

# La convenzione de L'Aja del 19 ottobre 1996 :contenuti ed ambiti di competenza

*di Claudio Cottatellucci\**

## 1. Le ragioni della ratifica della Convenzione

Con il disegno di legge n. 1589 presentato il 17 settembre 2013 il Governo italiano ha posto all'esame del Parlamento il testo normativo per la Ratifica della Convenzione fatta all'Aja il 19 ottobre 1996.

Richiamo subito il titolo della Convenzione perché dà conto della **complessità della materia trattata** e delle ampie implicazioni che deriveranno dalla ratifica dell'atto convenzionale, essenzialmente nel campo della disciplina propria del diritto internazionale privato: la Convenzione del 1996 è definita con **il titolo** di 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.

L' **iter normativo** del disegno di legge n. 1589 ne ha previsto l'assegnazione in prima lettura in sede referente nel ramo del Parlamento della Camera dei Deputati alle Commissioni riunite Giustizia ed Esteri; in questa sede le Commissioni hanno sinora effettuato alcune preliminari audizioni, nel corso delle quali lo scorso 7 febbraio è stata sentita anche l'Associazione dei magistrati per i minorenni e la famiglia, è stato quindi fissato un termine per la presentazione degli emendamenti al testo governativo. In quella occasione abbiamo fornito un contributo di osservazioni critiche e di proposte su cui tornerò di seguito; non risulta attualmente la calendarizzazione della prosecuzione dei lavori in commissione che dovrebbe ripartire dall'esame degli emendamenti.

Parliamo quindi di un testo il cui iter legislativo è al momento **nella fase iniziale**; va però subito osservato a questo proposito che **l'atto di Ratifica** della Convenzione appare senza dubbio – per una pluralità di ragioni – **necessario ed anzi urgente**.

Una pluralità di ragioni indicano la necessità della Ratifica:

- a) In primo luogo gli obblighi che gravano sull'Italia quale paese membro dell'Unione Europea: infatti il **Consiglio dell'Unione Europea** ha adottato il 5 giugno 2008 la decisione 2008/431/CE proprio con l'obiettivo di autorizzare gli Stati membri ad aderire o ratificare la Convenzione. L'Unione ha adottato questa decisione non potendo aderire alla Convenzione come organismo sovranazionale ed invitando quindi gli Stati membri sovrani a farlo; nel sottoscrivere la decisione l'Italia si è impegnata alla ratifica, come espresso nella decisione,

---

\* Giudice Tribunale per i Minorenni di Roma e Vicepresidente AIMMF.

“possibilmente entro la data del 10 giugno 2010”. E’ dunque inadempiente oggi rispetto a quell’impegno essendo ormai trascorso ampiamente il termine indicato;

- b) Nella stessa decisione del Consiglio l’indicazione agli Stati membri di aderire o ratificare la Convenzione trova ampia motivazione proprio nel rafforzamento del **processo di armonizzazione delle discipline nazionali** fatto proprio in queste materie dall’Unione Europea: la decisione infatti al p. 6 della premessa precisa che *“Alcuni articoli della convenzione hanno ripercussioni sul diritto comunitario derivato in materia di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie, in particolare il regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. Gli Stati membri conservano le loro competenze nelle materie disciplinate dalla convenzione che non incidono sul diritto comunitario. La Comunità e gli Stati membri hanno pertanto competenze concorrenti a concludere la convenzione”*.
- c) Altra ragione che rafforza la necessità e l’urgenza di concludere la ratifica in tempi brevi è costituita dalla **posizione di sostanziale isolamento** in cui, proprio per l’inadempimento agli obblighi assunti in sede comunitaria, l’Italia viene oggi a trovarsi: l’adozione della decisione del Consiglio europeo n 431 del 2008 ha infatti impresso una significativa accelerazione al numero di ratifiche da parte dei paesi membri dell’UE, al punto che dei 28 stati membri attuali dell’Unione, solo l’Italia ed il Belgio risultano non aver ratificato la Convenzione;
- d) Per altro, ed è l’ultima delle osservazioni che si possono fare proprio a rafforzare il senso sull’urgenza di giungere alla ratifica, occorre osservare che nella sequenza degli strumenti convenzionali la Convenzione fatta all’Aja il 19 ottobre 1996 ha **il suo antecedente esplicito** nella Convenzione de L’Aja del 5 ottobre 1961, titolata più genericamente *“La competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori”* su cui la normazione interna italiana è intervenuta due volte, con distinte leggi: una prima con la legge 24 ottobre 1980 n.742 che ha autorizzato la ratifica (in sostanza si tratta di una “ratifica secca” dell’atto convenzionale), una seconda con la più nota legge 15 gennaio 1994 n.64 che, trattando questa Convenzione unitamente ad altri strumenti convenzionali ratificati con quella legge (primo fra tutti la Convenzione de L’Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori) ha dotato l’ordinamento interno **di più puntuali riferimenti in tema di riparto delle competenze delle autorità giudiziarie e di conseguenti rimedi impugnatori**, di cui si era evidentemente avvertita la carenza nel periodo precedente. Poiché l’art.51 della Convenzione del 1996 prevede che la sua sottoscrizione comporti automaticamente la sostituzione della precedente ratifica della Convenzione del 1961, le numerose adesioni che si sono seguite in questi anni hanno fatto sì che si assottigliasse progressivamente il numero degli Stati per cui continua ad essere in vigore la Convenzione del 1961; anche da qui deriva la condizione di isolamento dell’Italia di cui ho detto sinora.

## 2. I contenuti qualificanti della Convenzione

Il testo convenzionale è un testo complesso che dedica un primo capitolo al Campo di applicazione della Convenzione, passa poi ad esaminare i criteri di attribuzione delle competenze delle autorità nazionali, quindi al terzo capitolo affronta le questioni della legge applicabile; seguono poi i capitoli dedicati al riconoscimento e all'esecuzione, alla cooperazione, alle disposizioni generali e alle clausole finali.

Alcune parti sono certamente nuove rispetto al testo del 1961, prima di tutto è nuova la rigorosa definizione **dell'ambito di applicazione** della Convenzione contenuta agli artt. 3 e 4, il primo ad indicare le materie incluse, l'altro nell'operazione inversa.

Tra le materie incluse **l'art. 3** indica, per stare agli aspetti personali della materia della protezione del minore: attribuzione, esercizio e revoca della responsabilità genitoriale; diritto di affidamento nonché di visita; tutela, curatela o istituti analoghi; il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto o la sua assistenza legale tramite kafala o istituto analogo.

Le sovrapponibilità tra questi ambiti di applicazione ed il Regolamento n.2201 / 2003 è pressoché completa, anche nell'utilizzo delle locuzioni, con l'unica eccezione del riferimento *“all'assistenza legale tramite kafala o istituto analogo”* che trova menzione nella Convenzione e per cui invece non c'è alcun cenno nel Regolamento comunitario.

Indubbiamente, tra le resistenze culturali che hanno pesato negli anni scorsi nel rallentare il processo di ratifica della Convenzione, proprio questo riferimento ha avuto un suo peso rilevante. Va comunque ricordato che, come noto, questa Convenzione non sarebbe la prima, tra quelle ratificate dal nostro paese, a contenere un riferimento all'istituto della kafala proprio di alcuni ordinamenti islamici, visto che nella Convenzione ONU sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989 all'art. 20 comma terzo la kafala viene menzionata tra gli istituti di protezione dei minori sostitutiva dell'ambiente familiare di origine, accanto all'affidamento familiare, all'adozione o, in caso di necessità, al collocamento in adeguati istituti per l'infanzia.

Altrettanto puntuale nel definire l'ambito di applicazione della Convenzione è **l'esclusione espressa all'art.4 di alcune materie** tra cui meritano di essere menzionate – anche in questo caso con piena sovrapponibilità al Regolamento Bruxelles II art. 1 n.3 lett. a) e b) –: la materia **dell'accertamento e della contestazione della filiazione** e la **decisione sull'adozione e le misure che la preparano**.

La formulazione, ampia ed anche atecnica, mira evidentemente ad escludere non solo la pronuncia adottiva, ma anche quelle decisioni preparatorie che nel nostro ordinamento sono costituite dai collocamenti provvisori o dagli affidamenti preadottivi. Nella materia delle adozioni non si è dunque verificata alcuna cessione di sovranità da parte degli stati membri.

Tra i contenuti qualificanti della Convenzione meritano almeno un cenno **il riferimento alla residenza abituale** espresso all'**art. 5** quale criterio attributivo della competenza, anche questo pienamente compatibile con il Regolamento comunitario. In teoria non sarebbe una scelta innovativa rispetto alla Convenzione dell'Aja del 1961, che proprio alla “dimora abituale” si riferiva già all'art.1 per attribuire la competenza delle autorità giudiziarie ed amministrative. Se però si esamina l'ampiezza delle eccezioni che nella Convenzione del 1961 il principio della dimora

abituale poteva subire, diviene chiaro quanto sia forte la discontinuità tra la Convenzione del 1996 e quella che l'ha preceduta. Basti pensare che l'art.5 conteneva allora un'ipotesi di ultrattivitÀ delle misure prese nello stato di cui il minore era cittadino nel caso di trasferimento in altro stato (nel testo della Convenzione del 1996 invece il trasferimento comporta l'attribuzione allo stato della nuova residenza) o, soprattutto, all'ipotesi prevista all'art. 4 comma 4 della Convenzione del 1961 secondo il quale le misure anche successivamente prese dallo stato di cui il minorenne è cittadino sarebbero comunque prevalse su quelle prese anteriormente dallo stato di nuova residenza.

In questo senso il testo della Convenzione del 1996 compie un passaggio culturale e giuridico che segna **il declino del criterio della cittadinanza in favore del criterio della residenza abituale** nell'attribuzione della competenza agli stati aderenti.

Nel concludere questo sintetico esame della Convenzione, credo sia necessario far almeno menzione di alcune, poche altre disposizioni:

- a) L'affermazione del riconoscimento di pieno diritto delle decisioni prese in uno degli stati contraenti negli altri stati (**art.23**); con la precisazione che lo stato cui è richiesto il riconoscimento è vincolato dagli accertamenti di fatto compiuti dallo stato che ha già emesso la decisione (**art.25**) e che è possibile attivare la procedura esecutiva nello stato richiesto secondo le disposizioni dello stato stesso (**art. 26**);
- b) Tra le ragioni che possono essere addotte a diniego del riconoscimento, l'art. 23 menziona – oltre alla violazione di alcune garanzie processuali, all'omissione dell'ascolto del minore o alla manifesta contrarietà all'ordine pubblico – anche la violazione della procedura di cui all' **art. 33** della stessa Convenzione.

Quest'ultima previsione introduce al capitolo V della Convenzione, dedicato alla Cooperazione tra gli Stati, certamente uno dei più innovativi rispetto al testo della Convenzione precedente.

L' **art.29** impegna lo stato contraente a designare un'autorità centrale incaricata di adempiere gli obblighi che gli sono imposti dalla Convenzione; il successivo **art.33** prospetta un'eventualità particolare: che l'Autorità Centrale di uno stato contraente prospetti il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite kafala o altro istituto analogo e se questo debba avvenire in un altro stato contraente. In questo caso la procedura prevede la richiesta rivolta all'autorità centrale omologo e l'approvazione da parte di questa come passaggio necessario per consentire l'attuazione della proposta di collocamento o di assistenza tramite kafala.

Sono questi gli aspetti che introducono ad alcune delle questioni più problematiche su cui riteniamo necessario formulare alcune osservazioni critiche e proposte.

### **3. Alcuni profili problematici**

Con le presentazione del disegno di legge n. 1589 il Governo italiano ha scelto di non percorrere, come altri paesi europei, la strada della ratifica “secca” della Convenzione, ma ha articolato un testo normativo che interviene in maniera in parte autonoma su questioni connesse alla Convenzione ma non da questa necessariamente derivanti.

L'attenzione deve essere incentrata in particolare sugli artt. 4 e 5 del disegno di legge: il *discrimen* tra la due disposizioni è essenzialmente dipendente dall'esclusione (art.4) o dall'esistenza (art.5) di una condizione di abbandono che precede la richiesta del paese estero di accedere ad uno degli istituti di protezione dei minori previsti dalla Convenzione.

In particolare, con l'art. 4 del disegno di legge si introduce nell'ordinamento interno italiano una forma di vero e proprio affidamento internazionale, istituto sul quale anche nelle precedenti legislature erano state presentate proposte di legge ma che sinora non è stato oggetto di specifica disciplina normativa da parte del legislatore nazionale.

A differenza di quanto previsto dall'art. 5, nell'art. 4 la richiesta di affidamento viene formulata dopo aver accertato l'insussistenza di una condizione di abbandono per il minore: le espressioni utilizzate dalla norma (affidamento o assistenza legale) risultano sostanzialmente equivalenti e si differenziano solo perché il secondo qualifica gli istituti di protezione riconosciuti nei paesi islamici, in particolare la *kafala* o istituti analoghi.

Una prima questione, che si desume anche dal confronto con la normativa precedentemente espressa nella legge 15 gennaio 1994 n.64, che all'art. 4 comma 3 attribuisce al tribunale per i minorenni **la competenza ad emettere i provvedimenti urgenti a protezione del minore**. Una previsione analoga è invece assente nel disegno di legge n. 1589; si tratta di una lacuna normativa che è indispensabile colmare dal momento che con la ratifica della Convenzione del 1996 avverrà l'automatica sostituzione di questo testo a quello della Convenzione de L'Aja del 1961, con la conseguenza perdita di efficacia anche delle disposizioni espresse alla legge n. 64 del 1994 che alla prima Convenzione di riferiscono.

Le principali questioni che la formulazione dell'art. 4 pone sono :

- a) L'affidamento internazionale viene previsto **senza alcun limite di età** per il minore per il quale viene richiesto; potrebbe comprendere quindi anche minori nei primissimi anni di vita, sempre che non ne sia stata accertata la condizione abbandonica. Desta ovviamente, anche sulla base dell'esperienza maturata negli affidamenti nazionali, particolare perplessità la possibilità di collocare il minore non solo al di fuori del contesto familiare, ma dello stesso paese di origine in un'età in cui si vanno strutturando legami di attaccamento essenziali per il futuro sviluppo psicofisico della persona in età minore;
- b) Queste perplessità sono rafforzate dalla constatazione che nessuna disposizione contenuta nell'art.4 **ne prevede in termini chiari la durata**, né lo stesso istituto giuridico viene configurato espressamente in termini di temporaneità. Unico riferimento alla durata, indiretto e non inequivocabile, è quello espresso al comma sesto dell'art. 4 secondo il quale, al momento dell'ingresso del minore in Italia, il questore rilascia titolo di soggiorno di durata biennale ai sensi dell'articolo 5 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni. Comunque la durata biennale dell'affidamento non è desumibile da questo richiamo in quanto la disposizione specifica che il titolo di soggiorno è rinnovabile, sempre per la medesima durata e senza limiti al numero dei rinnovi, sempre che permangano le condizioni iniziali;

c) Compete al tribunale per i minorenni effettuare approfondimenti istruttori in una duplice direzione: può chiedere, tramite l'autorità centrale italiana, ulteriori informazioni sulla situazione del minore *“anche al fine di accertare che non sussista una situazione di abbandono del minore, nonché la documentazione che attesti l'informazione fornita”* al minore stesso ed il suo ascolto ove previsto dalla legislazione del paese di origine; deve inoltre *“assumere, anche attraverso i servizi socio assistenziali degli enti locali, singoli o associati, ovvero le aziende sanitarie locali od ospedaliere, le necessarie informazioni sulla persona, sulla famiglia o sulla struttura individuata per l'accoglienza o l'assistenza legale al minore”*. Mentre per il secondo aspetto dell'istruttoria certamente il Tribunale dispone dei mezzi appropriati di indagine, **molto più problematica è l'effettuazione di una valutazione effettiva sull'insussistenza della condizione di abbandono all'estero** che sarà possibile effettuare di regola solo in maniera mediata, acquisendo ulteriori informazioni da parte del paese di origine, che tuttavia già si sarà espresso in questo senso al momento della formulazione della richiesta iniziale.

Per quanto invece attiene l'attuale formulazione dell'art.5, occorre considerare che evidentemente il testo si ispira alla procedura attualmente prevista dagli art. 29 bis e ss. della legge 4 maggio 1983 n.184 contenenti la disciplina dell'adozione internazionale.

**Lo standard di garanzie procedurali** richiesto dalla disciplina in questione può valere ad assicurare il livello di verifica e di controllo necessario; questioni irrisolte invece pone la formulazione dell'art. 5 nella parte in cui prevede che il provvedimento di assistenza legale di un minore in condizione di abbandono possa essere emesso solo nei confronti di quanti siano *“in possesso dei requisiti di cui all'articolo 6 della legge 4 maggio 1983, n. 184 e successive modificazioni”*.

In questo modo si introduce un presupposto per l'emissione del provvedimento che non è previsto, e può anzi in alcuni casi confluire con gli ordinamenti dei paesi di origine nei quali **la kafala può essere disposta anche nei confronti di un soggetto singolo** e non necessariamente di una coppia coniugata. Una formulazione del genere renderebbe quindi non attivabile la procedura di cui all'art.5, pur in presenza di una condizione di abbandono di un minore, tutte le volte in cui con il provvedimento straniero sia stato nominato suo kafil un soggetto singolo. Si tratta di una contraddizione, o meglio un'aporia del sistema, difficile da colmare in via interpretativa perché, con la ratifica della Convenzione, ogni domanda dello stato estero dovrà attivarsi nel rispetto delle disposizioni vigenti nello stato richiesto.

Per altro una limitazione del genere, che determina una riserva sostanziale nell'atto di ratifica non indicata tra quelle tassativamente consentite nella Convenzione, neppure risulta pienamente in linea con l'attuale disciplina delle adozioni internazionali, cui evidentemente l'art.5 si ispira, dal momento che, a seguito dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 347 del 2005, è consentita l'adozione internazionale anche ai sensi dell'art. 44 della legge 4 maggio 1983 n.184, in questi casi quindi a prescindere dai requisiti soggettivi richiesti dall'art. 6 della stessa legge.