

LA PROTEZIONE DEL MINORE OLTRE LE FRONTIERE SECONDO LA CONVENZIONE DELL'AJA

di avv. Laura Galli

La Convenzione dell'AJA del 1996

La Convenzione dell'AJA sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori è stata adottata in seno alla Conferenza dell'Aja il 19 ottobre 1996 ed è entrata in vigore sul piano internazionale il 1 gennaio 2002 per poi essere ratificata in Italia con la legge 101/2015 in vigore dal 1 gennaio 2016.

Essa nasce dall'esigenza di regolamentare tutte le situazioni formali e sostanziali che attengono alla persona del minore, disponendo norme in virtù dell'attuale e sempre maggiore mobilità delle persone attraverso le frontiere che, inevitabilmente, comporta la presenza di maggiori elementi di internazionalità. Da ciò deriva la conseguenza che si debbono applicare le norme di diritto internazionale privato per le questioni riguardanti la competenza del giudice, l'esecuzione delle decisioni nei diversi Paesi e la cooperazione tra gli stessi affinché tali decisioni siano rese esecutive. La sinergia tra i vari Stati sul punto è essenziale per soddisfare la necessità che i procedimenti durino il meno possibile per le questioni che attengono alla responsabilità genitoriale e l'affidamento.

La Convenzione è una normativa innovativa che applica il criterio della residenza del minore per ancorare la competenza al luogo dove lo stesso vive abitualmente. In essa sono richiamati tutti i principi della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo e si occupa, principalmente, della protezione internazionale dei minori, offrendo un ampio ventaglio di misure di protezione, cura nelle situazioni di abbandono, di affido controverso ecc.

Sia la Convenzione che la legge nazionale intendono per minore la persona che non ha compiuto 18 anni e affinché la Convenzione venga applicata, occorre un elemento di internazionalità. Essa detta norme di diritto internazionale privato, in merito alla competenza giurisdizionale, i conflitti di leggi, il riconoscimento delle decisioni che presiedono alla cooperazione tra autorità e vincola attualmente 47 Stati, tra i quali un numero significativo da cui proviene il più importante flusso di immigrazione. La Convenzione, quindi, traduce il preminente interesse del minore in soluzioni tecniche e individua, appunto, il criterio di collegamento della residenza abituale del minore, per l'importanza dell'integrazione sociale del medesimo, a prescindere dalle origini al fine di correlare la tutela del minore all'ambiente in cui vive, nel contesto di vita effettivo.

La Convenzione si occupa, anzitutto, di competenza giurisdizionale ordinaria (Stato contraente in cui si trova la residenza abituale del minore). E' possibile un'attrazione della competenza presso il giudice della causa matrimoniale, sempre in considerazione dell'interesse del minore, così come il trasferimento della competenza da un'autorità di uno Stato a un altro, ferma la possibilità di emettere misure urgenti e cautelari. Circa la legge applicabile, essa sarà quella del Foro, salvo clausola di eccezione *in favorem*. La Convenzione chiarisce anche l'applicazione della legge in presenza di un accordo, ovvero la residenza abituale al momento in cui l'accordo è stato concluso.

Il riconoscimento delle decisioni è automatico, salvo cause ostative, ovvero, ad esempio, l'esigenza di garantire l'ascolto del minore che non violi diritti fondamentali dello stesso. L'esecuzione presuppone un passaggio di verifica delle condizioni di procedibilità.

La Convenzione si applica nelle circostanze in cui i titoli di giurisdizione sono diversi, nei casi di conflitti di leggi. Essa si rapporta con le altre fonti di diritto internazionale dei minori in una condizione di non interferenza sia con la Convenzione sull'adozione internazionale del 1993 e sia con la Convenzione sulle obbligazioni alimentari del 2007, per il diverso ambito di applicazione

mentre si pone in concorso con la Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale, a seconda delle norme applicate (rapporto di specialità di quest'ultima).

I rapporti tra la convenzione e il Regolamento Bruxelles II bis (Regolamento n. 2201/2003)

A metà degli anni '90 si formarono due tavoli preparatori, uno riferito alla Convenzione dell'Aja e l'altro al Regolamento di Bruxelles che andassero a sostituire la Convenzione precedente rendendola applicabile anche al diritto di famiglia.

Tra le norme di maggior importanza e di comparazione, rileva l'art.52 della Convenzione che rappresenta una clausola di compatibilità che in genere viene inserita in quasi tutti i Trattati, nel senso che essa non deroga agli strumenti internazionali di cui fanno parte gli Stati contraenti, non tiene conto di accordi successivi che non interferiscono con la stessa Convenzione, in quanto la stessa non è tenuta a riconoscere principi che non sono contemplati nel proprio *corpus* e che sono contenuti solo negli accordi separati. Ciò significa che i giudici di uno Stato contraente non sono tenuti a riconoscere una decisione emessa in uno Stato che si è basata su un titolo di giurisdizione diverso.

L'art.61 del Regolamento Bruxelles II, invece, contiene una norma usuale che dispone imperativamente la prevalenza delle norme del Regolamento su una serie di Convenzioni, tra cui la Convenzione dell'Aja del 1961 (versione precedente al 1996), la Convenzione del 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori e la stessa Convenzione del 1996 purchè il minore abbia la residenza abituale in uno Stato membro.

Il criterio base della convenzione è quindi l'interesse del minore, sia per quanto riguarda la competenza giurisdizionale, il riconoscimento delle decisioni, la legge applicabile. La difficoltà è quella di tradurre questo criterio materiale in criteri astratti, ovvero nelle norme di diritto internazionale privato.

La cooperazione internazionale tra autorità centrali

Le situazioni che internazionalmente vengono qualificate con criteri di internazionalità hanno i loro numeri e si calcolano 16 milioni di famiglie internazionali e 40.000 divorzi. Gli strumenti di cooperazione sono fondamentali perché incidono inevitabilmente sul contatto della vita familiare con la giurisdizione. E quindi è importante che il procedimento venga semplificato il più possibile.

La Convenzione stabilisce che in materia di cooperazione vengano nominate autorità centrali in ogni Paese che debbono cooperare reciprocamente, adottando disposizioni per favorire la raccolta di informazioni tra loro. Primo compito è quello, dunque, dello scambio di informazioni. Richieste di rapporto che vengono fatte allo Stato in cui il minore ha le origini quando magari l'altro genitore si è trasferito in un altro Stato. L'autorità centrale funge qui da collettore delle richieste tra Stato richiedente e Stato fornitore. Ci sono poi compiti più specifici, ovvero dell'assistenza in caso di trasferimento della giurisdizione. Attività, dunque, di supporto da parte dell'autorità centrale anche nei casi di mediazione e localizzazione dei minori, quest'ultima regolata dalla Convenzione del 1996, non essendovi alcuna norma al riguardo nel Regolamento Bruxelles II. Le autorità centrali debbono essere fornite di questi strumenti e vi deve essere coordinamento per poter far fronte ai propri compiti, avvalendosi di una serie di servizi (polizia, organi di Stato). La legge del 2016 ha esteso questi strumenti e servizi anche al recupero internazionale di crediti alimentari.

Vi è anche la cooperazione tra i giudici degli Stati della Convenzione in modo da rendere ancora più concreta la comunicazione tra le autorità dei Paesi.

La convenzione dell'Aja e i minori stranieri non accompagnati

Dell'incidenza delle norme di diritto internazionale privato sul fenomeno migratorio se ne parla poco e quindi vi è la necessità di un approccio sistemico tra la normativa di d.i.p. e la normativa sull'immigrazione. La giurisprudenza comunitaria concepisce un principio di continuità, ovvero di continuità di status nel fenomeno immigratorio.

E' solamente recente l'attenzione su questa correlazione a livello comunitario, nonché in seno alla conferenza dell'Aja che lo scorso luglio ha pubblicato un documento di studio sui migranti minori di età. Tale documento opera in una direzione di rafforzamento della tutela a livello comunitario.

La legge 47/2017 introduce la figura del tutore e stabilisce che il minore non accompagnato è il minore privo di assistenza e rappresentanza di adulti di riferimento che si trovi sul territorio dello Stato italiano.

Le misure di protezione applicabili ai minori stranieri non accompagnati sono quelle della tutela e curatela e altre analoghe, oltre quelle afferenti alla responsabilità genitoriale. La competenza giurisdizionale anche qui è quella della residenza abituale del minore, con l'eccezione della competenza dello Stato in cui il minore è presente quando vi siano disordini o guerre civili nello Stato di origine, quindi per motivi di urgenza.

Concludendo, allo stato attuale, nonostante il buon fine e lo spirito protezionistico contenuti nella Convenzione, mancano una serie di strumenti volti alla reale applicazione del corpo di regole che la formano a livello nazionale. Ad esempio, la competenza giustiziale a cui richiedere un determinato provvedimento (P.M., T.M., G.T.). Manca anche giurisprudenza sul punto. Questa Convenzione, infine, assegna una grande responsabilità ai giudici e agli avvocati ma non fornisce delle direttive sull'applicabilità o meno delle norme in essa contenute alle situazioni reali.