale domanda. Il par. 2, sulla base di una proposta della delegazione slovacca (Work. Doc. n. 14), prevede la possibilità per uno Stato contraente di dichiarare che le domande di cui al par. 1 potranno essere inoltrate solo dalla propria Autorità centrale.

Nei rapporti tra Stati parti alla Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965 relativa alla notificazione e alla comunicazione all'estero degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, l'invio delle richieste di cui al presente capitolo potrebbe seguire i canali previsti da tale Convenzione. La soluzione è pacifica, e la Commissione ha ritenuto che non fosse necessario ricordarlo con una espressa disposizione della presente Convenzione.

Articolo 35 (assistenza nell'attuazione delle misure, diritto di visita)

Paragrafo 1

146. Questo paragrafo prevede l'assistenza reciproca tra le autorità competenti degli Stati contraenti per l'attuazione delle misure di protezione. Tale assistenza sarà spesso necessaria, soprattutto in caso di trasferimento del minore o di collocamento del minore in un istituto appropriato, situato in uno Stato diverso da quello che ha adottato il provvedimento di collocamento.

In particolare, il testo menziona questa assistenza per assicurare l'effettivo esercizio di un diritto di visita già concesso, nonché il diritto di mantenere regolari contatti diretti. Per quanto riguarda il diritto di visita, questa cooperazione tra le autorità locali degli Stati contraenti viene in qualche modo ad integrare e rafforzare la cooperazione non sempre efficace prevista agli stessi fini tra le Autorità centrali degli Stati contraenti dall'art. 21 della Convenzione del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori. Per quanto riguarda i regolari contatti, il loro mantenimento è previsto dall'art. 10 della Convenzione sui diritti del fanciullo, che viene quindi così attuata dalla futura Convenzione.



Paragrafi 2-4 (assegnazione di un diritto di visita)

147. Questi paragrafi, la cui origine risale ad una proposta dell'Ufficio permanente presentata in Commissione speciale, rilanciata durante la sessione diplomatica con proposte delle delegazioni svizzera, statunitense e irlandese (Work. Docs. nn. 43, 96 e 100), riguardano l'assistenza in materia di assegnazione di un diritto di visita.

L'ipotesi prevista è quella di un genitore che chiede l'assegnazione di un diritto di visita, mentre risiede in uno Stato diverso da quello di residenza abituale del minore. Le autorità dello Stato di residenza di tale genitore non sono normalmente competenti, ai sensi degli artt. 5-10, a concedere il diritto di visita, ma esse sono quelle meglio in grado di raccogliere informazioni sull'idoneità di quel genitore ad esercitare il diritto di visita. Pertanto, il par. 2 consente a questo genitore di chiedere loro di raccogliere tali informazioni e di pronunciarsi sulla sua idoneità ad esercitare tale diritto, nonché sulle condizioni alle quali possa esercitarlo. Queste autorità non sono competenti a concedere il diritto di visita, ma possono in qualche modo fornire un certificato di idoneità al genitore richiedente, di cui l'autorità competente ai sensi degli artt. 5-10 dovrà tener conto prima di pronunciarsi sul diritto di visita.

148. L'autorità competente ai sensi degli artt. 5-10 può addirittura, a norma del par. 3, sospendere il procedimento fino al termine della procedura di cui al paragrafo precedente. Questa possibilità di sospensione del procedimento potrà risultare particolarmente utile in caso di cambiamento della residenza abituale del minore in un altro Stato e di richiesta di modifica⁶⁶ o di abolizione del diritto di visita presentata nello Stato della nuova residenza abituale. Tuttavia, questi meccanismi di consultazione devono rimanere facoltativi, in modo da non appesantire le procedure e renderle inutilmente onerose. A questo proposito, la Commissione ha rifiutato di imporre all'autorità dello Stato di nuova residenza abituale del minore, investita di una richiesta di modifica o di soppressione del diritto di visita, di sospendere il procedimento per consentire al genitore residente in un altro Stato di avviare la procedura di cui al par. 2.

149. Per evitare qualsiasi interruzione nella protezione del minore, il par. 4 prevede che l'autorità competente ai sensi degli artt. 5-10 potrà adottare misure provvisorie fino al completamento della procedura di cui al par. 2.

⁶⁶ Vi è, nel par. 3, una leggera discordanza tra le versioni inglese e francese. Mentre il testo francese parla di richiesta volta a "*modifier ou supprimer*" il diritto di visita, il testo inglese utilizza i verbi "*to restrict or terminate*". Il testo francese, più ampio, sembra meglio rispondere allo spirito della disposizione e all'intenzione dei suoi redattori.



Articolo 36 (minore in grave pericolo)

150. Questo articolo, introdotto su proposta della delegazione irlandese, fa riferimento al caso in cui le autorità competenti di uno Stato contraente, che hanno adottato o stanno per adottare una misura di protezione di un minore esposto ad un grave pericolo (ad esempio, una malattia che richiede un trattamento costante, droghe, cattiva influenza di una setta) siano informate del trasferimento di residenza o della presenza del minore in un altro Stato. Tali autorità sono, pertanto, obbligate ad informare le autorità di questo altro Stato di tale pericolo e delle misure adottate o in corso di valutazione. Su proposta della delegazione del Burkina Faso (Work. Doc. n. 83), tale obbligo di informazione è stato esteso al caso in cui il minore sia presente in uno Stato non contraente.

Questa disposizione, per funzionare, presuppone evidentemente che le autorità del primo Stato siano informate della presenza del minore nel secondo, e questo limita la sua portata pratica. Tuttavia, nulla impedisce alle autorità del primo Stato di ricorrere prima, in ogni caso quando il minore si trovi in un altro Stato contraente, alla domanda di localizzazione del minore sulla base dell'art. 31 c), e successivamente all'informazione prevista dall'art. 36.

Articolo 37 (informazioni suscettibili di mettere in pericolo il minore)

151. In varie occasioni, durante la discussione sugli articoli di questo capitolo che prevedono la richiesta o la trasmissione di informazioni relative al minore, in particolare gli artt. 32, 34 e 36, è stato osservato che tale richiesta o trasmissione potrebbe mettere in pericolo la persona o i beni del minore o costituire una grave minaccia alla libertà o alla vita di un membro della sua famiglia. L'art. 37 prende in considerazione tali osservazioni e impone all'autorità che ritiene esistente un tale rischio di non richiedere o trasmettere le informazioni.

Articolo 38 (spese)

152. Il funzionamento dei meccanismi di cooperazione ha un costo e l'art. 38⁶⁷ stabilisce la regola, già rinvenibile in forma leggermente diversa nella Convenzione del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (art. 26), secondo cui le autorità centrali e le altre autorità pubbliche degli Stati contraenti sostengono le proprie spese dovute all'applicazione del capitolo V. L'espressione "autorità pubbliche" designa le autorità amministrative degli Stati contraenti, e non quelle giudiziarie. Così, le spese legali e più in generale le spese del procedimento e, in particolare, degli avvocati non sono incluse in questo articolo.

⁶⁷ Frutto di una proposta della delegazione canadese (Work. Doc. n. 109, modificato da Work. Doc. n. 115).



Sono incluse, invece, ovviamente oltre alle spese fisse di funzionamento delle autorità, le spese di corrispondenza e trasmissione, di ricerca di informazioni varie e di localizzazione di un minore, di organizzazione della mediazione o di intese amichevoli, nonché i costi di attuazione delle misure adottate in un altro Stato, specialmente le misure di collocamento⁶⁸.

Tuttavia, il paragrafo riconosce alle autorità di uno Stato il diritto di “reclamare spese ragionevoli corrispondenti ai servizi forniti”, quali, ad esempio, il collocamento di un minore, la consegna di informazioni o certificati, l’assistenza al ritorno del minore. I termini impiegati suggeriscono che questa “pretesa” possa consistere in una richiesta di rimborso delle spese già sostenute o in una richiesta di fondi anche precedente alla prestazione del servizio, e che l’una o l’altra domanda dovrebbero essere formulate con una certa moderazione. Inoltre, il par. 2 prevede la possibilità per gli Stati contraenti di concludere tra loro accordi sulla ripartizione di tali spese.

Articolo 39 (accordi fra Stati contraenti)

153. Questo articolo, di cui si trova l’equivalente nell’art. 39, par. 2, della Convenzione dell’Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale, prevede la possibilità per gli Stati contraenti di concludere tra loro accordi volti ad agevolare l’applicazione del capitolo sulla cooperazione. Trattasi, nello spirito del testo, di accordi che rafforzano la cooperazione prevista in questo capitolo, rendendo ad esempio obbligatorie certe sue disposizioni.

⁶⁸ La Commissione ha respinto una proposta della delegazione belga (Wok. Doc. n. 116) di addebitare le spese delle misure di collocamento previste all’art. 3, e), a carico dello Stato che ha ordinato la misura e non dello Stato che la attua.



CAPITOLO VI – Disposizioni generali

Articolo 40 (certificato internazionale)

154. L'utilità della prassi del certificato internazionale attestante il titolare della responsabilità genitoriale e dei suoi poteri è stata sostenuta dall'Unione Internazionale del Notariato Latino che ha invocato il precedente della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sull'amministrazione internazionale delle successioni. Che si tratti della persona del minore o ancor più dei suoi beni, la prassi necessita di sicurezza. Un certificato avente valore probatorio e riconosciuto in tutti gli Stati contraenti eviterebbe costi e controversie.

La Commissione ha accolto questa idea, ma non ha voluto obbligare gli Stati contraenti che non lo volessero a rilasciare un tale certificato (par. 1). Il certificato di cui all'art. 40 ha, pertanto, carattere facoltativo. Lo Stato le cui autorità sono competenti a rilasciare il certificato è quello della residenza abituale del minore o lo Stato di origine di una misura di protezione. Spetta a ciascuno Stato che accetti il principio del certificato designare le autorità che saranno abilitate a rilasciarlo (par. 3). Queste autorità non saranno generalmente quelle che hanno adottato la misura. Potrà trattarsi di una persona fisica, ad esempio un notaio, o di un'istituzione.

Il certificato è rilasciato "al detentore della responsabilità genitoriale o ad ogni persona alla quale sia affidata la protezione della persona o dei beni del minore, su sua richiesta" (par. 1). Questa persona sarà, dunque, in grado di produrre il certificato quando voglia valersi di tale sua qualità con i terzi.

Il certificato indicherà chi è il titolare della responsabilità genitoriale, se questa derivi di pieno diritto dalla legge applicabile in forza dell'art. 16, o da una misura di protezione adottata da un'autorità competente ai sensi del capitolo II. Indicherà anche i poteri del titolare della responsabilità genitoriale. Se del caso, il certificato può indicare, in modo negativo, i poteri che detto titolare non possiede. Ad esempio, può indicare che il rappresentante legale di un minore che ha la sua residenza abituale negli Stati Uniti non ha il potere di amministrare i beni che il minore ha in uno Stato estero.

155. Secondo il par. 2 dell'art. 40, "la qualità e i poteri indicati nel certificato sono considerati validi, fino a prova contraria". Sarà, pertanto, possibile per ogni interessato contestare l'esattezza delle indicazioni figuranti nel certificato, ma in assenza di contestazioni, i terzi potranno trattare in sicurezza con la persona indicata nel certificato e nei limiti dei poteri che ivi sono menzionati.



Articolo 41 (protezione dei dati personali)

156. Questo articolo riproduce sostanzialmente la disposizione contenuta nell'art. 31 della Convenzione del 29 maggio 1993 sull'adozione⁶⁹. La protezione dei dati personali, soprattutto quando questi sono informatizzati, è anche un obiettivo generale comune agli Stati moderni. Come indicato in relazione all'art. 2 (*supra*), questa protezione deve continuare ad essere assicurata dopo che il minore abbia raggiunto l'età di 18 anni.

Articolo 42 (riservatezza delle informazioni)

157. Questo testo richiede alle autorità, alle quali sono state trasmesse le informazioni, di assicurarne la riservatezza conformemente alla legge del loro Stato. Questa disposizione è il risultato di un compromesso. Alcune delegazioni avrebbero voluto assicurare in questo modo protezione agli informatori, i quali sarebbero stati estremamente riservati se avessero dovuto rispondere per le informazioni fornite. Altre delegazioni hanno sostenuto, al contrario, che non si potessero adottare misure atte a privare uno dei genitori della propria responsabilità genitoriale e nemmeno del diritto di visita sulla base di informazioni contro le quali tale genitore non avrebbe potuto difendersi. Il compromesso è consistito nell'assoggettare il grado di tutela della riservatezza alla legge dello Stato dell'autorità destinataria delle informazioni.

Articolo 43 (esenzione dalla legalizzazione)

158. L'esenzione dall'obbligo di legalizzazione o da qualsiasi formalità analoga è previsto da altre convenzioni⁷⁰, ma non da quella del 29 maggio 1993 sull'adozione. Diverse proposte presentate alla sessione diplomatica, riferendosi alle numerose frodi in materia di atti di stato civile⁷¹, miravano alla pura e semplice soppressione di questo articolo, o almeno alla formulazione di eccezioni al principio di esenzione dalla legalizzazione. Tutte sono state respinte, il che non esclude la possibilità per l'autorità dinanzi alla quale sono prodotti dei documenti che le sembrano sospetti di chiedere informazioni su di essi.

L'esenzione dalla legalizzazione si estende a tutti i "documenti trasmessi o rilasciati in applicazione della Convenzione", ovverosia tutte le informazioni scritte fornite, alle decisioni giudiziarie e amministrative, nonché ai certificati rilasciati in conformità all'art. 40.

⁶⁹ V. su questo articolo il Rapporto di Parra-Aranguren, *Actes et documents de la Dix-septième session*, vol. II, p. 632.

⁷⁰ V. in particolare l'art. 23, Convenzione 25 ottobre 1980 (sottrazione di minori).

⁷¹ V. il Rapporto della Commissione internazionale dello stato civile (CIEC) redatto da Isabelle Guyon-Renard dal titolo "La fraude en matière d'état civil dans les Etats membres de la CIEC", *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1996, p. 541 e ss.



Articolo 44 (designazione delle autorità)

159. Questo articolo proviene da una proposta della delegazione britannica (Work. Doc. n. 2), volta ad agevolare il funzionamento degli articoli cui si riferisce, consentendo all'autorità richiedente di uno Stato contraente di sapere a quale autorità rivolgersi nello Stato richiesto, quando sia previsto un trasferimento di competenza verso un foro più adatto (artt. 8 e 9) o un collocamento all'estero (art. 33). Tuttavia, questa designazione è facoltativa per gli Stati contraenti, i quali, a causa della varietà e del gran numero di autorità che possono essere adite secondo le circostanze, spesso non sono in grado di fornire elenchi completi.

Articolo 45 (destinatari delle comunicazioni e dichiarazioni)

160. Questo testo indica a chi debbano essere comunicate le dichiarazioni degli Stati effettuate in applicazione della Convenzione. Esso mette in evidenza una ripartizione dei compiti tra l'Ufficio Permanente della Conferenza dell'Aja e il depositario della Convenzione.

Articoli da 46 a 49 (clausole federali)

161. Questi articoli contengono le cosiddette clausole federali concernenti l'applicazione della Convenzione negli Stati il cui sistema giuridico non è unificato. Queste clausole sono diventate usuali nelle Convenzioni dell'Aja da una trentina d'anni, ma si perfezionano di convenzione in convenzione e la loro formulazione deve adattarsi agli scopi di ciascuna convenzione. Come affermato nell'introduzione di questa relazione, un gruppo di lavoro specifico presieduto dalla delegata della Spagna, Alegría Borrás, è stato incaricato, durante la sessione diplomatica, di preparare dei progetti di articoli (Work. Doc. n. 111), che sono stati adottati quasi senza modifiche da parte della Commissione. L'art. 46 riguarda le situazioni che sollevano solo conflitti interni ad uno Stato contraente, gli artt. 47 e 48 prevedono l'applicazione della Convenzione agli ordinamenti plurilegislativi a base territoriale, mentre l'art. 49 fa lo stesso per gli ordinamenti plurilegislativi a base personale.

Articolo 46 (inapplicabilità della Convenzione ai conflitti interni)

162. La Convenzione è intesa a regolare i conflitti internazionali di autorità e di leggi in materia di protezione dei minori. Uno Stato contraente in cui coesistano più sistemi normativi in materia potrebbe, se lo desidera, applicare la Convenzione per la soluzione di tali conflitti, ma questo



articolo precisa che non è in alcun modo obbligato a farlo⁷². È opportuno precisare che i conflitti interni allo Stato contraente cui si riferisce questo articolo possono essere tanto conflitti interterritoriali, quanto conflitti interpersonali.

Articolo 47 (conflitti interterritoriali, regole generali)

163. Questo articolo, come il seguente, indica come applicare la Convenzione rispetto ad uno Stato che comprenda diverse unità territoriali in cui vengano applicati due o più sistemi giuridici o complessi di norme. Lo scopo di questo articolo è puramente tecnico. Si tratta di chiarire le modalità di applicazione della Convenzione negli Stati federali o semi-federali e in nessun modo di obbligare (come alcune delegazioni avevano potuto temere), ad esempio, uno Stato contraente A, che non riconosce la sovranità che lo Stato contraente B pretende di esercitare su una determinata entità territoriale, a riconoscere le decisioni che lo Stato B ha preso in tale entità territoriale. Si tratterebbe di un problema di diritto internazionale pubblico a cui la Convenzione è totalmente estranea.

164. L'art. 47 detta le regole generali che possono applicarsi ugualmente alle questioni di competenza delle autorità, diritto applicabile e riconoscimento delle misure di protezione, ma, per quanto riguarda la determinazione della legge applicabile, il suo ambito di applicazione è fortemente limitato dall'art. 48, che prevede regole speciali su questo punto.

L'idea generale sottesa all'art. 47, di cui si incontrano i precedenti in altre convenzioni⁷³, è, per gli Stati federali e semi-federali, quella di localizzare gli elementi spaziali di collegamento utilizzati dalla Convenzione nell'unità territoriale dei detti Stati in cui essi sono effettivamente ubicati. Questo è il caso della residenza abituale del minore, della sua presenza, della situazione dei suoi beni o, ancora, del legame stretto che il minore possa presentare con uno Stato, o con il luogo del suo trasferimento o trattenimento (numeri 1, 2, 3, 6 e 7). Allo stesso modo, il riferimento a un'autorità, a una legge o ad una procedura va riferito all'autorità abilitata, alla legge o alla procedura in vigore nell'unità territoriale interessata (numeri 8-10). La difficoltà principale riguarda il riferimento allo Stato di cui il minore possiede la cittadinanza (cfr. art. 8, par. 2 a)). L'art. 47, numero 4, afferma che tale riferimento riguarda "l'unità territoriale designata dalla legge di quello Stato o, in mancanza di norme pertinenti, l'unità territoriale con la quale il minore presenti il legame più stretto".

⁷² La stessa regola la si rinviene in diverse Convenzioni dell'Aja, in particolare Convenzione Intermediari 14 marzo 1978, art. 20; Convenzione Regimi matrimoniali 14 marzo 1978, art. 18; Convenzione Vendita 22 dicembre 1986, art. 20; Convenzione Sottrazione di minori 25 ottobre 1980, art. 33; Convenzione Successioni 1 agosto 1989, art. 21; Convenzione Adozione 29 maggio 1993, art. 38.

⁷³ V. Convenzione Sottrazione minori 25 ottobre 1980, art. 31; e soprattutto Convenzione Adozione 29 maggio 1993, art. 36.



Articolo 48 (conflitti interterritoriali, regole speciali sulla legge applicabile)

165. Un breve studio comparato delle recenti Convenzioni dell'Aja mostrerebbe che i più variegati sistemi sono stati utilizzati per determinare la legge dell'unità territoriale applicabile nel caso in cui la norma di conflitto della Convenzione designi la legge di un ordinamento plurilegislativo a base territoriale. Alcune Convenzioni procedono ad una designazione diretta dell'unità territoriale la cui legge troverà applicazione⁷⁴. Altre fanno riferimento, in via principale, alle norme di conflitto interne dello Stato interessato, e, in via subordinata, alla legge dell'unità territoriale con cui la situazione ha il legame più stretto⁷⁵ o alla legge di un'unità direttamente identificata⁷⁶. L'art. 48 della presente Convenzione adotta quest'ultimo sistema. L'unità territoriale la cui legge è applicabile è quella che viene identificata dalle norme vigenti nello Stato in questione, o, in mancanza, quella definita conformemente alle disposizioni dell'art. 47. Così, quando l'art. 16 designa la legge dello Stato di residenza abituale del minore per governare l'attribuzione della responsabilità genitoriale di pieno diritto e lo Stato si componga di più unità territoriali assoggettate a leggi diverse, bisognerà innanzitutto accertare se vi siano, nel diritto di tale Stato, delle norme che permettano di identificare l'unità territoriale la cui legge è applicabile, e, in mancanza di tali norme, si applicherà, ai sensi dell'art. 47, numero 1, la legge dell'unità territoriale nella quale il minore ha la propria residenza abituale.

Articolo 49 (conflitti interpersonali, legge applicabile)

166. A differenza degli artt. 47 e 48, l'art. 49 si occupa degli ordinamenti plurilegislativi a base personale, ovverosia di quegli Stati comprendenti due o più sistemi giuridici o complessi di norme applicabili a categorie diverse di persone. Tutte le Convenzioni dell'Aja che si occupano della determinazione della legge applicabile, là dove le norme di conflitto che essi formulano designino la legge di uno Stato di questo tipo, si rimettono alle norme sui conflitti di leggi interne presenti nell'ordinamento plurilegislativo. Alcune si fermano qui, senza fornire una soluzione per il caso in cui norme di tal genere non esistano nello Stato interessato⁷⁷. Altre colmano

⁷⁴ V. Convenzione Intermediari 14 marzo 1978, art. 19; Convenzione Regimi matrimoniali 14 marzo 1978, art. 17; Convenzione Matrimonio 14 marzo 1978, artt. 18 e 19; Convenzione Vendita 22 dicembre 1986, art. 19; Convenzione Sottrazione di minori 25 ottobre 1980, art. 31 b); Convenzione Trust 1 luglio 1985, art. 23; Convenzione Adozione 29 maggio 1993, art. 36 b).

⁷⁵ Convenzione Alimenti, legge applicabile 2 ottobre 1973, art. 16.

⁷⁶ V. Convenzione Regimi matrimoniali 14 marzo 1978, art. 16; Convenzione Successioni 1 agosto 1989, art. 19, par. 2.

⁷⁷ V. Convenzione Matrimonio 14 marzo 1978, art. 20; Convenzione Sottrazione internazionale di minori 25 ottobre 1980, art. 32; Convenzione Adozione 29 maggio 1993, art. 37.



tale lacuna e, in assenza di tali regole, si rimettono alla legge che presenta il collegamento più stretto⁷⁸. L'art. 49 della presente Convenzione adotta quest'ultimo sistema. In mancanza di norme in vigore nello Stato interessato volte ad identificare la legge applicabile, si applica la legge materiale del sottosistema normativo con cui il minore presenti il legame più stretto.

Articoli da 50 a 52 (conflitti di convenzioni)

167. Questi tre articoli hanno, come elemento in comune, il fatto di disciplinare la risoluzione di alcuni conflitti che possono nascere dalla coesistenza di questa Convenzione con altre convenzioni più datate e specificamente menzionate (artt. 50 e 51), oppure non identificate (art. 52).

Articolo 50 (primato della Convenzione sulla sottrazione di minori)

168. Il primato della Convenzione del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori sulla Convenzione del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori era già stato enunciato nell'art. 34 della Convenzione del 1980, ed è stato coerente estendere questo primato nei confronti della nuova Convenzione, chiamata a sostituire quella del 1961. Quando un minore è stato illecitamente trasferito, la priorità resta quella di assicurare il suo immediato ritorno e solo successivamente a tale ritorno si potranno avviare dibattiti sul merito delle misure di protezione. Le discussioni che hanno preceduto l'adozione dell'art. 7 (v. *supra*) hanno fatto emergere, fin dalle prime riunioni della Commissione speciale, l'accordo degli Stati rappresentati alla diciottesima sessione di mantenere il primato della Convenzione del 1980.

L'art. 50, frutto di una proposta della delegazione svizzera (Work. Doc. n. 104), lo esprime chiaramente. La seconda frase dell'art. 50 è volta, tuttavia, a lasciare che si applichi la presente Convenzione se in un caso particolare le sue disposizioni consentirebbero – meglio di quelle della Convenzione del 1980 – di assicurare il ritorno del minore o di organizzare un diritto di visita.

Questo articolo riguarda esclusivamente i rapporti fra gli Stati che saranno parti sia della nuova Convenzione, sia di quella del 1980. I rapporti tra gli Stati che sono parti della nuova Convenzione senza esserlo di quella del 1980, ma che lo sono di convenzioni con uno scopo simile, non sono contemplate da questa norma, ma solo dall'art. 52 (v. *infra*).

⁷⁸ Convenzione Alimenti, legge applicabile 2 ottobre 1973, art. 16; Convenzione Successioni 1 agosto 1989, art. 20; cfr Convenzione Regimi matrimoniali 14 marzo 1978, art. 19.



Articolo 51 (sostituzione delle Convenzioni del 1902 e del 1961)

169. Questo articolo, frutto di una proposta della delegazione svizzera (Work. Doc. n. 55), afferma, in termini semplici, la sostituzione, nei rapporti tra Stati contraenti, delle vecchie Convenzioni del 12 giugno 1902 e del 5 ottobre 1961 da parte della presente Convenzione⁷⁹, fermo restando che tale sostituzione non dovrà ostacolare il riconoscimento di misure precedentemente adottate secondo la Convenzione del 5 ottobre 1961. In altre parole, le misure adottate a norma dell'art. 4 della Convenzione del 5 ottobre 1961 da parte delle autorità dello Stato contraente di cui il minore aveva la cittadinanza, dovranno sempre essere considerate, nello Stato di residenza abituale del minore, come misure assunte da autorità competenti, anche se, nel frattempo, i due Stati coinvolti siano divenuti parti alla nuova Convenzione. Resta, tuttavia, il fatto che la transizione da una Convenzione all'altra darà luogo a difficoltà non risolte da questo testo, ma sulle quali un documento dell'Ufficio permanente (Work. Doc. n. 15) aveva opportunamente attirato l'attenzione⁸⁰. Se, ad esempio, la residenza abituale di un minore cambia dallo Stato A allo Stato B, entrambi, in precedenza, parti alla Convenzione del 1961, ma divenuti al momento del trasferimento parti della nuova Convenzione, quest'ultima dovrebbe logicamente applicarsi nei loro reciproci rapporti. Tuttavia, se il minore ha la nazionalità di uno Stato C, parte della Convenzione del 1961, ma non della nuova, la Convenzione del 1961 continuerà a vincolare lo Stato A e lo Stato B allo Stato C, che potrà, rivendicando la competenza delle sue autorità o il rispetto del rapporto d'autorità *ex lege* risultante dalla propria legge, bloccare l'applicazione della nuova Convenzione nei rapporti tra gli Stati A e B. L'unica via d'uscita potrebbe forse essere, per questi Stati, denunciare la Convenzione del 1961, risultato che l'art. 51 preferirebbe invece evitare, organizzando un periodo transitorio.

Articolo 52 (conflitti con altre convenzioni, clausola di disconnessione)

170. Questo articolo è il risultato di lunghe e difficili discussioni svoltesi durante la sessione diplomatica. La difficoltà derivava dal fatto che gli Stati membri dell'Unione europea, che sono anche membri della Conferenza dell'Aja, volevano, come è stato indicato *supra* in merito all'art. 10, che fosse data loro la possibilità di negoziare fra loro una convenzione che contenesse norme sulla competenza delle autorità e il riconoscimento delle decisioni in materia di protezione dei minori, in particolare nei casi di divorzio⁸¹. D'altra parte, però, gli altri Stati parti volevano

⁷⁹ V. per delle disposizioni analoghe, Convenzione Minori 5 ottobre 1961, art. 18; Convenzione Alimenti esecuzione, art. 29; Convenzione Alimenti legge applicabile 2 ottobre 1973, art. 18; Convenzione Vendita 22 dicembre 1986, art. 28.

⁸⁰ Queste difficoltà potranno protrarsi a lungo, poiché non si può escludere che nuovi Stati ratifichino la Convenzione del 1961. La Commissione non ha accolto l'idea di escludere la possibilità di nuove ratifiche.

⁸¹ Cfr. la negoziazione in corso della Convenzione detta Bruxelles II.



evitare che la libertà riconosciuta a taluni Stati contraenti di concludere tra loro e con Stati terzi una convenzione separata avesse l'effetto di indebolire la Convenzione dell'Aja e, in particolare, gli obblighi che gli Stati contraenti e parti della convenzione separata avessero contratto verso di loro in forza della Convenzione dell'Aja. Il testo infine adottato accoglie le domande degli Stati europei, mitigando allo stesso tempo i timori degli altri Stati membri della Conferenza.

Paragrafo 1

171. Questo paragrafo riguarda unicamente gli accordi anteriori. È conforme alle comuni clausole di compatibilità che si trovano in molte convenzioni, ad eccezione dell'ultima frase. La nuova Convenzione fa salva l'applicazione di accordi precedenti conclusi dagli Stati contraenti, a meno che gli Stati parti di tali accordi non abbiano dichiarato il contrario.

Paragrafo 2

172. Il par. 2 riguarda direttamente la Convenzione in corso di negoziazione tra gli Stati membri dell'Unione europea, ma è redatto in termini generali e può naturalmente essere di interesse per gli altri Stati parti alla nuova Convenzione che intendano concludere, per esempio, accordi regionali.

Gli accordi menzionati nel presente paragrafo sono quelli relativi a “minori abitualmente residenti in uno degli Stati parti di tali accordi”. Gli Stati europei hanno rivendicato la possibilità di concludere tra di loro un accordo riguardante, in particolare, la protezione dei minori, solo con riguardo a quei minori che hanno la propria residenza abituale nel territorio di uno di essi. La precisazione che figura nel testo significa che questi Stati hanno in ogni caso la possibilità di stipulare accordi separati rispetto a tali minori. Essa, però, non sembra poter essere interpretata come una limitazione del potere degli Stati contraenti di concludere accordi con paesi terzi. Non si dovrebbe ritenere che tale precisazione impedisca agli Stati contraenti di stipulare accordi con paesi terzi riguardanti, ad esempio, minori aventi la nazionalità degli Stati parti a questi accordi separati, indipendentemente dal luogo di residenza abituale di detti minori. Peraltro, il par. 3 non fa menzione di una tale limitazione.

Paragrafo 3

173. Questo paragrafo indica che gli accordi separati conclusi da uno o più Stati contraenti “non interferiscono con l'applicazione delle disposizioni della presente convenzione nell'ambito dei rapporti di tali Stati con gli altri Stati contraenti”. In altre parole, la libertà di concludere accordi separati è piena, ma gli Stati contraenti, parti a tali accordi separati, non possono in alcun caso utilizzare detti accordi come argomento per liberarsi dai propri obblighi nei confronti di altri Stati contraenti che non siano parti agli accordi separati.



174. Si deve riconoscere che una certa ambiguità – forse non del tutto involontaria – permane quanto ai rapporti tra i parr. 2 e 3 dell'art. 52. L'ambiguità deriva proprio dal fatto che il riferimento alla residenza abituale dei minori sul territorio di uno Stato parte dell'accordo separato figura solo al par. 2. Pertanto, sono possibili due interpretazioni del par. 3. La prima porterebbe a ritenere che le restrizioni contenute in questo paragrafo si riferiscono unicamente agli accordi in esso menzionati, vale a dire quelli che non sono limitati ai minori aventi la loro residenza abituale nel territorio di uno degli Stati parti a questi accordi. La seconda, che pare più corretta agli occhi del Relatore, e più conforme alla lettera del testo, porterebbe a ritenere il par. 3 applicabile a tutti gli accordi separati, anche a quelli limitati ai minori aventi la loro residenza abituale nel territorio degli Stati parti di questi accordi.

175. Fatta salva questa ambiguità, la portata del par. 3 può essere illustrata con alcuni esempi. Se, in virtù della Convenzione dell'Aja, esiste un titolo di competenza giurisdizionale a favore dell'autorità di uno Stato parte della suddetta Convenzione, ma non dell'accordo separato, gli Stati contraenti che sono anche parti all'accordo separato devono riconoscere che le misure adottate da tale autorità sulla base di questo titolo di giurisdizione sono state adottate da un'autorità competente, anche se l'accordo separato non preveda tale titolo di competenza. Viceversa, gli Stati contraenti che non sono parti all'accordo separato non saranno tenuti a riconoscere le misure adottate in altri Stati contraenti parti di tale accordo sulla base di un titolo di giurisdizione previsto dall'accordo separato, ma non dalla Convenzione dell'Aja. Inoltre, gli Stati contraenti parti dell'accordo separato devono rispettare gli obblighi di cooperazione imposti dalla Convenzione dell'Aja.

Paragrafo 4

176. Questo paragrafo assimila agli accordi separati le leggi uniformi che poggiano sull'esistenza fra gli Stati interessati di vincoli speciali. Questa disposizione è di particolare interesse per gli Stati scandinavi.

Articolo 53 (applicazione della Convenzione nel tempo)

177. Questo articolo stabilisce due regole di diritto transitorio riguardanti la competenza delle autorità e il riconoscimento delle misure. Dal primo paragrafo risulta logicamente che le norme sulla competenza giurisdizionale si applicheranno in uno Stato solo dall'entrata in vigore della Convenzione in tale Stato. Di conseguenza, le misure adottate in uno Stato contraente prima dell'entrata in vigore della Convenzione in tale Stato, in applicazione delle norme sulla competenza precedentemente in vigore, non saranno invalidate con l'entrata in vigore della Conven-



zione, anche se le autorità che le hanno adottate non sono più competenti secondo la Convenzione. La sorte dei procedimenti pendenti senza che una misura sia ancora stata adottata alla data di entrata in vigore della Convenzione è disciplinata dal diritto nazionale di ciascuno Stato contraente.

178. Il par. 2 limita l'applicazione nel tempo del capitolo IV (riconoscimento ed esecuzione) alle misure adottate dopo l'entrata in vigore della Convenzione sia nello Stato di origine delle misure, sia nello Stato richiesto. Naturalmente, lo Stato richiesto può sempre riconoscere le decisioni adottate in precedenza, ma ciò avverrà in virtù del suo diritto nazionale e non in base alla Convenzione.

179. L'art. 53 non detta un regime transitorio riguardante le norme sui conflitti di leggi della Convenzione. Tuttavia, la norma di conflitto prevista all'art. 15 (legge applicabile alle misure di protezione) seguirà la disposizione di diritto transitorio di cui al par. 1. Infatti, affinché la norma dell'art. 15 si applichi in uno Stato contraente, è necessario che le autorità di tale Stato siano competenti in base alla Convenzione, e ciò è stabilito, dal punto di vista del diritto transitorio, dal primo paragrafo dell'art. 53.

Per contro, vi è una lacuna assoluta circa il regime transitorio della norma di conflitto sulla legge applicabile alla responsabilità genitoriale *ex lege* (art. 16). Quando il problema si porrà in uno Stato contraente dopo l'entrata in vigore della Convenzione nei suoi confronti, le autorità di questo Stato applicheranno la norma di conflitto dell'art. 16, ma ciò non sarà sufficiente a risolvere tutti i problemi. La sostituzione di una norma di conflitto ad un'altra – ad esempio, della legge di residenza abituale alla legge nazionale – può comportare tra l'altro un cambiamento nella titolarità della responsabilità genitoriale. I problemi di diritto transitorio derivanti da tale cambiamento dovranno essere risolti, nel silenzio della Convenzione, dal diritto nazionale di ciascuno degli Stati contraenti. Si può ritenere che non verrà messa in discussione, in uno Stato contraente, la validità degli atti compiuti prima dell'entrata in vigore della Convenzione per tale Stato dal titolare della responsabilità genitoriale in base alla legge designata dalla vecchia norma di conflitto. Non è però possibile supporre la risposta che sarà data dal diritto nazionale di ciascuno Stato contraente alla questione se il nuovo titolare della responsabilità genitoriale secondo la legge designata dalla nuova norma di conflitto prenderà il posto della precedente o se, per analogia con la soluzione del conflitto mobile data dall'art. 16, il nuovo titolare si aggiungerà al precedente, finché il potenziale conflitto tra i due sarà risolto da una misura adottata dalle autorità della residenza abituale del minore.



Articolo 54 (lingua delle comunicazioni)

180. Questo articolo disciplina i problemi della lingua in cui le comunicazioni tra autorità devono essere redatte o tradotte. È la riproduzione esatta dell'art. 24 della Convenzione del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori. La comunicazione è inviata nella sua lingua originale e accompagnata da una traduzione nella lingua ufficiale dello Stato dell'autorità destinataria o, in mancanza, in inglese o in francese. È prevista una facoltà di riserva contro l'uso o dell'inglese o del francese.

Articolo 55 (riserva riguardante i beni)

181. La riserva prevista in questo articolo è stata richiesta dalla delegazione del Regno Unito e appoggiata soprattutto dalle delegazioni di Australia e Canada. Queste delegazioni hanno espresso il timore di non poter convincere i rispettivi Stati a ratificare la Convenzione se non fosse loro riservata la competenza delle loro autorità ad adottare misure volte alla protezione dei beni o di certi beni del minore, in particolare immobili, che si trovino sul loro territorio, nonché la possibilità di non riconoscere una responsabilità genitoriale o una misura che sarebbe incompatibile con una misura adottata dalle loro autorità in relazione a tali beni. Ci troviamo, qui, ai confini fra la disciplina dei diritti reali e quella della protezione dei minori e le esigenze della *lex situs* sono particolarmente forti. È stato, inoltre, osservato che in alcuni Stati federali, e in particolare in Australia, la disciplina dei diritti reali rientra nella competenza degli Stati federati e che lo Stato federale deve ottenere l'accordo di questi per ratificare la Convenzione.

Articolo 56 (monitoraggio della Convenzione)

182. Questo articolo riproduce l'art. 42 della Convenzione del 29 maggio 1993 sull'adozione. È, invero, opportuno che la Conferenza organizzi periodicamente riunioni per esaminare il funzionamento pratico della Convenzione e, se necessario, apporti dei suggerimenti per migliorarla. La Conferenza ha spesso dato impulso a riunioni di questo tipo per altre convenzioni che non lo avevano formalmente previsto, ma l'inserimento di una disposizione espressa avrà valore di obbligazione per la Conferenza.