SCUOLA DI DOTTORATO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO-BICOCCA

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche
Ciclo XXXIV

Curriculum in
Diritto e procedura penale, criminologia, Diritto penale dell'economia,
storia del Diritto e del processo penale

Tesi di dottorato in
Diritto penale

La sottrazione internazionale di minori: limiti degli strumenti normativi di contrasto

Noemi Maria Cardinale

Matricola n. 785366

Tutor: Prof.ssa Claudia Pecorella

Coordinatore: Prof.ssa Stefania Ninatti

ANNO ACCADEMICO 2020/21

INDICE

CAPITOLO I

Caratteristiche, cause e strumenti di contrasto del fenomeno

1. Premessa p. 1
2. La sottrazione internazionale nei dati delle Autorità centrali p. 5
   2.1 La frequenza dei casi p. 5
   2.2 Le caratteristiche dell'autore della sottrazione p. 8
   2.3 Le caratteristiche dei minori coinvolti p. 14
3. Le cause del fenomeno p. 16
   3.1 La sottrazione internazionale come rimedio alla violenza domestica p. 18
   3.2 I problemi in sede di affidamento dei minori: il mito della bigenitorialità p. 20
      3.2.1 La situazione in Italia: affidamento condiviso, esclusivo e *super* esclusivo p. 21
   3.3 La difficoltà di ottenere per vie legali il trasferimento della residenza del minore p. 25

CAPITOLO II

Gli strumenti normativi internazionali in risposta alla sottrazione di minori

1. La Convenzione dell'Aja del 1980 «*sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*» p. 28
   1.1 La procedura di rimpatrio del minore p. 31
   1.2 Possibili eccezioni al rimpatrio p. 34
      1.2.1 La nozione di residenza abituale p. 37
      1.2.2 Il consenso al trasferimento e il mancato esercizio dei diritti di custodia p. 41
      1.2.3 La c.d. *Grave risk exception* (art. 13, §1, lett. b della Convenzione) p. 43

1.2.4 L'opposizione al rientro da parte del minore p. 52
1.3 La natura sommaria del procedimento p. 57
2. La peculiarità della disciplina per i Paesi membri dell'Unione europea p. 59
2.1 Il Regolamento europeo n. 2201/2003: limiti alla c.d. *Grave risk exception* e il c.d. *Trumping order* p. 60
2.1.1 Il nuovo Regolamento europeo n. 1111/2019 p. 62
2.2 Il Regolamento europeo n. 1862/2018 e l'intervento preventivo sui minori a rischio di sottrazione internazionale p. 66
3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di sottrazione internazionale di minori p. 68
4. Il possibile ricorso alla mediazione familiare nei procedimenti di sottrazione internazionale di minori p. 72
5. Il problema della disciplina applicabile in alternativa alla Convenzione dell'Aja del 1980 p. 74

CAPITOLO III

La risposta penale al fenomeno sottrattivo

1. La questione controversa del ricorso al diritto penale in questo ambito p. 77
2. La scelta italiana di introdurre un reato *ad hoc* p. 79
3. Il nuovo reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero (art. 574-*bis* c.p.) p. 86
3.1 Possibile concorso con altri reati p. 90
3.2 La sanzione accessoria della sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale p. 92
3.3 Un dubbio (peraltro infondato) sulla giurisdizione del giudice italiano p. 96
4. Analisi della prassi del Tribunale di Milano negli anni 2015-2017 p. 97
4.1 Le pronunce di assoluzione nei confronti della madre p. 98
4.2 Le sentenze di condanna nei confronti della madre p. 99
4.3 La sottrazione realizzata dai padri p. 101

4.4 Il mancato riconoscimento dello stato di necessità p. 102
5. L'esperienza spagnola: la rilevanza di una «*valida motivazione*» al trasferimento del minore p. 106

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE E PROSPETTIVE *DE LEGE FERENDA*

1. Premessa p. 111
2. La necessità di una maggiore attenzione per l'interesse del minore nel caso concreto p. 113
3. Suggerimenti per una possibile riforma dell'art. 574-*bis* c.p. p. 116

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO I

Caratteristiche, cause e strumenti di contrasto del fenomeno

Sommario: 1. Premessa. **2.** La sottrazione internazionale nei dati delle Autorità centrali. **2.1** La frequenza dei casi. **2.2** Le caratteristiche dell'autore della sottrazione. **2.3** Le caratteristiche dei minori coinvolti. **3.** Le cause del fenomeno. **3.1** La sottrazione internazionale come rimedio alla violenza domestica. **3.2** I problemi in sede di affidamento dei minori: il mito della bigenitorialità. **3.2.1** La situazione in Italia: affidamento condiviso, esclusivo e *super* esclusivo. **3.3** La difficoltà di ottenere per vie legali il trasferimento della residenza del minore.

1. Premessa

La sottrazione internazionale di minori si verifica quando un minore viene condotto o trattenuto in uno Stato diverso da quello in cui risiede abitualmente, senza il consenso del genitore che ne ha la responsabilità genitoriale e al quale comunque spetta la decisione (eventualmente condivisa) sul luogo della sua residenza[1]. Si tratta di un fenomeno che, nella realtà, resta confinato all'ambito familiare: la sottrazione è, infatti, nella quasi totalità dei casi, realizzata da un genitore a scapito dell'altro e, solo raramente, da nonni o zii (in ogni caso, parenti) del minore sottratto.

L'interesse che può motivare un genitore a trasferirsi in un altro Stato può essere di vario tipo, più o meno apprezzabile: può esserci la necessità di tornare nel proprio Paese di origine - dove si hanno legami affettivi e risorse sociali - perché è fallito il progetto migratorio e/o la relazione affettiva che ne aveva originariamente giustificato l'abbandono; si può trattare di esigenze lavorative che impongono il

[1] Non si fa volutamente riferimento all'affidamento del minore ma alla più ampia responsabilità genitoriale in quanto, in alcuni ordinamenti (come, peraltro, quello italiano), le decisioni di maggiore interesse per il benessere del minore – ed anche, dunque, la sua residenza abituale - devono essere prese di comune accordo tra i genitori, anche nel caso in cui il genitore abbia l'affidamento esclusivo del figlio, cfr. sul punto G. CONTIERO, *L'affidamento dei minori*, II ed., Giuffrè, 2014, p. 286.

trasferimento; in altri casi ancora, la decisione di spostarsi da uno Stato all'altro può essere dettata da ragioni – certamente poco nobili - di prevaricazione e intimidazione nei confronti del *partner,* in conseguenza di una rottura non consensuale della relazione. Nell'affrontare la vicenda che ha portato il minore fuori dal suo Paese d'origine, tutte queste esigenze devono essere bilanciate in vista del perseguimento di quello che risulta essere il miglior interesse del minore.

Il fondamentale principio dei *best interests of the child*, apparso per la prima volta nel panorama internazionale – pur in forma non vincolante - con la Dichiarazione Universale dei diritti del Fanciullo redatta dalle Nazioni Unite nel novembre 1959 (settimo principio), è sancito nell'art. 3 §1 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'Infanzia e dell'adolescenza del 20 novembre 1989. Tale diritto è anche ricondotto, in via giurisprudenziale, nell'alveo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU), in tema di diritto alla vita privata e familiare: diverse, infatti, sono le pronunce della Corte di Strasburgo che, interpretando la CEDU in armonia con le altre norme internazionali, assegnano un ruolo prioritario agli interessi del minore in tutte le decisioni che lo riguardano[2]. E ancora, la rilevanza di questo principio è stata ribadita nell'art. 24 §2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea del 2000, affermandosi che «*In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da Autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente*».

Per capire meglio cosa si intende con l'espressione «*best interests of the child*» è necessario fare riferimento alla tradizione anglo-americana nella quale il principio è nato e si è affermato. Due erano gli orientamenti principali che si contrapponevano negli anni Settanta del secolo scorso: mentre secondo alcuni Autori ai minori doveva essere riconosciuta la capacità di autodeterminarsi in tutte le sfere della vita, con conseguente esclusione di ogni intrusione da parte di soggetti

---

[2] Si veda, ad esempio, Corte europea dei diritti umani, 18 ottobre 2006, ric. n. 46410/99, *Üner v. the Netherlands (GC)*; *Id*., 16 aprile 2013, ric. n. 12020/09, *Udeh v. Switzerland*. Per una più ampia analisi si rinvia a A. ANNONI, *La CRC e la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, 2019, p. 28, reperibile al sito www.garanteinfanzia.org.

terzi - primo fra tutti lo Stato - nelle loro scelte (orientamento dell'*authonomy* o della *self-determination*), secondo un'altra linea di pensiero, poi risultata prevalente, il minore doveva invece essere protetto e non "*abbandonato*" a sé stesso nell'esecuzione dei suoi diritti[3]. Secondo quest'ultimo orientamento si doveva dunque controllare e vincolare il potere di decisione che altri soggetti, necessariamente, avrebbero avuto sugli aspetti fondamentali della vita del minore[4]. Da quest'ultima posizione è disceso il principio in esame che, quindi, non fa altro che imporre l'assunzione della prospettiva del minore per individuare, in ogni decisione che lo riguardi, quale sia la soluzione che più garantisca il suo benessere.

Si comprende così la versione inglese del principio, nella quale la parola "*interessi*" è posta al plurale: si vuole infatti indicare che devono essere presi in considerazione i vari interessi del minore nella situazione concreta, al fine di adottare la decisione migliore (*best*) per lui[5].

Come si vedrà, non è sempre agevole individuare quale sia la soluzione migliore per il minore, soprattutto a causa dei tanti interessi in gioco e delle particolarità (e diversità) legate ai singoli contesti familiari in cui è maturata la decisione di allontanarsi con il minore al seguito. Difficoltà che si ripropongono anche nell'applicazione degli strumenti normativi volti a contrastare la sottrazione e *in primis* di quelli internazionali: il carattere transnazionale del fenomeno, infatti, ha indotto gli Stati a dotarsi di strumenti normativi condivisi, lasciando al contempo ai singoli legislatori nazionali il compito della prevenzione, anche attraverso il ricorso al diritto penale (v. *infra* cap. III).

---

[3] Cfr. B.C. HAFEN, *Children's Liberation and the New Egalitarism: Some Reservation About Abandoning Youth to Their Rights*, in *BYU L. Rev*., 3/1976, p. 607.

[4] Per una disamina completa del dibattito occorso nella dottrina anglo-americana si rinvia a E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, 2016, p. 87; E. LAMARQUE, *Il principio dei best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Minorigiustizia*, 2/2017, p. 24.

[5] Si veda in proposito E. LAMARQUE, *I best interests of the child*, uno dei contributi apparsi nel volume, curato dalla Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, 2019, p. 146, reperibile al sito www.garanteinfanzia.org.

Di particolare rilevanza, in proposito, è la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 «*sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*», che prevede una procedura semplice e veloce di rimpatrio del minore nel suo Stato di residenza abituale; una Convenzione che ha riscosso un grande successo a livello internazionale, tanto che sono ad oggi ben 101 gli Stati firmatari e tra questi vi è anche l'Italia.

Come vedremo meglio in seguito (v. *infra* cap. II), l'obiettivo della Convenzione dell'Aja è di assicurare, nel più breve tempo possibile, il rientro del minore nel suo Stato di residenza abituale, ossia nel luogo in cui ha vissuto per un apprezzabile lasso di tempo e ha intessuto significativi legami sociali ed affettivi[6]. Nella prospettiva della Convenzione, è l'Autorità giudiziaria di questo Stato quella maggiormente in grado di decidere sull'affidamento del minore, conoscendo la realtà sociale e culturale in cui ha vissuto e si è radicato. L'ordine di rimpatrio - imposto solo al minore e non anche al genitore che ha realizzato la sottrazione - è dunque finalizzato a ristabilire la situazione precedente al trasferimento, in modo che il giudice della residenza abituale possa decidere sull'affidamento del bambino coinvolto e non ci sia il rischio del c.d. *forum shopping*, cioè che sia il genitore, con la fuga in un altro Stato, a scegliere l'Autorità giudiziaria alla quale sottoporre la questione relativa all'affidamento del figlio, al fine di ottenere la decisione più favorevole.

La (necessaria) cooperazione tra gli Stati interessati dalla sottrazione è stata agevolata dalla creazione, all'interno di ciascuno di essi, di un'Autorità centrale (art. 6 della Convenzione dell'Aja), alla quale il genitore che lamenta la sottrazione può rivolgersi, per avere tutte le informazioni utili all'avvio della procedura di rientro e per procedere con la richiesta di rimpatrio del minore sottratto[7].

---

[6] Così, tra le altre, Cass. civ. del 16 luglio 2004, n. 13167, in *Giust. Civ. Mass*., 2004.

[7] L'Autorità centrale italiana è istituita a Roma presso il Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità; diversamente, l'autorità giudiziaria competente a decidere sul ritorno del minore è, nel nostro Paese, il Tribunale per i minori del luogo in cui il bambino è stato trasferito a causa della sottrazione. Maggiori informazioni sono reperibili al sito www.giustizia.it.

Ed è proprio grazie alla costituzione delle Autorità centrali nei vari Stati firmatari della Convenzione che è oggi possibile avere un quadro sufficientemente chiaro del fenomeno, essendo stata avviata una raccolta sistematica di dati, che è venuta a integrare quelle (scarse) informazioni che in precedenza potevano aversi solo nei casi di sottrazione oggetto di attenzione mediatica[8]. I diversi studi empirici condotti a partire da quei dati ci permettono ora di soffermarci sulle caratteristiche del fenomeno, sulle sue cause e sulla evoluzione che esso ha avuto nel corso del tempo, sul piano sia quantitativo che qualitativo.

2. La sottrazione internazionale nei dati delle Autorità centrali

I primi dati sulla sottrazione internazionale, raccolti dalle Autorità centrali ed elaborati e confrontati tra loro da esperti della Conferenza dell'Aja, risalgono al 1999; altri tre studi sono stati poi realizzati nel 2003, nel 2008 e, da ultimo, nel 2015[9]. Partiremo dai risultati di quest'ultimo studio, che riguarda tutte le richieste di rimpatrio del minore ricevute dalle Autorità centrali tra il 1° gennaio e il 31 dicembre 2015, per poi fare un confronto, laddove rilevante, con i dati raccolti nelle indagini precedenti. Tutte le informazioni sono state ottenute attraverso l'invio di questionari alle singole Autorità centrali dei vari Stati contraenti.

2.1 La frequenza dei casi

Sono state in totale 2.270 le richieste di ritorno pervenute nel 2015 alle 76 Autorità centrali che hanno partecipato all'indagine (erano 93 gli Stati contraenti a quella data). Per richiesta di ritorno si intende l'istanza con la quale il genitore che lamenta la sottrazione (c.d. *left behind*) si rivolge all'Autorità centrale dello Stato

---

[8] Cfr. M.H. WEINER, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, in *Fordham Law Raview*, p. 602.

[9] Si tratta dell'analisi svolta da N. LOWE, V. STEPHENS, *A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Global report*, 11 febbraio 2018, pubblicata sul sito https://www.hcch.net/en, nella sezione "*publications and studies*". L'indagine ha ad oggetto le istanze di ritorno pervenute nel corso dell'anno 2015 alle Autorità centrali degli Stati che hanno aderito alla Convenzione.

in cui risiede per chiedere, innanzitutto, la localizzazione del figlio sottratto e, quindi, che sia disposto il suo rientro in patria. L'Autorità centrale, se ritiene che sussistano i presupposti di una sottrazione internazionale ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1980, dovrà mettersi in contatto con l'Autorità dello Stato in cui il bambino è stato portato (c.d. Stato di rifugio), per tentare inizialmente una mediazione con la persona che ha realizzato la sottrazione (v. *infra* cap. II, §4) e poi eventualmente adire l'Autorità giudiziaria competente affinchè si instauri il giudizio sul rimpatrio del minore.

Se confrontiamo le richieste di ritorno presentate nel 2015 con quelle degni anni precedenti (1999, 2003 e 2008) notiamo un notevole incremento: come mostrato nel grafico n. 1, le richieste sono state 954 nel 1999, 1259 nel 2003; ben 1961 nel 2008, fino ad arrivare alle 2.270 nel 2015. Gli Stati Uniti sono il Paese che ha ricevuto più richieste di ritorno (313 richieste nel 2015)[10].

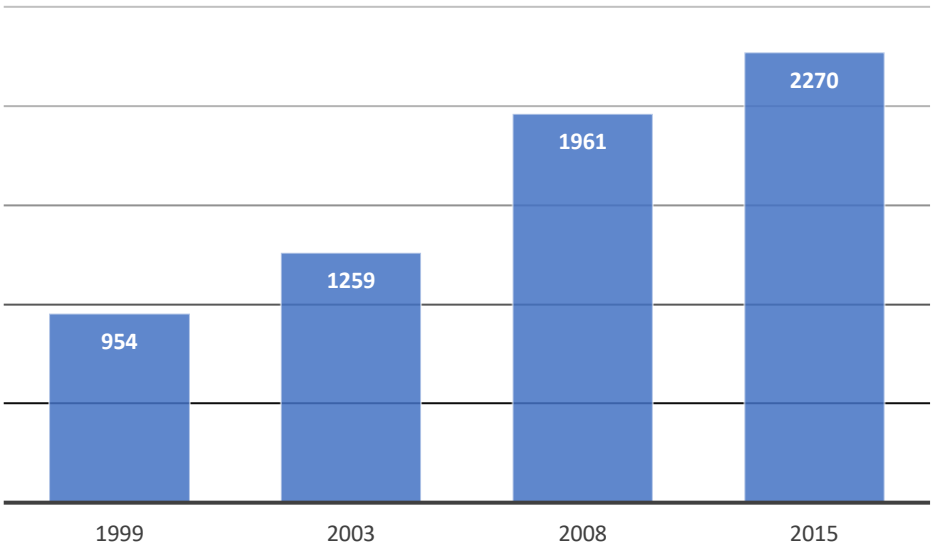
In particolare, tra il 2008 e il 2015 vi è stato un incremento del 3% tra gli Stati che hanno partecipato all'indagine in entrambi gli anni; invece, tra il 2008 e il 2003 l'incremento è stato del ben 41%. È necessario, infatti, considerare che alle varie indagini non hanno partecipato lo stesso numero di Stati: nel 1999 hanno aderito solo 30 Stati, nel 2003 hanno partecipato 45 Paesi, nel 2008 erano 54, fino ad arrivare a 76 Stati nel 2015[11].

---

[10] Il problema della sottrazione internazionale è particolarmente sentito negli Stati Uniti: si vedano, tra i diversi studi sul tema, K.B. WILLIAMS, *Fleeing Domestic Violence: A proposal to change the Inadequacies of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in Domestic Violence Cases,* in *John Marshall Law Journal*, vol. IV, 2011, p. 40; N.L. BROWNE, *Relevance and Fairness: Protecting the Rights of Domestic Violence Victims and left-Behind Fathers under the Hague Convention on International Child Abduction*, in *Duke Law Journal*, vol. 60, 2011, p. 1194.

[11] Cfr. N. LOWE, V. STEPHENS, *op. cit*., p. 6.

Grafico n. 1- Richieste di ritorno



Fonte: analisi statistiche della Conferenza dell'Aja

È necessario, tra l'altro, ricordare che questi numeri non rappresentano tutti i casi di sottrazione internazionale di minori realizzati nel corso del tempo: si tratta, infatti, delle sole richieste di rimpatrio inoltrate attraverso le Autorità centrali ai sensi della Convenzione dell'Aia del 1980. Non sono incluse le sottrazioni che si sono verificate tra Stati che non sono firmatari della Convenzione (v. *infra* cap. II, §5), così come quelle per le quali non è stato chiesto l'intervento dell'Autorità centrale[12] o, più in generale, non è stata presa alcuna iniziativa per ottenere il rientro del minore.

[12] Procedere, infatti, con l'istanza di ritorno all'Autorità centrale non è obbligatorio per il genitore che chiede il rientro del minore ma rappresenta solo un aiuto ulteriore: chi lamenta la sottrazione può sempre rivolgersi direttamente all'Autorità giudiziaria competente dello Stato di rifugio.

2.2 Le caratteristiche dell'autore della sottrazione

Molto interessante è il dato che riguarda chi ha realizzato la condotta sottrattiva, soprattutto rispetto al paradigma che ha accompagnato i lavori preparatori della Convenzione dell'Aja del 1980.

Nel corso delle sedute che hanno preceduto la stipula della Convenzione dell'Aja, infatti, la tipologia di sottrazione che si percepiva come maggiormente problematica, e quindi da contrastare, era quella realizzata dal genitore che non aveva l'affidamento del minore - solitamente il padre - e che allontanava il figlio dalle cure del genitore affidatario con cui aveva vissuto fino a quel momento. Tale condotta veniva peraltro (e giustamente) vista come una forma di abuso non solo nei confronti del minore, che veniva sradicato dalla sua casa e dalle sue abitudini, ma anche nei confronti dell'altro genitore, che nella maggior parte dei casi era la madre. È questa, infatti, la situazione che si riscontrava, in quegli anni, nei casi mediatici portati all'attenzione dell'opinione pubblica. Così, ad esempio, nel corso della campagna politica di promozione della Convenzione dell'Aja condotta negli Stati Uniti negli anni '80, è stato ampiamente richiamato ed enfatizzato il caso di Patricia Roush: la donna, dopo un matrimonio caratterizzato dalla continua violenza del marito sia nei suoi confronti sia verso le figlie, riesce a ottenere il divorzio. Le vengono affidate le figlie ma all'uomo viene riconosciuto un limitato diritto di visita. Proprio nel corso di una notte in cui le minori erano con lui, il padre decide di portarle in Arabia Saudita, suo Paese di origine, senza che sia stato più possibile ottenerne il rientro negli Stati Uniti. Prima dell'implementazione della Convenzione – e come ancora oggi avviene negli Stati che non l'hanno firmata – era, infatti, molto difficile riuscire a localizzare il minore sottratto e ottenerne il ritorno (v. *infra* cap. II, §5). Simile la storia di un'altra donna americana, Holly Plannels, il cui figlio è stato sottratto dal padre, che aveva anche in questo caso solo un limitato diritto di visita, e portato in Giordania, da dove non ha più fatto ritorno[13].

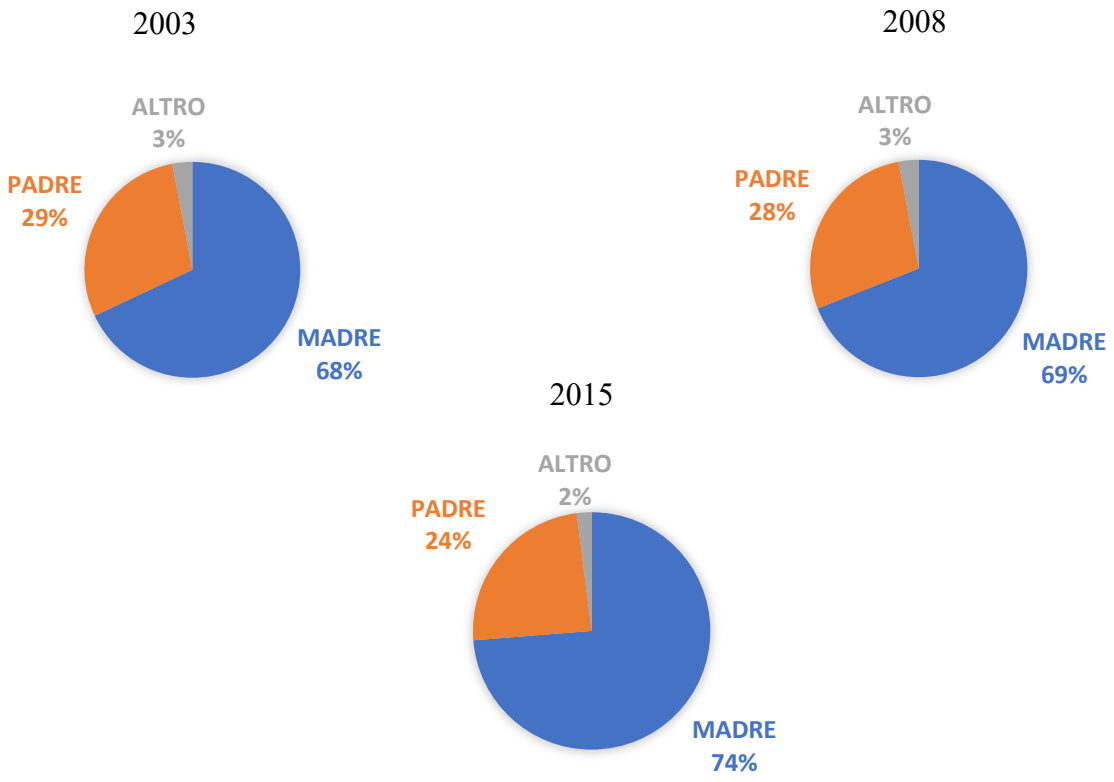
[13] Gli Stati Uniti hanno ratificato la Convenzione dell'Aja del 1980 nell'ottobre del 1986. Si rinvia, per approfondimento sul punto, a M.H. WEINER, *op. cit.*, p. 604.

I dati sugli autori delle sottrazioni internazionali registrati dalle Autorità centrali a circa venti anni di distanza (nel 2003, 2008 e 2015) forniscono però un quadro differente, come emerge dal grafico n. 2 che segue.

Si trova, innanzitutto, conferma che i responsabili della sottrazione sono essenzialmente i genitori, dal momento che è minima la percentuale di casi (del 3% sia nel 2003 che nel 2008, e pari al 2% nel 2015) nei quali protagonisti sono altri parenti, come nonni, genitori acquisiti o fratelli e sorelle.

Quanto ai genitori, un dato, tra tutti, viene invece in evidenza: si nota una netta prevalenza di casi in cui la condotta sottrattiva è stata realizzata dalla madre del minore. La percentuale è del 68% dei casi nel 2003 e in termini pressoché analoghi nel 2008 (il 69%), fino ad arrivare al 73% dei casi nel 2015, secondo un *trend* in costante aumento. Specularmente, i casi in cui è il padre ad aver sottratto il figlio sono andati diminuendo dal 29% nel 2003, al 28% nel 2008, per finire con il 24% nel 2015.

Grafico n. 2 - Autori della sottrazione



Fonte: analisi statistiche della Conferenza dell'Aja

Altrettanto interessante è incrociare questi dati con quelli relativi all'eventuale affidamento sul minore, di cui fosse titolare il genitore che ha realizzato la sottrazione.

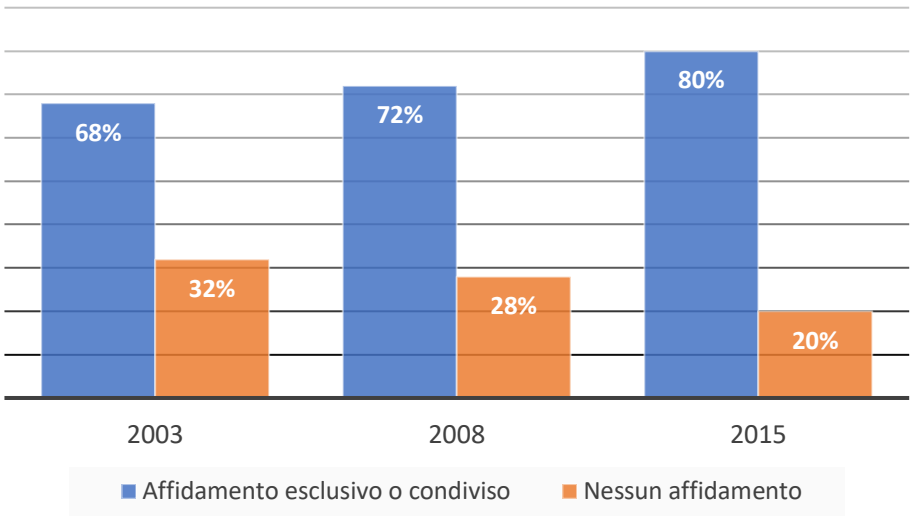
Per fare emergere se il genitore autore della sottrazione avesse l'affidamento esclusivo, condiviso o, al contrario, non avesse alcun affidamento del figlio, nel questionario inviato alle Autorità centrali per la raccolta dei dati veniva chiesto di indicare se il sottrattore fosse il «*primary carer of the child*» (ossia il genitore con cui il minore viveva prima della sottrazione) o il «*joint-primary carer*» (nell'eventualità che vivesse con entrambi i genitori, sia pure, in caso di separazione dei coniugi, in giorni alternati), oppure un «*non primary carer*», ricomprendendo in questo ambito tutti i casi in cui il minore avesse solo limitati contatti con lui.

Questa parte del questionario è stata purtroppo compilata solo per 976 casi sui 2270 registrati nel 2015: tuttavia, il risultato è comunque sorprendente – e contrastante con la premessa di fondo della Convenzione - perché emerge che nel 60% dei casi il genitore che ha realizzato la sottrazione era proprio il «*joint-primary carer*» e nel 20% dei casi era addirittura il «*primary carer of the child*»; solo nel restante 20% dei casi si trattava di un «*non primary carer*», ossia di quel tipo di genitore ritenuto maggiormente incline alla sottrazione del minore, non avendo diritti di custodia o di visita e quindi essendo alla ricerca di uno Stato in cui vedersi riconosciuto – sulla base di un quadro probatorio verosimilmente alterato o comunque poco chiaro - una decisione più favorevole in merito all'affidamento del figlio.

Il dato è ancora più eclatante se, come si vede dal grafico n. 3, si accorpano i casi nei quali il genitore autore della sottrazione ha l'affido del minore, sia esso condiviso o esclusivo, e li si confrontano con quelli nei quali manca totalmente un affidamento del figlio. Se, come si è visto, dai dati del 2015 risulta che nell'80% dei casi il genitore che ha sottratto il minore ne aveva già l'affidamento, percentuali non dissimili si registrano negli anni precedenti: questa stessa situazione riguardava, infatti, il 68% dei casi nel 2003 e il 72% nel 2008. È possibile però notare un progressivo aumento negli anni dei casi in cui a realizzare la sottrazione sia stato il genitore che aveva già l'affido (sia esso esclusivo o condiviso) del

minore. Tale circostanza sembra dimostrare come, nel corso degli anni, il fenomeno sottrattivo si sia modificato e abbia assunto delle caratteristiche diverse da quelle che aveva negli anni ’80 del secolo scorso.

Grafico n. 3 - Affidamento in capo all’autore della sottrazione



Fonte: analisi statistiche della Conferenza dell’Aja

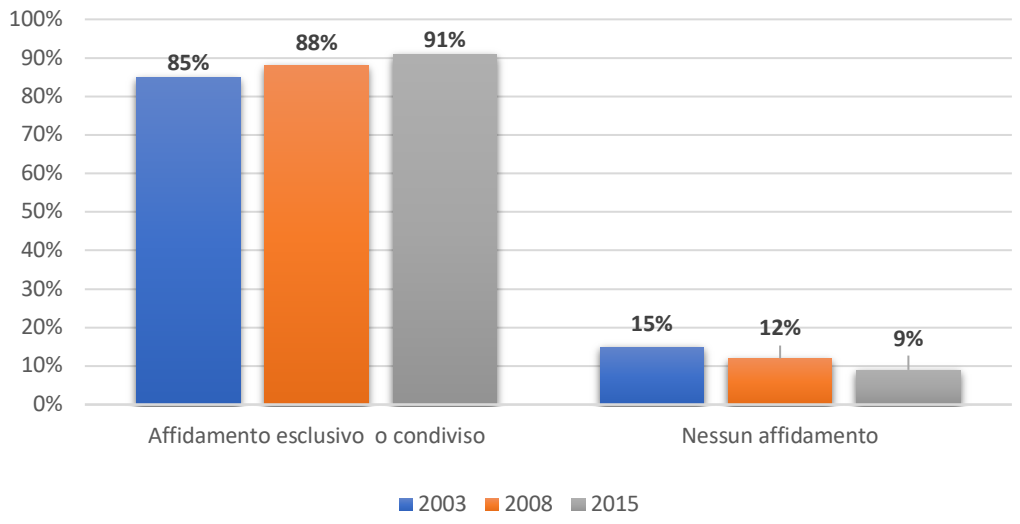
È evidente, dunque, che il fenomeno sottrattivo è oggi differente da quello al quale si faceva riferimento durante i lavori preparatori della Convenzione dell’Aja del 1980. E se anche si può pensare che la Convenzione, vanificando gli effetti giuridici del trasferimento del minore in un altro Stato, abbia contribuito a ridurre questa pratica da parte del genitore privo di diritti di custodia sul figlio, tanto da averla confinata ad una minima percentuale che non desta particolare preoccupazione, resta il fatto che l’impianto della Convenzione e le sue regole continuano ad operare su una realtà che è diversa (e per certi versi opposta) da quella per la quale sono stati predisposti. E questo, come vedremo in seguito, rende particolarmente urgente una nuova riflessione sui mezzi di contrasto del fenomeno.

È importante poi notare che, quando è la madre a realizzare la sottrazione (nella stragrande maggioranza dei casi, come si è visto), si tratta quasi sempre di madri

cui era stato riconosciuto l'affido del minore. Per far emergere tale dato, i due seguenti grafici fanno un confronto tra il diritto di affidamento in capo alla madre autrice di sottrazione internazionale (grafico n. 4) e in capo al padre autore di sottrazione (grafico n. 5).

Come si vede dal grafico n. 4, le madri risultano avere l'affidamento del minore nel 91% dei casi di sottrazione registrati nel 2015. La percentuale, pur attestandosi sempre su percentuali molto alte, è in costante aumento (era pari all'85% nel 2003 e all'88% nel 2008).

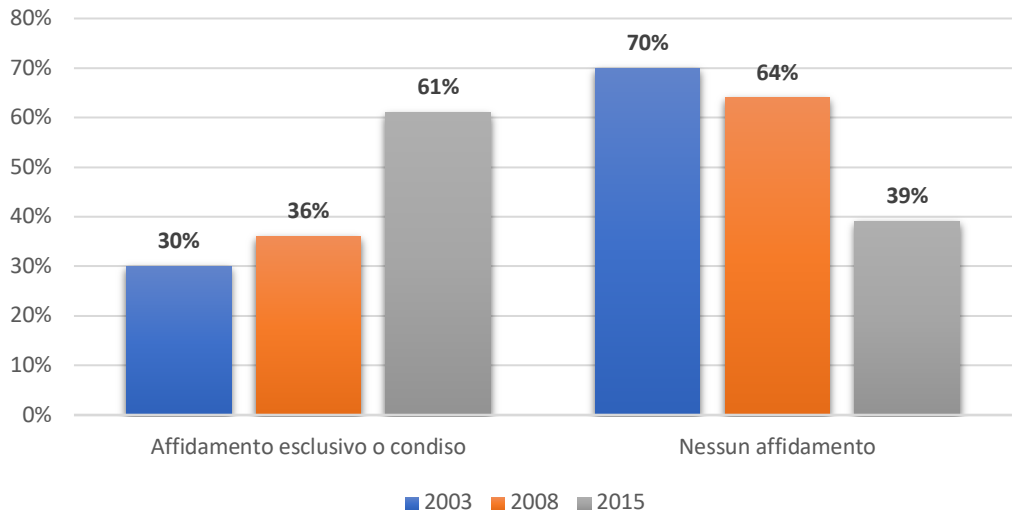
Grafico n. 4 - Affidamento in capo alle madri



Fonte: analisi statistiche della Conferenza dell'Aja

Dal grafico n. 5 emerge, invece, che i padri autori di sottrazione internazionale avevano l'affidamento esclusivo o condiviso del minore nel 61% dei casi nel 2015. La percentuale è, tra l'altro, ben più bassa negli anni precedenti: 30% nel 2003 e 36% nel 2008. Si tratta di una percentuale che, nel 2015, è diventata piuttosto elevata ma che – si ricorda - riguarda una percentuale ben più limitata di casi rispetto a quelli in cui autore della sottrazione è la madre.

Grafico n. 5 - Affidamento in capo ai padri

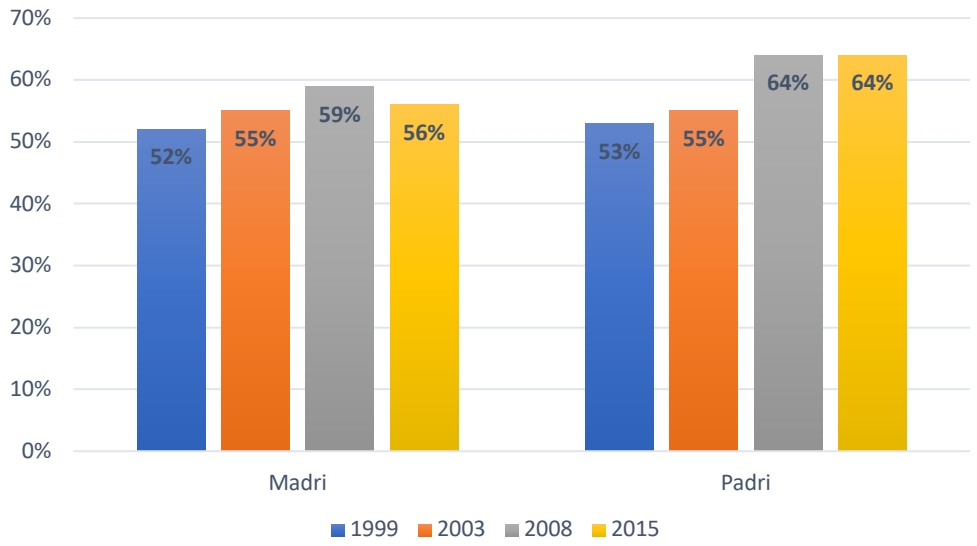


Fonte: analisi statistiche della Conferenza dell'Aja

Un'altra caratteristica dell'autore della sottrazione che merita di essere evidenziata è quella che riguarda la coincidenza tra Paese di origine del genitore che sottrae e luogo di destinazione al momento della sottrazione: nel 2015 questa identità si è realizzata nel 58% dei casi, avendo il genitore fatto ritorno, insieme al figlio, nel suo Paese di origine. La percentuale di casi di questo tipo è, del resto, rimasta piuttosto stabile negli anni (era del 52% nel 1999, del 55% nel 2003 e del 60% nel 2008), mostrando un aumento progressivo.

Nella maggior parte dei casi, dunque, il genitore porta il figlio a vivere nel luogo in cui può contare sulla presenza di familiari, amici e risorse e, come si vede nel grafico n. 6, non si riscontrano particolari differenze sotto questo profilo tra padri e madri. Si può solo notare come la percentuale sia lievemente superiore per i padri: tale differenza può essere verosimilmente spiegata alla luce del fatto che dopo la sottrazione il padre ha comunque bisogno di un aiuto per i figli a differenza della madre che, in caso di necessità, può invece farne a meno.

Grafico n. 6 - Ritorno nel Paese d'origine



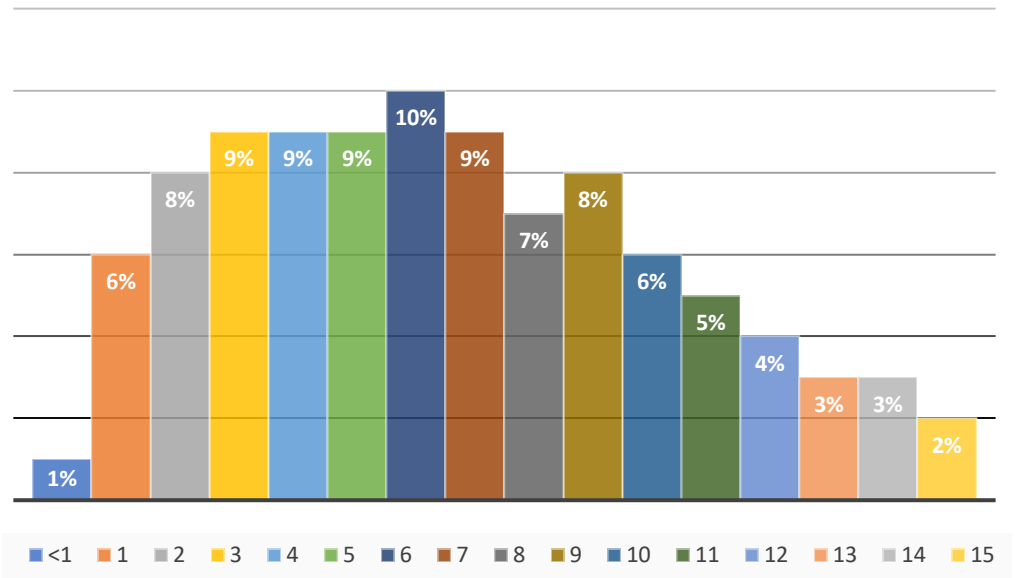
Fonte: analisi statistiche della Conferenza dell'Aja

2.3 Le caratteristiche dei minori coinvolti

Per quanto riguarda i minori sottratti, in riferimento all'anno 2015, il loro numero è stato di 2.997. Nel 70% dei casi la sottrazione ha coinvolto un solo minore, secondo una percentuale sostanzialmente stabile nel corso del tempo: questo dato era pari al 63% nel 1999, al 67% nel 2003 e al 69% nel 2008. Nessuna rilevanza sembra avere il sesso del minore: il 53% dei minori sottratti sono maschi e il 47% sono femmine.

Quanto alla età del minore sottratto, essa oscilla tra pochi mesi e 15 anni. I dati relativi al 2015 (grafico n. 7), mostrano come l'età dei minori sottratti sia prevalentemente tra i 2 e i 9 anni. Solo l'1% delle sottrazioni ha comportato il trasferimento di un bambino con meno di un anno, così come molto bassa è la percentuale di minori sottratti che abbiano più di 13 anni (circa 3% nel 2015).

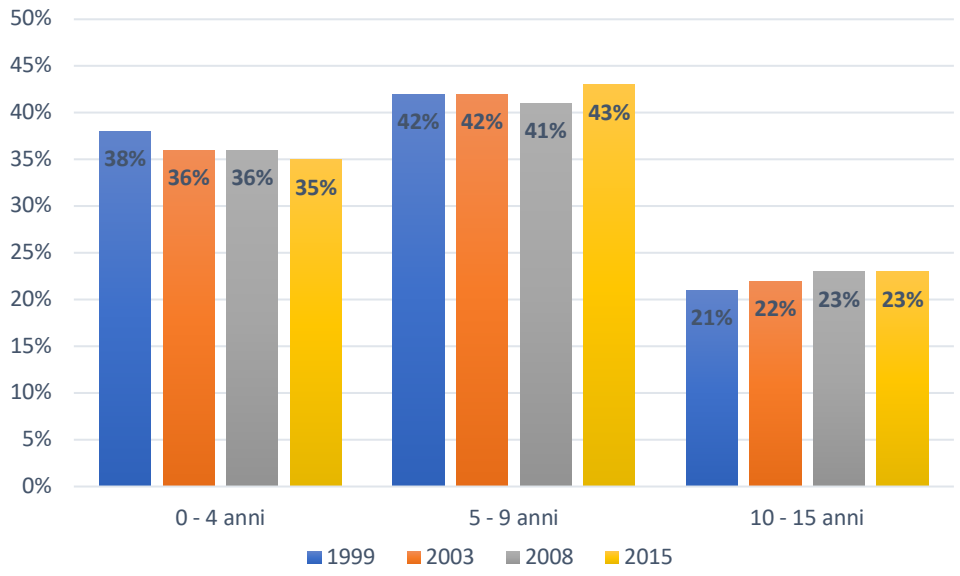
Grafico n. 7 - Età dei minori sottratti (2015)



Fonte: analisi statistiche della Conferenza dell'Aja

E ancora, come si vede dal grafico n. 8, anche rispetto all'età del minore non si notano particolari differenze se si confrontano i dati del 2015 con quelli raccolti negli anni precedenti (2008, 2003 e 1999). L'andamento nel corso degli anni è costante: in poco più di un terzo dei casi, la sottrazione coinvolge bambini piccolissimi (minori di 4 anni); la percentuale più alta (più del 40%) riguarda, invece, minori tra i 5 e i 9 anni.

Grafico n. 8 - Età dei minori sottratti (1999, 2003, 2008 e 2015)



Fonte: analisi statistiche della Conferenza dell'Aja

I dati relativi all'età dei minori sono particolarmente rilevanti soprattutto per affrontare la tematica dell'ascolto del minore: come si vedrà (v. *infra* cap. II, §1.2.4), per la Convenzione dell'Aja l'opposizione del minore al ritorno è una delle ragioni sulle quali si può basare il rigetto dell'istanza di rimpatrio. Il problema principale è però valutare quando il minore ha una capacità di discernimento tale da consentire di prendere in seria considerazione la sua opinione; le difficoltà maggiori si incontrano nel valutare la capacità critica e di autovalutazione di minori tra i 6 e i 10 anni, che costituiscono proprio la fascia d'età maggiormente colpita dal fenomeno sottrattivo.

3. Le cause del fenomeno

Per poter leggere in maniera più critica i dati a disposizione è necessario soffermarsi anche sulle cause della sottrazione internazionale di minore, la cui esistenza è stata percepita come problematica negli anni '70/'80 del secolo scorso

e che, nonostante gli strumenti di contrasto, sta continuando ad aumentare, ancorché con sembianze del tutto diverse.

Certamente la crescita dei movimenti migratori nel mondo, la globalizzazione e l'apertura delle frontiere hanno favorito la crescita delle unioni tra cittadini di nazionalità diversa, dando vita a una progressiva internazionalizzazione della famiglia e dunque a una maggiore possibilità che si verifichi una sottrazione internazionale nel momento in cui il rapporto coniugale dovesse incrinarsi[14]. Tuttavia, non ci si può limitare a questa constatazione: data l'elevatissima percentuale di madri che si allontana dalla casa familiare con il figlio, o i figli, al seguito, il fenomeno impone una lettura in un'ottica di genere[15], non solo per le sue cause ma anche per le modalità con cui si sta combattendo. Significative, sotto questo profilo, le parole di una giudice inglese sul lavoro da lei svolto nei casi di sottrazione internazionale: «*Many years ago, when I was in the Family Division, it often felt as if my role was to oppress women, and specifically, mothers – always for a good reason, of course, but that was how it felt*»[16].

Per comprendere il cambiamento avvenuto nelle persone che ricorrono alla sottrazione internazionale del minore (madri molto più che padri, rispetto al passato) e le ragioni per le quali un genitore arrivi a questo gesto estremo pur quando già gli sia stato riconosciuto l'affidamento del figlio, è necessario soffermarsi su un fenomeno che affligge molte famiglie e che sembra avere

---

[14] Così in F. MOSCONI, D. RINOLDI (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore. Studi e documenti sul kidnapping internazionale*, Cedam, 1988, p. 31; nello stesso senso A. CAPUTO, *La sottrazione internazionale di minori. Tra diritto penale e ordinamenti sovranazionali*, p. 14; e ancora M. SALVADORI, *La protezione dei minori oltre i confini internazionali: gli strumenti di diritto internazionale*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori*, Cacucci Editore, 2019, p. 18.

[15] Nello stesso senso, M. KAYE, *The Hague Convention and the flight from domestic violence: how women and children are being returned by coach and four*, in *International Journal of law, Policy and the Family*, 13, 1999, p. 192, secondo cui «*the circumstances surrounding removals are inevitably gendered*».

[16] Con questa frase la Presidente della Corte Suprema del Regno Unito, Brenda Hale, apre un suo articolo sul tema della sottrazione internazionale di minori nei casi di violenza domestica, cfr. B. HALE, *Taking flight. Domestic Violence and Child Abduction*, in *Current Legal Problems*, vol. 70, 2017, p. 3.

importanti ripercussioni anche nell'ambito della sottrazione internazionale: la violenza domestica.

3.1. La sottrazione internazionale come rimedio alla violenza domestica

Già in uno studio condotto nel 1993 negli Stati Uniti, con la collaborazione di organizzazioni private specializzate nel sostegno a genitori di figli scomparsi, era emerso che in molti dei 368 casi di sottrazione internazionale individuati, e nei quali era la madre ad avere sottratto il figlio, la relazione con il *partner* era caratterizzata da comportamenti violenti, che in alcuni casi erano all'origine della separazione coniugale, in altri ne erano invece la conseguenza[17].

Più recentemente, un altro studio che si è occupato di questo stesso tema ha avuto ad oggetto 22 casi di sottrazione, di cui 14 casi realizzati da madri (63%) e i restanti 8 da padri. I minori coinvolti erano 33, ugualmente distribuiti tra maschi e femmine (17 i maschi e 16 le femmine), che vivevano nella maggior parte dei casi (13 su 22) con entrambi i genitori, in 8 casi solo con la madre e in un solo caso unicamente con il padre[18]. Dalle interviste realizzate è emerso che tutte le madri si sono decise a scappare con il figlio per la situazione difficile e spesso violenta che stavano vivendo in famiglia: le ragioni addotte riguardano, infatti, la necessità di sottrarsi ad abusi, maltrattamenti e violenze sessuali da parte del *partner* (in alcuni casi sul minore); la ricerca di una qualità di vita migliore; il desiderio di andare incontro ai bisogni del figlio; una separazione particolarmente conflittuale; la paura nei confronti del compagno; la tristezza e la disperazione. Tutti i casi si erano conclusi con il ritorno del minore, per lo più ordinato all'esito del giudizio avviato in base alla Convenzione dell'Aja (18 casi su 22); in soli 3 casi il ritorno è stato invece volontario. E si noti che mentre ben 13 delle 14 madri autrici della sottrazione hanno accompagnato il figlio nel viaggio di ritorno, ancorché – come si è detto - non

---

[17] Cfr. G.L. GREIF, R.L. HEGAR, *When parents kidnap. The Families Behind the headlines*, in *The Free Press*, 1993, p. 56.

[18] M. FREEMAN, *The Outcomes for Children Returned Following an Abduction*, settembre 2003. Si tratta di uno studio empirico condotto nell'ambito dell'organizzazione *Reunite Research Unit* che si occupa di dare suggerimenti, informazioni e supporto ai genitori vittime di sottrazione internazionale, pubblicato nel settembre 2003 e curato da Marilyn Freeman.

fossero obbligate a farlo, nessuno degli 8 padri è rimasto vicino al figlio tornando nel Paese di residenza abituale con il minore.

Che alla base della condotta sottrattiva delle madri ci fosse il riconoscimento di una storia di violenza è dimostrato dalle 'raccomandazioni' (c.d. *undertakings*) che hanno accompagnato l'ordine di ritorno in 12 casi su 18. Si tratta di raccomandazioni che vengono inserite all'interno dell'ordine di rimpatrio, al fine di aiutare il genitore autore della sottrazione, solitamente la madre, a rientrare con il minore ovviando a difficoltà economiche o di altro tipo che gli impedirebbero altrimenti di fare ritorno nello Stato di residenza abituale. Così, ad esempio, nei casi oggetto dello studio si è raccomandato al genitore che aveva chiesto il ritorno del minore (c.d. *left behind*) di non usare violenza nei confronti della compagna, di non dare inizio a un procedimento penale nei suoi confronti oppure di trovare un alloggio in cui il bambino e la madre potessero vivere insieme.

Purtroppo, in 8 casi su 12, gli avvertimenti non hanno sortito alcun effetto: in particolare, nessuna richiesta di astenersi da comportamenti violenti è stato rispettata, così come non sono state tenute in considerazione le raccomandazioni sulla ricerca di una sistemazione abitativa per madre e figlio. In una intervista, ad esempio, la madre autrice della sottrazione racconta che dopo il ritorno non aveva da dare da mangiare al figlio, nonostante la raccomandazione al padre, nell'ambito del procedimento di ritorno, di fornire a lei e al minore un alloggio e le risorse economiche per vivere dignitosamente. In un altro caso la donna intervistata ha riferito di aver dovuto chiamare la Polizia una volta rientrata in Inghilterra (luogo di residenza abituale del minore), in quanto più volte l'*ex partner* l'aveva aggredita e molestata nonostante avesse ricevuto il divieto di avvicinarsi a lei, regolarmente comunicato anche all'Autorità giudiziaria locale.

Il confronto con le operatrici dei centri antiviolenza conferma, del resto, questa triste realtà anche per quanto riguarda il nostro Paese: emergono storie di donne che hanno seguito il compagno in un Paese a loro sconosciuto, senza risorse economiche proprie e senza riferimenti personali, e che giorno dopo giorno lo hanno visto diventare sempre più aggressivo e violento, tanto da convincersi che

l'unico modo per sottrarsi alla sua violenza era quello di tornare nel loro Paese per avere l'aiuto e il conforto dei familiari.

3.2 I problemi in sede di affidamento dei minori: il mito della bigenitorialità

Come si è visto, i dati testimoniano come la sottrazione sia attuata prevalentemente da genitori (soprattutto madri) che avevano l'affido, perlomeno condiviso, del figlio. Occorre dunque soffermarsi brevemente anche sul tema dell'affidamento del minore, che presenta dei profili problematici per la comprensione del fenomeno che stiamo esaminando.

L'affermazione a livello internazionale del principio della bigenitorialità, ovvero del diritto del bambino ad avere un rapporto stabile e continuativo con entrambi i genitori, ha influito sulle prassi in tema di affidamento, inducendo a preferire, appena possibile, l'affidamento condiviso, anziché quello esclusivo in capo a uno soltanto dei genitori.

La prima fonte sovranazionale ad aver affermato questo principio è la già menzionata Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'Infanzia e dell'adolescenza del 20 novembre 1989 che sancisce «*Il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario al preminente interesse del fanciullo*» (art. 9, §3), specificando poi che, anche nel caso in cui i genitori abitino in Stati diversi, il minore «*Ha diritto a intrattenere rapporti personali e contatti diretti regolari con entrambi i suoi genitori, salvo circostanze eccezionali*» (art. 10, §2).

Qualche anno dopo, tale diritto è stato ribadito a livello europeo dalla Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea, la quale pure afferma che «*Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse*» (art. 24, §3).

Come anticipato, la recezione del principio della bigenitorialità nelle legislazioni nazionali ha comportato che la scelta prioritaria in tema di affidamento di minori a seguito di separazione o di divorzio sia l'affidamento condiviso, a meno che non ci

sia un effettivo grave pregiudizio per il minore in conseguenza della protrazione della relazione con il genitore; di conseguenza, sono particolarmente frequenti i casi nei quali il genitore, pur avendo l'affido del figlio (condiviso), si rende responsabile di sottrazione di minori perché non è l'unico a poter prendere decisioni sulla sua residenza ma deve stabilirla in accordo con l'altro genitore.

3.2.1 La situazione in Italia: affidamento condiviso, esclusivo e *super* esclusivo

Il principio della bigenitorialità è stato recepito in Italia nel 2006: l'art. 337-*ter* c.c. ora dispone che «*Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale*». La disposizione continua stabilendo che, per garantire questo rapporto equilibrato e continuativo, il giudice è tenuto a valutare "*prioritariamente*" l'affidamento condiviso del minore, relegando l'affidamento esclusivo a possibile eccezione, per il caso in cui la protrazione del rapporto con uno dei genitori sia contraria all'interesse del minore. La giurisprudenza formatasi sul punto ha peraltro precisato che il giudice, nel caso in cui decida per l'affidamento esclusivo, ha il dovere di motivare non solo, in negativo, sulle carenze del genitore cui il minore non sia affidato ma anche, in positivo, sulla sua "*inidoneità educativa*"[19].

Inoltre, è orientamento consolidato che la 'conflittualità di coppia' non basta a motivare un provvedimento di affido esclusivo, perché altrimenti si finirebbe per far diventare l'affidamento condiviso una eccezione e non già la regola come richiesto dalla legge e più in generale dal diritto del minore alla bigenitorialità[20].

---

[19] Così, ad esempio, Cass. civ, Sez. I, 6 marzo 2019, n. 6535 in Giustizia Civile Massimario, 2019.

[20] Cfr., tra le altre, Cass. Sez. I, 18 giugno 2008, n. 16593, in *Foro it.,* 2008, 9, I, 2446, nella quale si afferma che, per assolvere all'obbligo di motivazione, il giudice dovrebbe motivare nello specifico perché le incomprensioni e i contrasti che caratterizzano la coppia non possono essere superati.

Proprio la confusione però tra conflitto e violenza porta in molti casi i giudici a non rendersi conto di essere in presenza di abusi fisici e/o psicologici sulle donne e non di una mera litigiosità di coppia. Ciò in realtà discende anche dal tenore delle consulenze tecniche d'ufficio che spesso tendono a riportare episodi di violenza in maniera poco oggettiva o comunque molto sfumata, senza dare una chiara immagine al giudice di quale sia la realtà effettiva. Si tratta in effetti di una valutazione, quella demandata ai consulenti tecnici d'ufficio, molto complessa[21] e di grande rilevanza nei giudizi di affidamento, proprio perché il giudice tende ad aderirvi, alle volte acriticamente. Molto recentemente uno studio ha per la prima volta indagato le conoscenze e le opinioni dei consulenti tecnici d'ufficio chiamati ad intervenire nei casi di affidamento in contesti di violenza domestica[22]. L'indagine è stata svolta intervistando 15 consulenti tecnici d'ufficio (13 psicologi e 2 psichiatri) ugualmente divisi tra uomini e donne. Dalle risposte che sono state raccolte è risultato un quadro piuttosto allarmante: è emersa, innanzitutto, la mancanza di una formazione specifica in tema di violenza di genere, tanto che molti di loro considerano non corretto parlare di violenza degli uomini contro le donne, seppur i dati mostrino come le vittime di violenza sessuale, maltrattamenti e atti persecutori siano nel 90% circa dei casi donne[23]; e ancora, ben 12 consulenti su 15

---

[21] Anche da studi internazionali emergono problematiche relative all'affidamento dei minori in contesti di violenza familiare: spesso i giudici, basandosi su consulenza tecniche d'ufficio, valutano come migliore per il minore l'affidamento condiviso, pur in presenta di violenza domestica nei confronti della madre (cfr. L. BANCROFT, J. SILVERMAN, *The Batterer as parent: adressing the impact of domestic violence on family dynamics*, II ed., Sage, 2012); altre volte i minori vengono addirittura affidati al solo padre, pur violento (J.S. MEIER, *A historical perspective on parental alienation syndrome and parental alienation*, in *Journal of Child Custody*, 2009, p. 232; J. SILBERG, S. DALLAM, *Abusers gaining custody in family Courts: A case series of over turned decisions*, in *Journal of Child Custody*, 2019, p. 140); e ancora, spesso la violenza raccontata dalle donne viene sminuita in favore del principio della bigenitorialità (cfr. J.S. MEIER, S. DICKSON, *Mapping gender: shedding empirical light on family courts' treatment of cases involving abuse and alienation*, in *Law & Inequality*, 2017, p. 311).

[22] M. FERESIN, M. SANTONOCITO, P. ROMITO, *La valutazione delle competenze genitoriali da parte dei CTU in situazioni di violenza domestica: un'indagine empirica*, in *Sistema Penale (sistemapenale.it)*, 29.9.2021.

[23] Dai dati dei processi del Tribunale di Milano del 2016 emerge, ad esempio, che il 94% delle persone offese del reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.) erano

sostengono che il principio della bigenitorialità vada tutelato sempre, anche nei casi di violenza domestica e quindi a vantaggio del padre violento; la maggior parte di loro, poi, reputa le denunce delle donne perlopiù strumentali e, dunque, anche gli episodi di violenza domestica raccontati non credibili ma solo uno strumento per ottenere l'affidamento dei minori. Non sorprende, quindi, il fatto che in un numero elevato di casi la tematica della violenza non sia adeguatamente presa in considerazione nelle decisioni dei giudici civili in tema di affidamento, nelle quali, alla fine, si perviene ad accordare un affidamento congiunto.

Tra l'altro, secondo la normativa italiana – e, in particolare, dopo la riforma della responsabilità genitoriale avvenuta con il d.lgs. n. 154 del 2013 –, se anche viene concesso l'affidamento esclusivo, le decisioni di maggiore rilievo per il minore devono essere prese in accordo tra i genitori (art. 337-*quater* c.c.). Ne consegue che il genitore, pur avendo l'affido esclusivo del figlio (in ragione di una inidoneità educativa dell'altro genitore), deve accordarsi con l*'ex-partner* nel prendere le decisioni fondamentali per il figlio, tra le quali figura quella della scelta del luogo nel quale debba risiedere il minore. La disciplina prevede però una clausola di salvaguardia: si prevede, infatti, che anche in caso di affidamento esclusivo, le decisioni di maggiore interesse per il figlio devono essere adottate da entrambi i genitori "*salvo che non sia diversamente stabilito*" (art. 337-*quater* co. 3 c.c.). Ed è proprio questo inciso che ha consentito alla giurisprudenza di introdurre nella prassi la figura del c.d. affidamento *super esclusivo*: un affidamento esclusivo, adottato in situazioni residuali, che permette al genitore affidatario di assumere autonomamente tutte le decisioni che riguardano il minore[24]. Solo in questo caso, dunque, il genitore affidatario potrebbe allontanarsi dallo Stato di residenza abituale con il figlio senza doversi previamente accordare con l'altro genitore, esercente la

---

donne, così come lo era il 92% delle vittime di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.). I dati sono stati pubblicati in F. ROIA, *Crimini contro le donne. Politiche, leggi e buone pratiche*, FrancoAngeli, 2017, p. 42.

[24] L'affidamento c.d. *super* esclusivo è stato applicato per la prima volta nel 2014 in un'ordinanza del Tribunale di Milano (Ordinanza del 20 marzo 2014, estensore dott. Giuseppe Buffone).

responsabilità genitoriale e quindi senza commettere sottrazione internazionale ai sensi della Convenzione dell'Aja.

Un'ulteriore problematica che spesso accompagna la degradazione della violenza a conflitto tra coniugi, e che dà spesso luogo a decisioni poco tutelanti nei confronti della madre, è la c.d. sindrome da alienazione parentale (o PAS, dall'acronimo *Parental Alienation Syndorme*)[25]. L'esistenza di questa 'sindrome' viene spesso invocata in giudizio per giustificare il fatto che un minore rifiuti uno dei genitori, sulla base di motivazioni che la Corte ritiene non attendibili: si attribuisce dunque la colpa di questo atteggiamento 'ostile' del figlio al genitore c.d. alienante, che sarebbe la conseguenza del fatto di aver denigrato l'altro genitore, di averlo cioè 'alienato' agli occhi del figlio. Tuttavia, già nel 2012 questa teoria è stata dichiarata priva di fondamento scientifico dal Ministro della Salute[26] e, a più riprese, la Corte di Cassazione ha ribadito la sua infondatezza, affermando che «*nelle ipotesi in cui sia formulata la diagnosi di sussistenza della PAS, non essendovi certezze nell'ambito scientifico a riguardo, il giudice del merito, ricorrendo alle proprie cognizioni scientifiche oppure avvalendosi di idonei esperti è comunque tenuto a verificarne il fondamento*» [27].

---

[25] Si tratta di una teoria elaborata dal medico americano Alan Gardner e pubblicata per la prima volta nel 1985, sulla rivista di opinioni *Academy Forum*; è giunta in Italia solo nel 1997, a seguito della diffusione della traduzione di tale articolo.

[26] Si veda in particolare il resoconto stenografico della seduta n. 706 del 18 ottobre 2012, rinvenibile al sito della Camera, nella sezione 'documenti'.

[27] Cfr. Cass. civ., Sezione I, 16 maggio 2019, n. 1327 in *DeJure*. Sulla pericolosità dell'applicazione in giudizio di questa sindrome si veda anche la requisitoria della Sostituta Procuratrice Generale presso la Corte di Cassazione, dott.ssa Ceroni, in un giudizio di impugnazione in Cassazione di una sentenza della Corte d'Appello di Roma con la quale un minore, in una situazione di violenza domestica, era stato collocato in una casa-famiglia, e non invece con la madre, per evitare proprio che potesse diventare vittima della c.d. alienazione parentale (cfr. Procura Generale della Corte di Cassazione, Ricorso R.G. n. 36260/19, ud. camerale del 15.3.2021).

3.3 La difficoltà di ottenere per vie legali il trasferimento della residenza del minore

Un altro aspetto da affrontare, per comprendere meglio le ragioni alla base della decisione di un genitore di scappare all'estero con il figlio all'insaputa dell'altro, pur avendone l'affido, riguarda la difficoltà di ottenere in altro modo il trasferimento di residenza del minore: infatti, se tra i genitori che hanno la responsabilità genitoriale non c'è un accordo sul luogo di residenza del minore, la questione deve essere portata davanti al giudice.

I procedimenti sulla c.d. *relocation* del minore sono alquanto complessi: è necessario un approfondimento dettagliato della vita familiare e di tutte le motivazioni che hanno spinto il genitore a chiedere il trasferimento della residenza, poiché si parte sempre dal presupposto che il cambio di residenza comporta diversi rischi per il minore. Da un lato, infatti, egli viene sradicato dal luogo in cui è cresciuto e si è ambientato fino a quel momento; dall'altro, nel caso di genitori separati o divorziati, il trasferimento di regola implica un contatto più difficoltoso con il genitore che resta nello Stato di residenza abituale, andando così ad incidere su quel fondamentale diritto del minore a crescere con entrambi i genitori presenti.

Diversi studi sono stati realizzati sugli effetti che il cambio di residenza può avere sul minore. In particolare, una differenza sostanziale è stata riscontrata nei casi in cui il trasferimento sia avvenuto all'interno di famiglie unite (in cui i genitori non stavano cioè affrontando un divorzio) rispetto a quelli in cui i genitori erano separati.

Nel primo caso, infatti, sembrerebbe che i minori che hanno dovuto affrontare un cambio di residenza non necessariamente hanno subito un pregiudizio ed anzi, laddove il contesto familiare era positivo e sereno, ne hanno anche beneficiato in termini di resilienza e capacità di ambientarsi in situazioni nuove e problematiche[28].

---

[28] J. NATHANSON, M. MARCENKO, *Young Adolescents' Adjustment to the Experience of Relocating Overseas*, in *International Intercultural Rel.*, p. 413, 1995. Si tratta di uno studio condotto su 174 adolescenti che da Stati in cui si parlava inglese si sono dovuti trasferire in Giappone. Non mancano tuttavia studi che giungono a conclusioni diverse, sostenendo che in ogni caso i trasferimenti di residenza sono dannosi per lo sviluppo psico-fisico del minore e inducono problemi comportamentali, così ad esempio nello studio di T. JELLYMAN, N.

Certamente in questi casi i minori non devono affrontare anche il deteriorante conflitto familiare e le decisioni, nella gran parte dei casi, sono prese all'interno della famiglia, senza ricorrere a un soggetto terzo (il giudice).

Diversa è invece la situazione quando vi è un conflitto in atto tra i genitori, che sono in fase di separazione. In questi casi il minore non solo si troverà ad assistere alle discussioni familiari ma, in caso di trasferimento in un altro Stato, oltre a dover affrontare il cambiamento, perderà in tutto o in parte il contatto con il genitore che resta nello Stato di residenza abituale[29]. In diversi casi, poi, al conflitto familiare si aggiunge la violenza domestica: in uno studio australiano condotto tramite interviste a genitori coinvolti in 38 casi di trasferimento di residenza, è emerso che nella maggioranza dei casi la madre aveva portato come motivazione del trasferimento – nel corso del procedimento – l'aver subito violenza fisica e psicologica da parte del compagno. Non sempre, tuttavia, la violenza viene riconosciuta e presa in carico; in alcuni casi essa è stata relegata ad argomento marginale se non addirittura considerata come una motivazione non sufficientemente valida per la richiesta di trasferimento[30].

Questi casi purtroppo sollevano un ulteriore problema per le madri che subiscono violenza e che decidono di trasferirsi con i loro figli: rivolgendosi all'autorità giudiziaria per essere autorizzate al trasferimento, si espongono al rischio derivante dalla denuncia della violenza che stanno vivendo, senza avere alcuna protezione e soprattutto con un'alta probabilità di non ottenere l'autorizzazione sperata.

L'esito, infatti, della richiesta di trasferimento, per tutte le motivazioni fino ad ora elencate, non è assolutamente scontato. Ancora una volta si registra una carenza di dati in Italia in quanto non ci sono studi che si sono occupati della tematica del

---

SPENCER, *Residential Mobility in Childhood and Health Outcomes: A Systematic Review*, in *Epidemiology & Community Health*, p. 584, 2008.

[29] Per una panoramica sugli studi condotti si veda W.G. AUSTIN, *Relocation, Research and Forensic Evaluation, Part I: Effects of Residential Mobility on Children of Divorce*, in *Fam. Ct. Rev.*, 2008, p. 137; N. TAYLOR, M. FREEMAN, *International Research Evidence on Relocation: Past, Present and Future, in Family*, in *Law Quarterly*, 2010, p. 322.

[30] Cfr. N. TAYLOR, M. FREEMAN, *op. cit.*, p. 332.

trasferimento. Tuttavia, è possibile fare riferimento ad alcune indagini condotte in Australia[31], Nuova Zelanda[32] e Canada[33] in diversi archi temporali. Pur essendo difficilmente interpretabili in quanto riferiti a Stati con peculiarità proprie e in periodi differenti (dal 1196 al 2004 in Canada; dal 1988 in avanti in Nuova Zelanda e dal 2006 al 2008 in Australia), emerge come le percentuali in cui il trasferimento è stato concesso in giudizio non siano molto alte.

Per concludere, dunque, anche l'alternativa legale alla sottrazione non è una strada così agevole, soprattutto nei casi in cui la richiesta di trasferimento è dettata dall'esigenza di fuggire dalla violenza domestica. Se infatti, in linea generale, le motivazioni sottese al trasferimento devono essere bilanciate con tutti gli altri interessi in gioco - e in particolare con il diritto del minore a vivere una vita stabile con entrambi i genitori vicini -, i casi in cui all'interno della famiglia il padre abbia un comportamento maltrattante, che certamente incide in maniera negativa anche sul minore che assiste alla violenza (c.d. violenza assistita), dovrebbero avere perlomeno una corsia preferenziale ed essere trattati con cautela e con competenze specifiche per non pregiudicare l'interesse del minore.

---

[31] Per l'indagine condotta in Australia dal 2006 al 2008 si rinvia a P. PARKINSON, *The realities of Relocation: Messages from Judicial Decisions*, in *Australian Journal Families*, 2008.

[32] Per quanto riguarda la Nuova Zelanda (dal 1988 in avanti) il riferimento è a N. TAYLOR, M. FREEMAN, *op. cit.*, p. 336.

[33] Per l'indagine svolta in Canada dal 1996 al 2004 si veda, in particolare, R. THOMPSON, *Movin' on: parental relocation in Canada*, in *Fam. Ct. Rev.*, 2004, p. 398.

CAPITOLO II
Gli strumenti normativi internazionali in risposta alla sottrazione di minori

Sommario: 1. La Convenzione dell'Aja del 1980 «*sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*». **1.1** La procedura di rimpatrio del minore. **1.2** Possibili eccezioni al rimpatrio. **1.2.1** La nozione di residenza abituale. **1.2.2** Il consenso al trasferimento e il mancato esercizio dei diritti di custodia. **1.2.3** La c.d. *Grave risk exception* (art. 13, §1, lett. b della Convenzione). **1.2.4** L'opposizione al rientro da parte del minore. **1.3** Natura sommaria del procedimento. **2.** La peculiarità della disciplina per i Paesi membri dell'Unione europea. **2.1** Il Regolamento europeo n. 2201/2003: limiti alla c.d. *Grave risk exception* e il c.d. *Trumping order*. **2.1.1** Il nuovo Regolamento europeo n. 1111/2019. **2.2** Il Regolamento europeo n. 1862/2018 e l'intervento sui minori a rischio di sottrazione internazionale. **3.** La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di sottrazione internazionale di minori. **4.** Il possibile ricorso alla mediazione familiare nei procedimenti di sottrazione internazionale di minori. **5.** Il problema della disciplina applicabile in alternativa alla Convenzione dell'Aja del 1980.

1. La Convenzione dell'Aja del 1980 «*sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*»

Come già anticipato, lo strumento normativo principale che viene in considerazione nei casi di sottrazione internazionale è la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 «*sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minore*» (di seguito, più semplicemente, Convenzione), ratificata dal nostro Paese con la legge n. 64 del 15 gennaio 1994. La Convenzione è stata adottata nell'ambito della Conferenza di diritto privato internazionale dell'Aja, un'organizzazione internazionale permanente, riunitasi per la prima volta nel 1893 e volta alla cooperazione giudiziaria e amministrativa nell'ambito del diritto internazionale privato, con l'obiettivo specifico di uniformare le norme di diritto internazionale privato attraverso l'elaborazione di trattati multilaterali. Attualmente i membri della

Conferenza sono 83 (82 Stati e un'organizzazione internazionale, l'Unione europea[34]); i Paesi membri si riuniscono ogni 4 anni in sessione plenaria per concordare e negoziare trattati che devono poi essere ratificati dagli Stati. I principali organi della Conferenza sono: il Consiglio, l'Assemblea permanente e il Segretariato (c.d. *Permanent Bureau*)[35].

La Convenzione ha riscosso un grande successo a livello internazionale, essendo ad oggi ben 101 gli Stati firmatari: quasi 20 Stati in più rispetto ai membri della Conferenza dell'Aja. L'obiettivo della Convenzione è di assicurare il rientro del minore nel suo Stato di residenza abituale nel più breve tempo possibile[36], perché si muove dalla premessa che, da un lato, la sottrazione – oltre ad essere illecita quando si pone in violazione dei diritti di custodia, effettivamente esercitati dal genitore che chiede il rientro del figlio[37] - è sempre dannosa per il minore e, dall'altro lato, l'autorità giudiziaria dello Stato di residenza abituale del minore è la più adatta ad assumere decisioni nel suo interesse, conoscendo il contesto sociale e culturale nel quale egli è cresciuto. Il rientro è dunque finalizzato a ristabilire la

---

[34] Si veda, in particolare, la decisione del Consiglio, 2009/397/CE, del 26 febbraio 2009, pubblicata in G.U.U.E. 29 maggio 2009; per approfondimento si rinvia a P. FRANZINA, *L'adesione della Comunità europea alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc*., 2007, p. 440.

[35] Per maggiori dettagli si rinvia a F. POCAR, H. VAN LOON, *The 120th anniversary of The Hague Conference on Private International Law*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc*., 2014, p. 571; M. SALVADORI, *La protezione dei minori oltre i confini internazionali: gli strumenti di diritto internazionale*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori*, Cacucci, 2019, p. 20.

[36] Nel preambolo della Convenzione dell'Aja del 1980 si legge che è stata conclusa «*To protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access*". Lo stesso obiettivo è ripetuto nell'art. 1 della Convenzione secondo cui "*The objects of the present Convention are a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State; and b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States*».

[37] Così recita l'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1980: «*The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where: a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised (...)*».

situazione precedente al trasferimento: è una decisione sul ritorno per consentire poi al giudice nazionale di decidere sull'affidamento del minore e quindi, indirettamente, sulla possibilità che il minore vada a vivere nell'altro Stato con uno dei genitori[38]. La procedura mira anche ad evitare il c.d. *forum shopping*, ossia la scelta, da parte del genitore che realizza la sottrazione, del giudice cui sottoporre la questione dell'affidamento, al fine di ottenere una decisione più favorevole[39].

Alla procedura di rimpatrio prevista dalla Convenzione dell'Aja può fare ricorso solo il genitore cui è stato sottratto il figlio illecitamente, cioè in violazione dei suoi diritti di genitore, tra i quali rientra quello di decidere sulla residenza abituale del figlio. La Convenzione dell'Aja del 1980 distingue in proposito i «*rights of custody*» (diritti di custodia) dai «*rights of access*» (diritto di visita): ai sensi dell'art. 5 della Convenzione i diritti di custodia comprendono «*i diritti concernenti la cura della persona del minore, ed in particolare il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza*», mentre il diritto di visita è il diritto del genitore di vedere il figlio nelle modalità fissate dall'Autorità competente, indipendentemente dal potere di intervenire nella scelta della residenza abituale del figlio. La sottrazione determina una violazione dei diritti di custodia quando il genitore che lamenta la sottrazione aveva il diritto di decidere la residenza del figlio, anche in forma congiunta con

---

[38] Si vedano sul punto gli artt. 16 e 19 della Convenzione dell'Aja. Si precisa, inoltre, che la Convenzione non specifica da chi debba fare ritorno il minore. Infatti, non necessariamente il minore deve tornare dal genitore *left-behind*, né è specificato il luogo esatto, all'interno dello Stato di residenza abituale, in cui il minore deve fare rientro. Questa flessibilità conferma, ancora una volta, la competenza dell'Autorità nazionale a decidere dove e con chi il minore dovrà risiedere. La questione è stata recepita anche dalla giurisprudenza italiana, per la quale è pacifico che: «*Il giudizio sulla domanda di rimpatrio non investe il merito della controversia relativa alla migliore sistemazione possibile del minore*» (Cass. civ., Sez. I, 11 novembre 2019 n. 29063, in *Riv. dir. fam. suc*c., 2020, p. 37).

[39] Si rinvia, per maggiore approfondimento sugli obiettivi della Convenzione dell'Aja e sui lavori che hanno portato alla sua adozione, a T. KRUGER, *International Child Abduction. The Inadequacies of the Law*, Hart Publishing, 2011; P.R. BEAUMONT, P.E. MCELEAVY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999; A. CAGNAZZO, *La sottrazione internazionale di minori*, Cacucci, 2019; R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention. A critical Analysis*, Hart Publishing, 2013; V. PARAGGIO, F. CICARELLA, *La sottrazione internazionale di minori*, Laurus, 2005.

l'altro genitore[40]. Il diritto di decidere il luogo di residenza del figlio è sempre presente in capo al genitore che ha l'affido esclusivo o condiviso del minore e, in alcuni ordinamenti (come quello italiano), è riconosciuto anche in capo al genitore che ha la sola responsabilità genitoriale, poiché l'affidamento è attribuito in via esclusiva all'altro genitore[41].

1.1 La procedura di rimpatrio del minore

La Convenzione si applica in tutti i casi in cui la residenza abituale del minore è in uno degli Stati firmatari. Il giudizio sul rientro del minore si svolge nello Stato di rifugio, cioè nello Stato in cui il minore si trova in occasione dell'illecito trasferimento, su richiesta del genitore *left-behind* che può presentare domanda di rientro all'Autorità centrale dello Stato di residenza abituale del minore (ma anche ad altre Autorità centrali se più facilmente contattabili) ai sensi dell'art. 8, §1 della Convenzione. L'Autorità centrale provvederà dunque ad analizzare la richiesta e, se è corredata da tutte le informazioni richieste dall'art. 8, §2 della Convenzione[42],

---

[40] Ai sensi della Convenzione, dunque, la violazione del diritto di visita è meno grave della violazione dei diritti di custodia, tanto che non commette un fatto di sottrazione internazionale il genitore che si reca all'estero con il minore impedendo all'altro genitore il legittimo esercizio del diritto di visitare il figlio. In questi casi non potrà essere ordinato il rimpatrio del minore ma potrà essere richiesta, ai sensi dell'art. 21 della Convenzione, una 'riorganizzazione' del diritto di visita alla luce della nuova residenza del minore.

[41] In Italia, infatti, come già ricordato (v. *supra* cap. I, §3.2.1), l'art. 337-*quater* c.c. nel disciplinare l'affidamento esclusivo del minore prevede che, anche nei casi di affidamento esclusivo, «*salvo che non sia diversamente stabilito*» le decisioni di maggiore interesse per il minore, e tra queste la scelta della residenza abituale, devono essere prese da entrambi i genitori.

[42] Ai sensi dell'art. 8, §2, della Convenzione dell'Aja, la richiesta di rimpatrio, ai fini dell'ammissibilità, deve in particolare contenere: «*a) Le informazioni concernenti l'identità del richiedente, del minore o della persona che si adduce abbia sottratto o trattenuto il minore; b) la data di nascita del minore, qualora sia possibile procurarla; c) i motivi addotti dal richiedente nella sua istanza per esigere il rientro del minore; d) ogni informazione disponibile relativa alla localizzazione del minore ed alla identità della persona presso la quale si presume che il minore si trovi*". In aggiunta, se presenti, «*La domanda può essere accompagnata o completata da: e) una copia autenticata di ogni decisione o accordo pertinente; f) un attestato o una dichiarazione giurata, rilasciata dall'Autorità centrale, o da altra Autorità competente dello Stato di residenza abituale, o da persona qualificata, concernente la legislazione dello Stato in materia; g) ogni altro documento pertinente*».

dopo aver localizzato il minore, proverà innanzitutto a cercare una risoluzione amichevole della controversia tra i genitori (v. *infra*, cap. II, §4); se non si giunge ad un accordo stragiudiziale tra loro, si avvierà la causa davanti all'Autorità giurisdizionale competente dello Stato di rifugio. Avrà così inizio il procedimento sul ritorno del minore, che si potrà concludere con un ordine di rientro del minore (accoglimento della richiesta di rimpatrio) oppure con un rifiuto di ritorno (rigetto della domanda di rimpatrio) se venisse accertata la sussistenza di una delle eccezioni al rimpatrio, tassativamente previste dalla Convenzione.

In base ai dati raccolti dalle Autorità centrali già in precedenza richiamati[43] e riassunti nella tabella n. 1 che segue, delle 2.270 richieste di ritorno[44] ricevute da diversi Stati (76 complessivamente) nel 2015, alla data del 30 giugno una buona parte (35%) si è conclusa con una soluzione consensuale tra le parti: in alcuni casi si è trattato di ritorno volontario nello Stato di residenza abituale (17%, pari a 348 casi); in altri è stata ritirata la domanda di rimpatrio da parte del genitore *left-behind* (14%, corrispondente a 283 casi); e ancora, altre volte, la soluzione è stata quella di restare nel Paese di rifugio (4%, pari a 84 casi); , infine, in altri casi, si è giunti a un accordo sul diritto di visita in giudizio (57, cioè il 3% dei casi).

Nella categoria 'altro' sono state invece inserite sia le richieste che si sono chiuse perché il genitore ha chiesto il ritorno ma non ha poi trasmesso i documenti necessari per procedere con il giudizio (il 4%), sia altri fascicoli in cui la procedura si è conclusa per altre motivazioni come la mancata localizzazione del bambino oppure il suo raggiungimento dei 16 anni, limite di età ai fini dell'applicazione della Convenzione dell'Aja.

Esiguo il numero delle richieste dichiarate inammissibili (solo il 3%) corrispondenti a quelle non prese in considerazione dall'Autorità centrale perché, ad esempio, il genitore che chiedeva il rimpatrio non aveva l'affidamento del

---

[43] N. LOWE, V. STEPHENS, *A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Global report*, 11 febbraio 2018, pubblicato sul sito https://www.hcch.net/en, nella sezione "*publications and studies*".

[44] Si tratta in realtà di 2.002 casi: le informazioni circa l'esito dei restanti 268 casi non erano purtroppo disponibili.

bambino, né tantomeno il diritto di decidere sul luogo della sua residenza, oppure perché mancavano delle informazioni fondamentali senza le quali non si poteva procedere con l'istruttoria della causa. Allo stesso modo, solo il 6% delle richieste presentate nel 2015 è ancora pendente al 30 giugno 2017.

I casi più interessanti, quelli in cui è stata adita l'Autorità giudiziaria competente ed ha dunque avuto inizio il giudizio sul rientro del minore, rappresentano il 40% degli esiti delle domande di rientro: il procedimento si è risolto con l'accoglimento della domanda di rimpatrio ne 28% dei casi (561) e con il rigetto della stessa nel 12% dei casi (243).

Tabella n. 1 - Esiti delle richieste di rimpatrio (anno 2015)

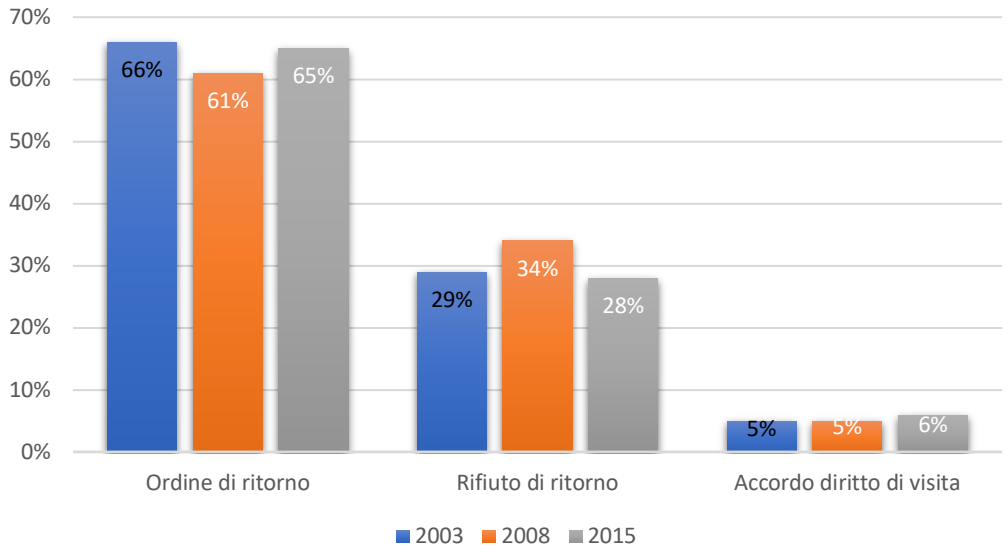
Anno 2015	**Frequenza**	**Percentuale**
Inammissibilità	64	3%
Soluzione consensuale	772	35%
Accoglimento della domanda di rimpatrio	561	28%
Rigetto della domanda di rimpatrio	243	12%
Ancora pendenti	128	6%
Altro	234	12%
TOT.	2002	Circa 100%

Fonte: analisi statistiche della Conferenza dell'Aja

Ci soffermiamo ora sulle sole richieste di rimpatrio che sono giunte a giudizio e si sono concluse alla data del 30 giugno 2017. Come si può vedere dal grafico n. 9, nel 2015 il ritorno del minore è stato ordinato nel 65% dei casi, nel 28% dei casi è stato invece rifiutato. Tale grafico ci permette di operare un confronto anche con

gli anni precedenti: la percentuale di ordini di ritorno è rimasta perlopiù costante negli anni: era del 66% nel 2003 e del 61% nel 2008[45].

Grafico n. 9 - Esito del giudizio sul rimpatrio del minore



Fonte: analisi statistiche della Conferenza dell'Aja

1.2 Possibili eccezioni al rimpatrio

Il procedimento finalizzato ad assicurare il rientro del minore nel Paese di residenza abituale prevede delle possibili eccezioni al ritorno, in funzione delle particolarità del singolo caso concreto. È bene ricordare che oggetto del giudizio di ritorno è soprattutto la verifica, nel caso concreto, della eventuale sussistenza di una di queste eccezioni tassativamente indicate nella Convenzione, più che la valutazione sulla opportunità o meno di far tornare il minore, posto che il rimpatrio si presume essere sempre la soluzione migliore per lui.

Secondo il primo Rapporto esplicativo sulla Convenzione dell'Aja (d'ora in poi, Rapporto esplicativo), gli Stati dovrebbero interpretare in modo restrittivo le eccezioni al ritorno previste dalla Convenzione in modo da evitare che un loro uso

[45] Dal grafico emergono anche quei casi che, pur giunti a giudizio, si sono in realtà conclusi con un accordo sul diritto di visita (sono pari al 5% nel 2003 e nel 2008 e al 6% nel 2015).

eccessivo possa minare lo scopo stesso della Convenzione[46]: il rapido rientro del minore nel suo Stato di residenza abituale[47]. Infatti, come emergeva nella tabella n. 1, solo 243 domande sono state rigettate in giudizio, rifiutandosi il ritorno del minore e in 185 di esse sono state indicate le motivazioni del rigetto che riflettono le eccezioni al rimpatrio tassativamente indicate dagli artt. 12, 13 e 20 della Convenzione.

Alcune di queste eccezioni mirano a garantire l'interesse del minore valorizzando, ad esempio, la circostanza che sia trascorso più di un anno dalla sottrazione e che il bambino si sia ambientato nel nuovo territorio (art. 12) oppure dando rilevanza all'opposizione del minore al ritorno, nel caso abbia raggiunto un'età per la quale ha diritto di essere ascoltato (art. 13, §2); altre, invece, tutelano l'integrità psico-fisica del minore garantendo che il ritorno non debba essere ordinato quando comporterebbe per il minore un serio rischio di pregiudizi fisici o psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile (art. 13, §1, lett. b, c.d. *Grave risk exception*) o, ancora, assicurandosi che il ritorno non sia contrario ai principi fondamentali dello Stato relativi alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 20); infine, le restanti ragioni ostative al ritorno hanno come obiettivo quello di accertare l'effettiva partecipazione del genitore che chiede il rientro alla vita del minore: il ritorno è negato se il genitore che lo chiede è un genitore assente, che non ha mai effettivamente esercitato i diritti di custodia

---

[46] Cfr. M.E. PEREZ-VERA, *Rapport Explicatif in Conference de la Haye, Actes et Documents de la quatorzieme session 6 au 25 octobre 1980*, 1982, rinvenibile al sito hcch.net, secondo cui «*The three types of exceptions (...) must be applied only so far as they go but no further (...) in a restrictive fashion if the Convention is not to became a dead letter*» (par. 34). Tale Rapporto esplicativo fornisce informazioni sui lavori preparatori e le circostanze che hanno condotto all'adozione della Convenzione e indica criteri per interpretare le disposizioni della Convenzione dell'Aja.

[47] L'introduzione di eccezioni al rimpatrio ha l'obiettivo di favorire la ricerca di un punto di equilibrio tra la soluzione più idonea per il minore pensata in astratto (coincidente con il rimpatrio del minore), e quindi valida per tutte le persone di minore età, e l'interesse del minore concretamente coinvolto in quel caso di sottrazione. Cfr. sul punto L. CARPANETO, *La sottrazione internazionale di minori*, uno dei contributi apparsi nel volume *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, 2019, p. 415, reperibile al sito www.garanteinfanzia.org; T. KRUGER, *International child abduction, cit.*, p. 34.

(art. 13, §1, lett. a) così come se il trasferimento in un altro Paese è avvenuto con il consenso di entrambi i genitori o il genitore che ha lamentato la sottrazione ha poi accettato (anche tacitamente) il trasferimento (art. 13, §1, lett. a).

Nella tabella che segue (tabella n. 2) sono elencate le motivazioni che hanno portato al rigetto della domanda di rimpatrio nel 2015. Come si può notare, la percentuale più alta (30%) dipende dalla residenza abituale del minore. Nel 19% dei casi la residenza abituale del minore era in realtà nello Stato di rifugio: si tratta di tutti quei casi in cui il minore ha cambiato più volte residenza e non è stato, dunque, agevole individuare quale fosse il luogo in cui avesse instaurato un legame più profondo. Nell'11% dei casi, invece, la residenza abituale non corrispondeva più al luogo in cui il minore viveva in precedenza ma è diventata, a causa della lunghezza del procedimento sul ritorno del minore, lo Stato di rifugio. Pochissimi, invece, i casi in cui la domanda è stata rigettata per una possibile violazione dei diritti umani del minore in caso di ritorno nel Paese di residenza abituale (1%).

Tabella n. 2 - Motivazioni del rigetto della domanda di rimpatrio (2015)

Residenza abituale nello Stato in cui il minore è stato trasferito	36	19%
È trascorso più di un anno dalla sottrazione e il minore si è ambientato nel nuovo Stato (art. 12)	21	11%
Opposizione del minore al rimpatrio (art. 13, §2)	18	10%
c.d. *Grave risk exception* (art. 13, §1, lett. b)	33	18%
Protezione dei diritti umani (art. 20)	2	1%
Acquiescenza del genitore *left-behind* (art. 13, §1, lett. a)	9	5%
Consenso del genitore *left-behind* (art. 13, §1, lett. a)	21	11%
Assenza della responsabilità genitoriale da parte del richiedente	11	6%
Genitore 'assente' (art. 13, §1, lett. a)	4	2%
Più di una ragione	30	16%

Fonte: analisi statistiche della Conferenza dell'Aja

1.2.1 La nozione di residenza abituale

La nozione di residenza abituale è molto risalente nel tempo[48], essendo stata adottata dalla Conferenza dell'Aja più di cento anni fa[49] e da allora utilizzata in tutte le Convenzioni riguardanti il diritto di famiglia. Più recentemente il concetto è stato adottato anche all'interno dell'Unione europea nel Regolamento 2201/2003 dell'Unione europea (sul quale v. *infra* cap. II, §2.1).

Per quanto qui interessa, l'individuazione del luogo di residenza abituale del minore è necessaria per decidere se vi sia stata una 'sottrazione' nel trasferire il minore da uno Stato ad un altro[50], tenendo poi presente che quando la sottrazione si sia protratta per più di un anno, lo Stato di rifugio può essere diventato il luogo di residenza abituale del minore.

L'art. 12 della Convenzione dell'Aja stabilisce infatti che «*Qualora un minore sia stato illecitamente trasferito o trattenuto ai sensi dell'articolo 3, e sia trascorso un periodo inferiore ad un anno, a decorrere dal trasferimento o dal mancato ritorno del minore, fino alla presentazione dell'istanza presso l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato contraente dove si trova il minore, l'autorità adita ordina il suo ritorno immediato. L'Autorità giudiziaria o amministrativa, benché adita dopo la scadenza del periodo di un anno di cui al capoverso precedente, deve ordinare il ritorno del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente*».

In base a questa disposizione, se è passato meno di un anno dalla sottrazione si presume, fino a prova contraria, che la residenza abituale del minore sia ancora nello Stato da cui il minore è stato sottratto; diversamente, quando è passato più di

---

[48] Per maggiore approfondimento sulla storia della nozione si veda L. DE WINTER, *Nationality or domicile? The present state of affair*s, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 128, III, 1969, p. 346, rinvenibile anche al sito hcch.net.

[49] Si tratta della Convenzione di diritto internazionale privato dell'Aja per regolare i conflitti di legge e giurisdizione in materia di divorzio e separazione personale, adottata il 12 giugno 1902.

[50] Affinchè si possa applicare la Convenzione dell'Aja, lo Stato di residenza abituale del minore deve essere uno Stato firmatario della Convenzione: ne consegue che il concetto di residenza abituale riveste importanza fondamentale anche nel determinare l'applicabilità della Convenzione stessa.

un anno dal trasferimento, il giudice dovrà valutare se la residenza abituale del minore non sia da individuare nello Stato di rifugio. In questo caso, potrà non dover essere ordinato il rimpatrio del minore, alla luce del suo superiore interesse che dovrà prevalere su ogni altra pretesa.

Purtroppo la Convenzione dell'Aja non fornisce una definizione di residenza abituale. Dall'analisi della giurisprudenza emergono due differenti modi per stabilire la residenza abituale del minore: il c.d. «*parental intention model*» e il c.d. «*child centred model*»[51].

Il primo orientamento attribuisce rilievo decisivo alla volontà dei genitori che hanno l'affidamento del minore e individua la residenza abituale nel luogo in cui i genitori avevano intenzione di stabilirsi e far crescere i loro figli. Il secondo orientamento è invece incentrato perlopiù sul minore, perché valuta il suo legame con il territorio per identificare lo Stato di residenza abituale. Tuttavia, benché quest'ultimo orientamento sia quello più utilizzato, entrambi i criteri spesso vengono utilizzati per arrivare a definire il luogo di residenza abituale del minore coinvolto nella sottrazione. Così, ad esempio, lo Stato di residenza stabilito dai genitori potrà non costituire il luogo di residenza abituale del minore se risulta che in esso quest'ultimo ha vissuto solo per un breve periodo; prevalenza verrà data allora al criterio che poneva l'accento sul luogo in cui il minore si è maggiormente ed effettivamente ambientato. Al contrario se l'obiettivo è di vivere a lungo in uno Stato, il minore, già dopo poco tempo, creerà (o perlomeno tenterà di farlo) legami più stabili e profondi con il territorio e le persone che ci vivono fin da subito e quindi sarà sufficiente un tempo meno lungo per definirlo il luogo della sua residenza abituale[52].

Delle indicazioni precise per l'individuazione del luogo di residenza abituale sono state fornite dalla Corte di Giustizia ai Paesi membri dell'Unione europea che si trovino a dover affrontare il problema. In una sentenza del 2009 la Corte ha individuato così degli 'indizi' in base ai quali individuare la residenza abituale del

---

[51] Così in R. SCHUZ, *Habitual Residence of children under the Hague Child Abduction Convention. Theory and Practice*, in *Child and Family Law Quarterly*, p. 16.

[52] Cfr. R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention, cit.,* p. 186.

minore, dando particolare rilevanza al minore e alla sua integrazione sul territorio. In particolare, la presenza del minore in quello che si ritiene essere lo Stato di residenza abituale deve essere stabile e seria, mai temporanea o occasionale (un indicatore quantitativo); occorre poi valutare l'integrazione del minore in quello Stato, prendendo in considerazione la sua nazionalità, la lingua che parla, la scolarizzazione, le amicizie, i legali parentali (degli indicatori qualitativi)[53]. È solo attraverso una valutazione di tutte queste circostanze che il giudice potrà stabilire il luogo di residenza abituale del minore, cioè il luogo in cui il minore è maggiormente inserito sia a livello fisico sia, e soprattutto, a livello emotivo (criterio della prossimità). Quest'ultimo criterio è decisivo nei casi in cui il minore sottratto sia molto piccolo e dunque non ci sia la possibilità di valutare compiutamente gli altri indicatori: in questi casi è dunque necessario guardare alle intenzioni dei genitori sul luogo in cui risiedere abitualmente con il figlio, ma prima ancora individuare dove si trova l'ambiente familiare in cui fino a quel momento è cresciuto. Così, ad esempio, nel caso che ha dato origine alla pronuncia della Corte di Giustizia l'intenzione dei due genitori (il padre italiano e la madre greca) era quella di risiedere in Italia con la figlia che sarebbe nata dopo pochi mesi, tuttavia la donna all'ottavo mese di gravidanza si sposta ad Atene, convenendo che dopo la nascita della figlia sarebbe rientrata in Italia. La bambina nasce però ad Atene e trascorre lì le vacanze estive con la madre (il padre, nel frattempo, aveva fatto ritorno in Italia). Nonostante gli accordi presi con il marito, la madre e la figlia non fanno più rientro in Italia. La Corte di Giustizia, seppur l'intenzione iniziale dei genitori fosse quella di risiedere in Italia, stabilisce che la residenza abituale della lattante è la Grecia in quanto lì è nata e, anche solo per pochi mesi, cresciuta con le cure della madre[54].

I criteri per definire la residenza abituale forniti dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sono stati fatti propri dalla Cassazione in una pronuncia a

---

[53] In tal senso, Corte di Giustizia dell'Unione europea, 2 aprile 2009, causa C-523/07, in eur-lex.europa.eu.

[54] Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 8 giugno 2017, causa C-111/17 PPU, in eur-lex.europa.eu.

Sezioni Unite: «*Per residenza abituale deve intendersi il luogo dove il minore trova e riconosce, anche grazie a una permanenza tendenzialmente stabile, il centro dei propri legami affettivi, non solo parentali, originati dallo svolgersi della sua vita di relazione. In altri termini, la residenza abituale corrisponde al luogo che denota una certa integrazione del minore in un ambiente sociale e familiare, ed ai fini del relativo accertamento rilevano una serie di circostanze che vanno valutate in relazione alla peculiarità del caso concreto: la durata, la regolarità e le ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro, la cittadinanza del minore, la frequenza scolastica e, in generale, le relazioni familiari e sociali*»[55].

Di recente, anche la Corte europea dei diritti umani si è espressa sulla nozione di residenza abituale del minore ai sensi della Convenzione dell'Aja, ribadendo che essa debba essere ricostruita dando priorità alle circostanze del caso concreto e non alle intenzioni dei genitori. Il caso all'esame della Corte vedeva protagonista una coppia, lui italiano e lei rumena, che dopo il matrimonio nel dicembre 2016, si trasferiscono, a febbraio 2017, in Italia, poco prima della nascita della loro figlia. La donna però, dopo pochi mesi, vuole tornare in Romania ma il marito si oppone. Nonostante ciò, ad agosto 2017 (quando la bambina ha 4 mesi) la madre scappa in Romania con l'aiuto di alcuni parenti. L'Autorità rumena, adita dal padre della minore, rigetta la richiesta di rimpatrio sostenendo che la residenza abituale della minore si trova in Romania in quanto la madre ha vissuto pochissimo tempo in Italia e che, anche nel periodo della gravidanza, si trovava in Romania. La Corte EDU, al contrario, condanna la Romania per questa decisione sostenendo invece che la residenza abituale «*is a question of pure fact*» e che, nel caso di specie, la nascita della bambina in Italia, il fatto che beneficiasse del sistema sanitario italiano perché registrata al momento della nascita in questo Stato e l'accordo iniziale tra i genitori a stabilire il nucleo familiare in Italia non lasciavano spazio a interpretazioni diverse circa la localizzazione della residenza abituale[56].

---

[55] Cass. Civ., Sez. Un., 10 febbraio 2017, n. 3555, in *ilfamiliarsita.it*, con commento di M. CIRESE, *Residenza abituale e tutela del minore*, fascicolo n. 14 del 14.6.2017.

[56] Cfr. Corte europea dei diritti umani, quarta Sezione, sentenza del 7 ottobre 2020, n. 10395/19, in hudoc.echr.coe.int.

1.2.2 Il consenso al trasferimento e il mancato esercizio dei diritti di custodia

Un'ulteriore eccezione al rimpatrio del minore è rappresentata, come si è già anticipato, da un comportamento contraddittorio del genitore che richiede il rientro: la circostanza che avesse dato il consenso al trasferimento ovvero la sua sostanziale assenza dalla vita del minore. Ai sensi dell'art. 13, §1, lett. a della Convenzione dell'Aja «*L'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non è tenuta ad ordinare il ritorno del minore qualora la persona, istituzione o ente che si oppone al ritorno, dimostri: a) che la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato il minore non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro, o aveva consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno*». Affinchè la sottrazione sia ritenuta illegittima, e dunque debba essere ordinato il rimpatrio del minore, il genitore che chiede il ritorno non deve aver prestato il consenso alla sottrazione (prima o dopo il trasferimento) e, prima della sottrazione, deve aver esercitato i diritti/doveri discendenti dalla sua responsabilità genitoriale.

Quanto al consenso al trasferimento, è ovvio che qualora i genitori fossero stati d'accordo sullo spostamento del minore all'estero, non ci sarebbe violazione dei diritti di custodia e di conseguenza la sottrazione non sarebbe illecita. Il consenso può essere espresso in forma scritta o orale, oppure può risultare da un comportamento concludente del genitore *left-behind*, come può essere l'aiuto a preparare le valigie per la partenza o l'acquisto dei biglietti per il viaggio.

Più problematica, perché più difficilmente provabile in giudizio, è quella manifestazione di consenso che si rinviene nella inerzia del *partner*: ad esempio, la mancata richiesta di ritorno dopo il trasferimento o la non opposizione al viaggio[57]. Il consenso deve essere in ogni caso chiaro e univoco e deve essere provato in maniera convincente.

---

[57] Per maggiori dettagli su giurisprudenza e applicazione pratica, Cfr. R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention, cit.,* p. 251.

Per quanto riguarda invece i diritti di custodia, la circostanza che debbano essere stati effettivamente esercitati è statuita sia nell'art. 3 della Convenzione dell'Aja - in cui si afferma che la sottrazione è illegittima nel momento in cui viene realizzata in violazione dei diritti di custodia concretamente esercitati -, sia nell'art. 13 della Convenzione stessa, in maniera apparentemente ridondante.

Secondo il Rapporto esplicativo le due previsioni si differenziano per il diverso onere della prova: l'esercizio effettivo dei diritti di custodia di cui all'art. 3 deve essere provato dal genitore che chiede il rientro, dovendo egli dimostrare che la sottrazione è illecita; l'art. 13 delinea invece una eccezione, che deve essere invocata e provata dalla parte che si oppone al rimpatrio[58].

Secondo altri si tratta di una complicazione non necessaria: sarebbe stato sufficiente inserirla solo nell'art. 13 come eccezione al ritorno, ritenendo invece la sottrazione illecita in quanto realizzata in violazione dei diritti di custodia, seppur non esercitati. In realtà, così facendo resterebbe in capo al giudice il potere di ordinare comunque il rientro del minore, ove ritenuto nel suo interesse, nonostante il mancato esercizio del diritto di custodia da parte del genitore *left-behind*[59]. Secondo l'attuale disciplina, invece, se i diritti di affidamento non sono stati effettivamente esercitati dal genitore che chiede il ritorno del minore, la sottrazione non è illecita e dunque non deve essere ordinato il rimpatrio.

Tale requisito è, in realtà, di particolare importanza in quanto permette alla Corte una valutazione nel merito della questione, andando a verificare se il genitore che chiede il rientro del minore era effettivamente presente nella vita del figlio e si occupava di lui. Non basta dunque che il genitore che chiede il ritorno abbia formalmente la responsabilità genitoriale ma occorre che abbia concretamente esercitato i suoi diritti in quanto genitore: a tal fine si verificherà, ad esempio, se conosce le abitudini del figlio, la scuola che frequenta e le attività a cui partecipa.

---

[58] Cfr. M.E. PEREZ-VERA, *Rapport Explicatif, cit.,* §11.

[59] Cfr. R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention, cit.,* p. 159, in un'ottica però diversa: riterrebbe infatti un vantaggio che l'effettivo esercizio dei diritti di custodia fosse presente solo nell'art. 13 come ipotesi difensiva e non anche nell'art. 3 della Convenzione, perché maggiormente conforme all'ottica della Convenzione dell'Aja di salvaguardare, come strada principale, il rimpatrio del minore.

Inoltre, questa statuizione va anche a tutelare la stabilità emotiva del minore, che potrebbe trovarsi altrimenti costretto a fare rientro nello Stato in cui risiede un genitore con cui non ha mai condiviso alcun aspetto della vita[60].

1.2.3 La c.d. *Grave risk exception* (art. 13, §1, lett. b della Convenzione)

Un'altra eccezione di fondamentale importanza, soprattutto per l'interesse del minore, è quella della c.d. *Grave risk exception*. Ai sensi dall'art. 13, §1, lett. b della Convenzione dell'Aja: «*L'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non è tenuta ad ordinare il ritorno del minore qualora la persona, istituzione o ente che si oppone al ritorno, dimostri: (...) che sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile*».

Anche questa eccezione, come le altre del resto, trova scarsa applicazione nelle aule giudiziarie soprattutto se rapportata ai tantissimi casi in cui le donne autrici di sottrazione internazionale affermano di aver subito violenza dal proprio *partner* (v. *supra* cap. I, §3.1).

Una Commissione speciale, istituita per monitorare la corretta applicazione della Convenzione, si è da tempo posta l'obiettivo di fornire delle linee guida per l'applicazione di questa eccezione al rimpatrio: nel marzo 2020 è stata pubblicata una *Guide to Good Practice,* che ha sostituito la precedente *Draft Guide* pubblicata nel giugno 2017[61]. In entrambe le Guide viene ribadito il pericolo di una interpretazione estensiva di questa eccezione – seppur con toni diversi –, ancorchè ci si renda conto che un'interpretazione eccessivamente restrittiva dell'eccezione in questione, implicando un ritorno pressoché automatico del minore, apparirebbe

---

[60] Cfr. M.E. PEREZ-VERA, *Rapport Explicatif, cit.,* §72.

[61] Cfr. *Guide to Good Practice under the 1980 Hague Child Abduction Convention. Part VI, Article 13(1)(b)*, marzo 2020, reperibile al sito hcch.net che ha sostituito la precedente *Draft Guide to Good Practice on Article 13(1)(b) of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, pubblicata nel giugno 2017.

comunque in contrasto con l'obiettivo della Convenzione, che è quello della protezione del bambino[62].

I casi di sottrazione internazionale possono essere invero molto diversi tra loro e dunque, ogni suggerimento interpretativo deve essere adattato al singolo caso concreto. Entrando più nel dettaglio della disciplina fornita dall'art. 13, §1, lett. b, occorre distinguere a seconda che il rischio per il minore a causa del rimpatrio sia: a) di subire un pregiudizio fisico; b) di subire un pregiudizio psicologico; c) di trovarsi in una situazione intollerabile. Dal momento che il soggetto tutelato è esclusivamente il minore, sarebbe irrilevante il rischio che riguardasse un altro soggetto, come può essere in particolare la madre nei casi di violenza domestica. Tuttavia, è oggi pacifico, e la casistica lo conferma, che la violenza, fisica o psicologica, esercitata sulla madre ricade inevitabilmente anche sul minore, perlomeno sotto forma di pregiudizio psicologico, anche qualora non sia da lui direttamente assistita. In questo senso, nell'ultima *Guide to Good Practice* del 2020 è stato riconosciuto che non è necessario che il bambino sia la vittima diretta del pregiudizio ogniqualvolta si ritenga che possa subire un danno a causa del pericolo cui andrebbe incontro il genitore che si occupa del minore[63].

I tre diversi rischi, pur differenziati nella formula legislativa, sono in realtà nella prassi giudiziaria molto spesso considerati insieme, senza una netta distinzione tra

---

[62] Nella prima versione della Guida (*Draft Guide*, *cit*., 2017) si legge: «*While, as noted in the Explanatory Report, a too broad application of the exceptions would undermine the Convention, the same would apply to an overly restrictive application. The Convention acknowledges in Articles 13 and 20 that there may be circumstances in which a return would be so detrimental to the interests of an individual child that it would be contrary to the objectives of the Convention to order the return of that child*» (§46). Nell versione aggiornata della Guida (*Guide to Good Practice*, *cit*., 2020) è stato invece riformulato tale concetto, nella preoccupazione (apparentemente ingiustificata dal tenore degli ultimi dati raccolti) che l'eccezione potesse essere applicata in maniera troppo ampia: «*The exceptions serve a legitimate purpose, as the Convention does not contemplate an automatic return mechanism. Allegations that there is a grave risk should be promptly examined to the extent required by the exception, within the limited scope of return proceedings*» (§27).

[63] Nella versione attuale della Guida (*Guide to Good Practice, cit*., 2020) si legge infatti che l'eccezione del grave pregiudizio «*does not require... that the child be the direct or primary victim of physical harm*» (§33).

l'uno e l'altro (soprattutto con riguardo al pregiudizio psicologico e alla situazione intollerabile) anche perché, in molti casi, sono tutti ugualmente presenti.

Va poi ricordato che non è sufficiente che ci sia il rischio che il minore subisca un pregiudizio a causa del ritorno, perché tale rischio (non il danno, si noti bene) deve essere *grave*, ossia particolarmente serio e di elevata probabilità di realizzazione. Allo stesso modo, per quanto riguarda il rischio di trovarsi in una situazione intollerabile, si richiede che si tratti di una condizione che a un minore non dovrebbe mai essere chiesto di sopportare[64].

L'eccezione del grave pregiudizio implica un c.d. «*forward looking*», ossia una valutazione prognostica relativa al ritorno del minore: non deve cioè essere basata solo su circostanze esistenti prima o al momento della sottrazione, ma prevedere come potrebbe essere la situazione del minore in caso di ordine di rientro. Proprio per questo, il giudice che decide sul ritorno dovrebbe prendere in considerazione anche l'esistenza di eventuali misure di protezione previste nello Stato di residenza abituale del minore e verificare se siano adeguate a proteggerlo in caso di rimpatrio[65].

a) Violenza domestica. Conviene ora considerare le principali motivazioni con le quali si eccepisce l'esistenza di un grave pregiudizio in caso di ritorno del minore. Questa eccezione è, innanzitutto, quella più spesso invocata dalle madri che scappano con i figli per sottrarsi (e sottrarli) a un contesto di violenza in famiglia. La violenza può assumere varie forme: può essere diretta al bambino (nella forma, ad esempio, di violenza sessuale, maltrattamenti fisici o psicologici) oppure al genitore che si oppone al rientro. Anche in questo secondo caso, tuttavia, si tratta di una violenza, sia pure indiretta, sul minore: l'equiparazione della violenza diretta alla c.d. violenza assistita, che si ha quando il minore fa esperienza di qualsiasi forma di violenza (fisica, verbale, psicologica, sessuale o economica) esercitata su

---

[64] La versione iniziale del termine doveva essere «*substantial risk*», tale versione è stata poi sostituita con «*grave* risk" perché ritenuto un «*more intensive qualifier*»: così in *Guide to Good Practice, cit*., 2020, par. 33 e M.E. PEREZ-VERA, *Rapport Explicatif, cit.,* §29.

[65] Cfr. *Guide to Good Practice, cit*., 2020, §36.

figure di riferimento o altre persone a cui è affettivamente legato[66], è ormai nozione acquisita. Si tratta di una violenza che ha effetti pregiudizievoli sullo sviluppo sia fisico che psicologico del minore tanto quanto la violenza subita direttamente.

Il pregiudizio psicologico cui andrebbe incontro il minore – per effetto, ad esempio, della violenza assistita – deve, come le altre tipologie di pregiudizio, raggiungere una soglia di gravità sufficiente per essere preso in considerazione come deroga al principio del ritorno del minore. Si è affermato infatti che una «*situazione di forte disagio e sofferenza emotiva*», generata da «*un conflitto genitoriale di particolare intensità*», non è sufficiente a raggiungere quello *standard* di serietà richiesto: in queste circostanze infatti «*la sofferenza vissuta dal minore non è disconosciuta o negata, ma è ritenuta intrinseca e endogena rispetto a quella crisi familiare particolarmente acuta che è l'humus naturale in cui matura l'illecito sottrattivo*»[67]. Il pregiudizio diventa invece sicuramente rilevante quando la situazione non può essere ragionevolmente sopportata dal minore senza che subisca un forte trauma. Quest'ultima valutazione, prettamente soggettiva, deve essere ponderata anche alla luce dell'età del bambino, del suo grado di maturità e della sua «*predisposizione ad affrontare situazioni difficoltose*»[68].

Lo *standard* di serietà tale da integrare l'eccezione è più facile che venga ritenuto raggiunto quando si tratta di abuso sessuale o maltrattamento *diretto* al minore[69]; se invece la violenza (sia essa fisica o psicologica) è diretta alla madre, integrare l'eccezione al ritorno è molto più difficile. Nella realtà, infatti, la violenza

---

[66] Si tratta della definizione fornita dal C.I.S.M.A.I. (Coordinamento italiano dei servizi contro il maltrattamento e l'abuso all'infanzia).

[67] Cfr. C. HONORATI, *Il ritorno del minore sottratto e il rischio grave di pregiudizio ai sensi dell'art. 13 par. 1 lett. B della Convenzione dell'Aja del 1980*, in *Riv. Dir. Int. Proc*., 4/2020, p. 811.

[68] Cfr. C. HONORATI, *Il ritorno del minore sottratto*, *cit*., p. 812.

[69] In alcuni Stati, come ad esempio gli Stati Uniti, la prassi giurisprudenziale è volta a rifiutare il rimpatrio del minore ogni volta in cui il minore rischia di subire nuovamente abusi sessuali nello Stato di residenza abituale, senza necessità di valutare se vi siano delle misure idonee a proteggerlo a seguito del ritorno proprio perché questa forma di violenza è ritenuta tanto grave da non necessitare di altre motivazioni a sostegno del rifiuto di rientro (cfr. sul punto R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention, cit.,* p. 276).

domestica allegata dalla madre viene spesso minimizzata dai giudici investiti del procedimento di ritorno: in alcuni casi nemmeno la considerano nelle motivazioni della decisione sul rimpatrio. Anche quando la violenza viene presa in considerazione dalla Corte, è difficile che venga poi ritenuta effettivamente sussistente se le evidenze portate dalla madre non sono sufficientemente dettagliate da dimostrare il grave pregiudizio per il minore. Come si legge nella *Guide to Good Practice*, «*The court should consider whether the assertions are of such a nature, and of sufficient detail and substance, that they could constitute a grave risk. Broad or general assertions are very unlikely to be sufficient*»[70].

Nonostante si tratti di un procedimento sommario, nel quale la Corte non deve avere la prova effettiva della violenza, essendo sufficiente la convinzione della probabilità che tali fatti si siano verificati e possano quindi ripetersi, per la valutazione prognostica sono richieste rilevanti evidenze probatorie, quali fonti documentali (come, ad esempio, referti medici, atti di denuncia) o testimonianze di amici, vicini di casa e parenti.

Sembrerebbe questo un approccio non pienamente consapevole delle caratteristiche della violenza domestica, della sua larga diffusione - nonostante le scarse denunce delle donne che la subiscono -, della difficoltà di provarla in giudizio: è proprio la testimonianza della vittima, nella maggior parte dei casi, l'unica evidenza dei maltrattamenti subiti. Le donne, infatti, nascondono il più possibile la violenza subita, non recandosi al pronto soccorso e non parlandone con amici o vicini di casa, per vergogna e per evitare di essere indotte denunciare il *partner* violento. La denuncia è il primo passaggio di un percorso lungo e faticoso che può avere come conseguenza anche l'allontanamento dei figli dal nucleo familiare, tanto temuto dalle madri. Ancora più difficile è poi la prova della violenza psicologica, che si sostanzia in un clima di vita ostile e denigratorio; una violenza alla quale spesso si affianca quella economica che consiste nel negare alla vittima qualsiasi forma di autonomia nella gestione del denaro, risolvendosi dunque nella completa sottomissione al *partner* violento.

---

[70] Cfr. *Guide to Good Practice, cit*., 2020, §40.

D'altra parte, trattandosi di un giudizio prognostico sul ritorno del minore (è infatti solo il minore oggetto di tutela da parte della Convenzione dell'Aja), non è sufficiente che si ritenga probabile il futuro verificarsi di nuovi atti di violenza domestica: anche in questo caso, infatti, è necessario valutare se nello Stato di residenza abituale ci siano misure adeguate ed efficaci per proteggere il minore, perché in questo caso il ritorno deve essere ordinato anche in presenza del rischio di un grave pregiudizio[71].

Vengono a tal fine in considerazione non solo misure di protezione civili o penali (come l'allontanamento del genitore maltrattante dalla casa familiare o il divieto di avvicinamento di quest'ultimo ai luoghi abitualmente frequentati dal minore), ma qualsiasi strumento assistenziale o di sostegno come, ad esempio, la predisposizione di un luogo in cui vivere, aiuti finanziari, la supervisione dei servizi sociali. Non è tuttavia sempre agevole per il giudice del ritorno verificare se tali misure possano essere effettivamente adottate nello Stato di residenza abituale in tempi rapidi; proprio per questo è invalsa la prassi di inserire dei c.d. *undertakings* nell'ordine di rimpatrio, cioè – come già anticipato (v. *supra* cap. I, §3.2) - delle raccomandazioni, rivolte al genitore *left-behind,* di rispettare certe regole di comportamento. La violazione di tali impegni, assunti informalmente dal genitore, non comporta alcuna sanzione. E anzi, in alcuni casi, gli *undertakings* possono risultare pericolosi per l'interesse del minore perché su di essi può fare ingenuamente affidamento il giudice nell'ordinare il rientro, lasciando esposta la madre, e di conseguenza anche il minore, al rischio concreto di essere nuovamente sottoposti a violenza[72].

Un'ultima considerazione a questo proposito meritano le indicazioni fornite dalle Guide. Nella precedente *Draft Guide* del 2017 venivano proposti due diversi approcci che il giudice del ritorno avrebbe potuto utilizzare nella valutazione di

---

[71] Cfr. *Guide to Good Practice, cit*., 2020, p. 33.

[72] Si veda, in particolare, R. HOEGGER, *What If She Leaves? Domestic Violence cases Under the Hague Convention and the Insufficiency of the Undertakings Remedy*, in *Berkeley Women's Law Journal*, 2003, p. 183, la quale sostiene addirittura che «*Undertakings are not helpful remedies to victims of domestic violence. As currently applied, undertakings are illegal, dangerous, unfair and inefficient*».

un'allegazione di violenza familiare. Il primo, chiamato «*the assessment of allegation approach*», si soffermava principalmente sulle prove portate a sostegno della violenza domestica e, solo nel caso in cui si ritenesse provato l'abuso, passava a valutare l'esistenza di misure di protezione nello Stato di residenza abituale in grado di tutelare il minore, in caso di rimpatrio. Il secondo approccio, invece, detto «*the protective measures approach*», non si soffermava particolarmente sulle allegazioni di violenza domestica, dando per scontato – a meno che si trattasse di affermazioni eccessivamente vaghe e poco circoscritte – che fossero vere, e si soffermava invece sulla idoneità delle misure di protezione esistenti nello Stato di residenza abituale a garantire l'incolumità del minore. Questo secondo approccio non è stato poi ribadito nell'attuale *Guide to Good Practice* (2020) che, invece, propende solo per il primo orientamento[73].

b) Condizioni finanziarie. Oltre alla violenza domestica, la c.d G*rave risk exception* viene talvolta invocata per le condizioni economiche precarie nelle quali si trova a dover vivere il minore nel luogo di residenza abituale, rispetto a quelle più agiate di cui può beneficiare nello Stato di rifugio. Sotto questo profilo è però opportuno rilevare che l'Autorità giudiziaria non dovrà procedere ad una comparazione delle condizioni di vita del minore nei due Stati ma dovrà solo accertare se nello Stato di residenza abituale sia possibile soddisfare i bisogni minimi del minore. Non si tratta infatti di un giudizio che riguarda il futuro del minore, bensì di una decisione relativa al suo ritorno, affinchè il giudice (ritenuto) competente possa decidere, in maniera definitiva, sull'affidamento. Ne consegue che condizioni di vita più modeste nello Stato di residenza abituale rispetto a quelle dello Stato di rifugio non sono da sole sufficienti a fondare un rigetto della domanda di rimpatrio[74].

---

[73] Per approfondimento sui diversi approcci e delle perplessità sollevate dal secondo, si veda O. MOMOH, *The interpretation and application of Article 13(1) b) of the Hague Child Abduction Convention in cases involving domestic violence: Revisiting X v Latvia and the principle of "effective examination"*, in *Jour. Priv. Int. Law*, 2019, p. 626.

[74] Si veda, ad esempio, un caso conclusosi il 25 febbraio 2009 di fronte alla Corte di Cassazione francese in cui la Corte ha ordinato il rimpatrio del minore in quanto il rifiuto di

c) Situazione politica sociale ed economica dello Stato di residenza abituale. Altri motivi posti alla base dell'eccezione di cui all'art. 13, §1, lett. b della Convenzione dell'Aja possono essere riferiti alla situazione politica, sociale o economica dello Stato di residenza abituale del minore. Anche in questo caso, come rispetto alla violenza domestica, la Corte, per rifiutare il rimpatrio del minore, deve non solo accertare che il rischio per il bambino sia sufficientemente grave[75] ma anche che non ci siano misure di protezione (intese in senso lato) che possano ridurre il pericolo di conseguenze negative per il minore[76].

d) Trattamenti sanitari. La c.d. *Grave risk exception* può essere invocata anche nei casi in cui la salute del bambino risulti maggiormente tutelata nello Stato di rifugio piuttosto che in quello di residenza abituale. Anche in questo caso, per rifiutare il rimpatrio occorre accertare che i servizi sanitari di cui il minore ha bisogno siano presenti solo nello Stato di rifugio e non anche nello Stato di residenza abituale[77]: il rifiuto del ritorno può essere disposto solo laddove un determinato trattamento medico non sia *in alcun modo* reperibile nello Stato di

---

rientro non poteva essere basato sulla mera comparazione tra le condizioni di vita dei due Stati (cfr. INCADAT, riferimento: HC/E/FR 1013); sulla stessa linea un altro caso conclusosi il 22 agosto 2012 di fronte alla Corte Suprema argentina in cui il rientro è stato ordinato in quanto il genitore non era riuscito a provare che nello Stato di residenza abituale la situazione economica sarebbe stata tanto difficoltosa da arrecare un grave pregiudizio al minore (INCADAT, riferimento: HC/E/AR 1315).

[75] Si veda in proposito un caso concluso il 28 giugno 2011 davanti alla Corte d'appello di Rennes (Francia) in cui è stato ordinato il rientro del minore in Messico in quanto il genitore, pur portando evidenze dell'inquinamento presente in Messico, dell'insicurezza dovuta all'alto tasso di criminalità e i rischi di terremoto, non è riuscito a provare che questi rischi avrebbe arrecato un pregiudizio al bambino (INCADAT, riferimento: HC/E/FR 1129).

[76] Si veda il caso giunto a conclusione il 5 ottobre 2001 davanti alla Corte di Prima Istanza di Buenos Aires in cui la Corte ha stabilito, come misura di protezione, che l'ordine di rimpatrio venisse eseguito dopo due mesi in modo da attendere che la situazione di pericolo nello Stato di residenza abituale si stabilizzasse (INCADAT, riferimento: HC/E/AR 487).

[77] Si osservi un caso conclusosi il 4 maggio 2017 davanti alla Corte di Cassazione francese in cui la Corte ha stabilito che la qualità del sistema sanitario in Israele era soddisfacente e che dunque il minore avrebbe potuto continuare il trattamento sanitario in corso anche nello Stato di residenza abituale (INCADAT, riferimento: HC/E/FR 1346).

residenza abituale, a nulla rilevando che un servizio sanitario sia migliore in uno Stato piuttosto che nell'altro.

e) Separazione tra il minore e il genitore che ha realizzato la sottrazione. Da ultimo, un'altra argomentazione spesso utilizzata nella richiesta della c.d. *Grave risk exception* è la interruzione del rapporto tra il minore e il genitore che ha realizzato la sottrazione che si verificherebbe nel caso in cui quest'ultimo, per diversi motivi, non potesse rientrare nello Stato di residenza abituale insieme al figlio. In questi casi, la prima valutazione del giudice concerne l'impatto che la separazione dal genitore può avere sul bambino e se da essa possa derivare un grave rischio per il suo sviluppo psico-fisico. La seconda fase del giudizio sarà invece incentrata sulla esistenza di misure che permettano al genitore di tornare nello Stato di residenza abituale almeno per il tempo necessario affinchè il giudice competente dello Stato di residenza abituale assuma una decisione in merito all'affidamento. Tra le motivazioni che possono impedire al genitore di rientrare insieme al figlio, appare rilevante quella legata al rischio di un procedimento penale per sottrazione internazionale di minore nello Stato di residenza abituale, dal quale potrebbe derivare una misura detentiva cautelare e poi l'eventuale condanna del genitore (v. *infra* cap. III, §3). In questi casi il giudice del ritorno può tuttavia individuare delle soluzioni per disporre comunque il rimpatrio: ad esempio, nel caso in cui il reato sia procedibile a querela, la Corte potrebbe subordinare il rientro all'impegno, da parte del genitore *left-behind*, a revocare la querela presentata o ad astenersi dal presentarla. In altri casi, se il procedimento è già iniziato ed è pendente un ordine di arresto, la Corte può mettersi in contatto con le Autorità dello Stato di residenza abituale per verificare se l'ordine possa essere revocato[78]. Se nessun intervento è possibile, la Corte deve valutare l'impatto che avrà sul minore una eventuale

[78] Si noti, tra gli altri, il caso conclusosi il 10 agosto 2010 davanti alla Corte Suprema di Israele in cui, seppur vi era il rischio che il genitore venisse arrestato a seguito del ritorno negli Stati Uniti per sottrazione internazionale di minore, il ritorno è stato ordinato poiché il mandato di arresto era stato revocato e il genitore che chiedeva il rientro aveva dichiarato, tramite il suo avvocato, di non voler intraprendere alcuna azione nei confronti del genitore che aveva realizzato la sottrazione (INCADAT, riferimento: HC/E/1290).

condanna del genitore: in molti casi il ritorno viene nella realtà disposto perché si ritiene che questa eventualità non costituisca un pericolo sufficientemente grave per lo sviluppo del minore.

Altre situazioni che impediscono al genitore di rientrare con il figlio possono essere legate a motivi di salute o familiari[79] oppure a questioni relative all'immigrazione come, ad esempio, la scadenza del permesso di soggiorno. Quanto a quest'ultima ipotesi, tuttavia, la prassi è quella di ordinare comunque il rientro del minore se il genitore può permanere nello Stato di residenza abituale anche solo per il tempo necessario allo svolgimento del procedimento per l'affidamento del figlio.

1.2.4 L'opposizione al rientro da parte del minore

Il secondo paragrafo dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja stabilisce infine che il giudice può rifiutare il rimpatrio del minore qualora «*Accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere*».

Il fatto che tale previsione sia collocata in un paragrafo diverso rispetto a quello in cui sono inserite le altre due eccezioni dell'art. 13, e non con un'ulteriore lettera posta in coda all'interno del paragrafo 1, ha portato gli interpreti a interrogarsi sulla peculiarità di questa eccezione. Si è ipotizzato, ad esempio, che vi fosse una differenza nell'onere della prova: l'opposizione del minore non dovrebbe essere invocata dal genitore che si oppone al ritorno, ma dovrebbe essere la Corte stessa, di sua iniziativa, a interpellare il minore. È tra l'altro oramai pacifico che l'ascolto del minore è necessario in presenza di un grado di maturità sufficiente[80].

In realtà, alla stregua di questa previsione vi era la necessità di uno strumento pratico per dare rilievo alle motivazioni del minore: l'art. 13, §2 fornisce il mezzo

---

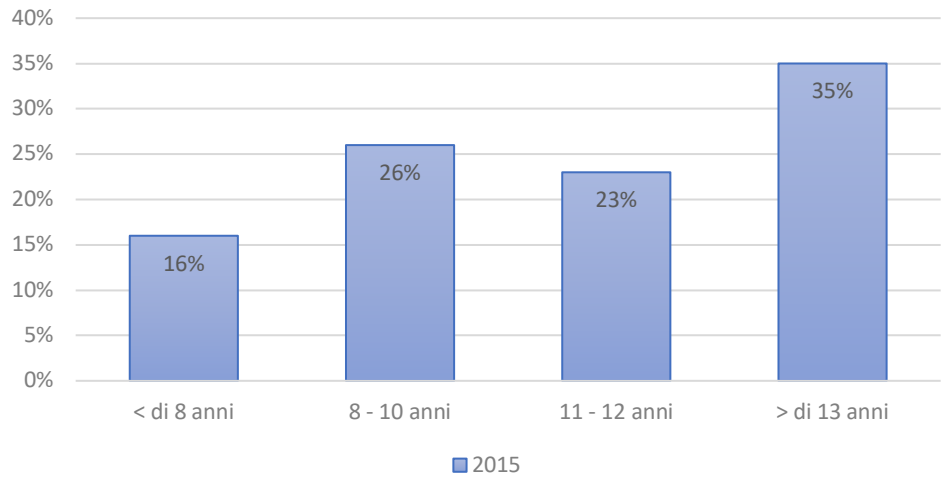
[79] Si prenda come esempio il caso giunto a conclusione il 15 dicembre 2014 dinanzi alla *High Court of the Hong Kong Special Administrative Region* (Cina) nel quale il genitore che si opponeva al rientro in Giappone sosteneva che un eventuale ritorno avrebbe ulteriormente danneggiato il suo equilibrio mentale con inevitabili ripercussioni sul figlio. Il ritorno è stato comunque ordinato in quanto vi erano adeguate misure di protezione (INCADAT, riferimento: HC/E/CNH/1302).

[80] Si rinvia, per un approfondimento, a E. ITALIA, *L'ascolto del minore*, in *Fam. Dir.*, 7/2020, p. 714.

per consentire la partecipazione del minore al procedimento e valorizzare il suo punto di vista, tanto più se diverso da quello del genitore che chiede il rientro[81].

Come abbiamo visto nella tabella n. 2, nel 2015 l'opposizione al rimpatrio da parte del minore è stata ritenuta sufficiente per rigettare la richiesta di rientro nel 10% dei casi: ciò può dipendere sia dal dovere del giudice di interpretare tutte le eccezioni al rimpatrio in maniera restrittiva, per non mettere in pericolo la *ratio* della Convenzione dell'Aja[82], sia dalla circostanza che l'ascolto del minore è previsto solo qualora quest'ultimo abbia un'età e una maturità tale da permettere di prendere in considerazione la sua opinione. Dal grafico che segue (grafico n. 10) si vede l'età dei minori che sono stati ascoltati nel 2015 e la cui opposizione al rimpatrio è stata ritenuta sufficiente a rifiutare il rientro[83]. In alcuni casi, seppur la minoranza (16%), il giudice ha utilizzato a sostegno del rifiuto di rientro le dichiarazioni di minori di 8 anni; nella maggior parte dei casi i minori erano tra gli 8 e i 12 anni (49%) e nei rimanenti avevano più di 13 anni (35%).

Grafico n. 10 - Età dei minori che si sono opposti al rimpatrio



Fonte: analisi statistiche della Conferenza dell'Aja

[81] Così in P.R. BEAUMONT, P.E. MCELEAVY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, *cit*., p. 177.

[82] Cfr. R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention, cit.,* p. 319.

[83] Il riferimento è a N. LOWE, V. STEPHENS, *A statistical analysis of applications made in 2015, cit*., p. 17.

Nella Convenzione non è indicata un'età minima a partire dalla quale la volontà del minore deve essere presa in considerazione, lasciando dunque al giudice la valutazione caso per caso[84]. Non sorprende dunque che ci siano differenze di applicazione tra gli Stati ma anche tra giudici diversi dello stesso Stato. Così, ad esempio, in Germania sono stati sentiti minori di 4 anni di età[85] mentre negli Stati Uniti un minore di 9 anni è stato reputato a tal fine ancora troppo piccolo. In generale, dall'analisi dei giudizi sul rimpatrio del minore è possibile affermare che raramente il punto di vista di minori sotto i 10 anni viene preso in considerazione e, solo in pochissimi casi, è stato utilizzata a fondamento dell'accoglimento dell'eccezione; viceversa, i minori sopra i 10 anni sono considerati, nella maggior parte dei casi, grandi abbastanza da essere ascoltati, anche se talvolta ritenuti non ancora abbastanza maturi al momento di prendere in considerazione il loro punto di vista[86].

Nonostante l'art. 13, §2, della Convenzione preveda il requisito della maturità (il minore oltre ad opporsi al rimpatrio deve avere «*un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere*»), nessuna indicazione viene data sulle modalità del suo accertamento. Ne consegue che i metodi cambiano da Corte a Corte, in alcuni casi i giudici si basano sul loro concetto di maturità, in altri invece si affidano a esperti[87]. Le decisioni sono poi molto diverse tra loro, tra chi ritiene

---

[84] M.E. PEREZ-VERA, *Rapport Explicatif, cit.,* §30: «*All the ages suggested seemed artificial, even arbitrary. It seemed best to leave the application of this clause to the discretion of the competent authorities*». Infatti, il suggerimento iniziale di 12 anni è stato scartato (cfr. P.R. BEAUMONT, P.E. MCELEAVY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, *cit*., p. 180).

[85] N. LOWE, A. PERRY, *The Operation of the Haugue and European Convention on International child abduction between England and Germany. Part IV*, in *International Family Law*, 1/2007, p. 52.

[86] Cfr. R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention, cit.,* p. 324.

[87] Si tratta di un accertamento perlopiù soggettivo come è stato messo in luce nel caso statunitense *England v. England* del 2000 in cui la maggioranza aveva deciso che una minore di 13 anni, adottata da tre famiglie diverse e con un disturbo dell'attenzione, non era sufficientemente matura affinchè venisse preso in considerazione il suo punto di vista. Nella *dissenting opinion* si legge «*The words 'degree of maturity' as used in Article 13 are inherently relative and subjective in thier concept. ... For that reason I recognize that judges reading the*

sufficiente che il minore, pur molto piccolo, sia in grado di comprendere il mondo circostante ed esprimere una preferenza e chi invece sottopone i minori a *test* di maturità (redatti da esperti), cui anche una persona adulta rischierebbe di risultare non sufficientemente matura[88]. Quest'ultimo approccio, particolarmente restrittivo, rischia di vanificare il senso della eccezione, sostituendo alla valutazione del minore, pur sufficientemente maturo per esprimere ciò che preferisce fare, quello che per il giudice o l'esperto, a seconda dei casi, corrisponda al suo 'superiore' interesse[89].

Quanto al grado di maturità del minore, due approcci sono emersi nella giurisprudenza, entrambi scaturiti da visioni contrapposte di due giudici in un caso di sottrazione giudicato da una Corte inglese del 1995. Un primo approccio denominato «*shades of grey approach*»[90] sostiene che, quando si è in presenza di un minore che ha età e maturità tale per cui il suo punto di vista deve essere preso in considerazione, è necessario soppesare la sua obiezione e capire se è tanto forte da sovrastare la politica di fondo della Convenzione e giustificare un ordine di non ritorno. Un secondo approccio, denominato «*in or out approach*»[91], sostiene invece che qualora il minore che si oppone al rientro abbia età e maturità tale per cui debba essere presa in considerazione la sua opinione, quest'ultimo non deve di regola fare rientro contro il suo volere, a meno che non ci siano altri fattori che controbilanciano la valutazione[92]. Nel procedimento sul ritorno viene solitamente seguito il primo approccio, con la conseguenza che non tutte le obiezioni vengono prese in considerazione ma solo quelle sufficientemente articolate e motivate. Non

---

same record (or hearing the original testimony) could come to different conclusions» (cfr. R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention, cit.,* p. 323).

[88] Cfr. M. FREEMAN, *The Hague Child Abduction Convention – an Uneven Playing Field: The Voice of the Child in Hague Convention Proceedings*, in M. FREEMAN (a cura di), *Contemporary Issues Concerning International Child Abduction and the Hague Child Abduction Convention*, *Reunite*, 2002, p. 34.

[89] Cfr. R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention, cit.,* p. 325.

[90] Sostenuto, in particolare, dal giudice Balcolme LJ.

[91] Sostenuto, invece, dal giudice Millet LJ.

[92] Cfr. R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention, cit.,* p. 320.

è dunque sufficiente che il minore esprima una preferenza per uno Stato piuttosto che per l'altro ma è necessario che motivi la sua decisione con considerazioni che possano risultare convincenti per i giudici.

Quanto alla forma, l'obiezione non dovrebbe avere particolare importanza (può coincidere con il desiderio del minore di restare nello Stato di rifugio o di non tornare nello Stato di residenza abituale), purché la sua volontà sia chiara. Così come non dovrebbe essere preso in considerazione se il minore esprime una preferenza a restare nello Stato in cui è stato illecitamente portato o esprime una preferenza a rimanere con il genitore che ha realizzato la sottrazione.

Un ulteriore problema che porta a utilizzare questa eccezione in maniera particolarmente restrittiva è la preoccupazione che l'introduzione dell'opinione del minore possa aprire la porta a influenze da parte di genitori o di altri membri della famiglia e ponga i minori in una situazione molto difficile e ricca di responsabilità. Diversi i casi giurisprudenziali in cui è stato sottolineato questo aspetto, arrivando alla conclusione che è quasi inevitabile che vi sia un'influenza da parte dei genitori, soprattutto da parte di quello che ha realizzato la sottrazione: ciò che i giudici devono accertare, tuttavia, è che tale influenza non si sia tradotta in una manipolazione del minore, così da rendere impossibile la ricostruzione della sua effettiva volontà.

È bene puntualizzare infine che, in diversi casi, il minore viene ascoltato non tanto per verificare se si oppone al rientro – quindi per valutare la sussistenza dell'eccezione al rimpatrio di cui all'art. 13 §2 della Convenzione - quanto piuttosto per avere informazioni ulteriori sulla situazione che ha condotto alla sottrazione e valutare quali sia effettivamente il superiore interesse del minore nel caso concreto[93].

[93] Cfr. C. HONORATI, *Il ritorno del minore sottratto*, *cit*., p. 806; L. QUERZOLA, *La tutela processuale dei minori in prospettiva europea*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ*., 2/2010, p. 449.

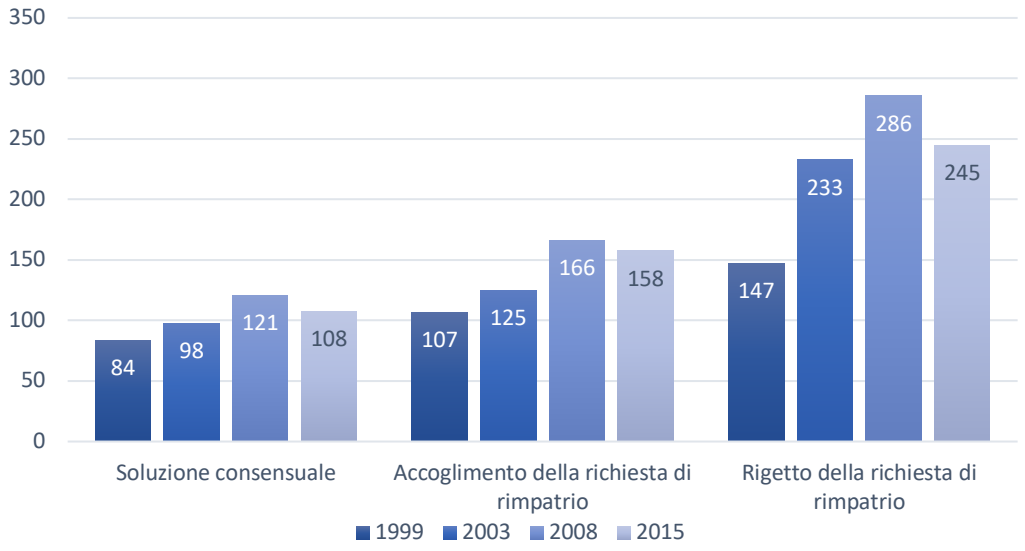
1.3 La natura sommaria del procedimento

La difficoltà nel provare le eccezioni al ritorno del minore discende anche dalla natura sommaria del giudizio sulla richiesta di rimpatrio: un procedimento snello e veloce, che non consente una valutazione approfondita delle allegazioni portate dalle parti, poiché ha come obiettivo principale quello di assicurare, laddove possibile, il rapido rientro del minore, affinché tutte le questioni relative al suo affidamento e alla sua residenza siano affrontate dal giudice (ritenuto) più appropriato.

Ai sensi dell'art. 11 della Convenzione dell'Aja il procedimento non dovrebbe durare più di 6 settimane; se questo tempo non viene rispettato, la Corte procedente deve motivarne il ritardo. Come emerge, in realtà, dai dati relativi al 2015 la media dei giorni trascorsi da quando il genitore ha fatto richiesta all'Autorità centrale a quando il giudizio è terminato, è stata di 164 giorni, ben più dei 64 giorni previsti dalla Convenzione. Se si guarda il 2008, la media era addirittura pari a 188 giorni.

Il grafico n. 11 indica poi nello specifico i giorni che le Corti hanno impiegato per gestire le richieste di rimpatrio nel 1999, nel 2003, nel 2008 e nel 2015. Come è comprensibile, il tempo impiegato dalla Corte per decidere è stato superiore alla media nei casi in cui la richiesta di rimpatrio è stata rigettata, inferiore invece in quelli in cui la richiesta è stata accolta. Sembrerebbe che nel 2015 il tempo impiegato per la conclusione dei procedimenti sia stato leggermente inferiore rispetto al tempo impiegato negli anni precedenti ma, in ogni caso, ben superiore alle 6 settimane prevista dalla Convenzione. La circostanza che mai, dal 1999 ad oggi, è stato rispettato tale termine – neanche nei casi di una soluzione consensuale della controversia – porta a ipotizzare che si tratti di una finestra temporale troppo limitata, soprattutto per l'estrema complessità delle vicende sottrattive.

Grafico n. 11 - Lunghezza del procedimento in giorni



Fonte: analisi statistiche della Conferenza dell'Aja

Sulla lunghezza del procedimento sul rimpatrio del minore si è pronunciata la stessa Corte EDU. Il caso riguardava una coppia, lui Canadese e lei Polacca, sposatisi in Canada nel 2009 dove, un anno dopo, è nato il loro figlio. Nel 2011 la famiglia si reca per una vacanza in Polonia dove, senza il consenso del padre, la madre si trattiene poi con il figlio. La Corte polacca adita dal padre, dopo un procedimento durato più di 10 mesi, rigetta la domanda di rimpatrio del minore sostenendo che quest'ultimo si era ormai radicato in Polonia e il rientro gli avrebbe cagionato un grave pregiudizio, anche a causa della separazione dalla madre. La Corte EDU, pur condividendo le motivazioni addotte dalla Corte polacca, condanna la Polonia per violazione dell'art. 8 della CEDU nel suo aspetto procedurale, essendo stato impiegato troppo tempo per prendere una decisione in merito al rientro del minore. Si legge, infatti, nella sentenza «*Even though the six-week time limit is non obligatory under the Hague Convention, the Court considers that exceeding it by sixty-four weeks, in the absence of any circumstances capable of exempting the domestic courts from the duty to strictly observe it, does not*

meet the urgency of the situation and is not in compliance with the positive obligation to act expeditiously in proceedings for the return of children»[94].

2. La peculiarità della disciplina per i Paesi membri dell'Unione europea

Se si passa dal contesto internazionale a quello dell'Unione europea si trovano altri atti normativi che si occupano della materia, nell'ottica di assicurare un ancora più rapido e sicuro rimpatrio del minore, sempre immaginandolo coincidente con il suo superiore interesse. Questo è possibile grazie al rapporto di mutua fiducia tra gli Stati membri su cui è fondato lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (uno degli obiettivi perseguiti dall'Unione)[95]. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia si compone di quattro aspetti principali: la garanzia della libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione; la promozione di una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo alle frontiere esterne; la cooperazione tra Forze dell'ordine e autorità giudiziarie; la cooperazione giudiziaria in materia civile e, in particolare, in questioni che possono avere implicazioni transnazionali. Tale ultimo aspetto si fonda, da un lato, sulla possibilità da parte dell'Unione di adottare misure adeguate a garantire la cooperazione tra gli Stati membri e, dall'altro, sul principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extra-giudiziarie secondo un procedimento, chiamato ordinario, nel quale i motivi di rifiuto del riconoscimento sono eccezionali. In aggiunta, proprio in riferimento al diritto di visita e alla decisione con la quale viene accolta (o rigettata) la richiesta di rimpatrio del minore, il Regolamento europeo n. 2201/2003 ha abolito – ai fini della dichiarazione di esecutività di tali provvedimenti - anche la più lunga procedura *exequator* a favore di un procedimento molto più semplice, tramite certificati, che

---

[94] Corte europea dei diritti umani, quarta Sezione, 19 luglio 2016, *G.N. v. Poland*, n. 2171/14, in hudoc.echr.coe.int.

[95] Ai sensi dell'art. 3, §2, TUE «*L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima*».

consenta dunque, oltre al riconoscimento anche l'immediata esecuzione della decisione nello Stato (membro) di residenza abituale[96].

2.1 Il Regolamento europeo n. 2201/2003: limiti alla c.d. *Grave risk exception* e il c.d. *Trumping order*

Lo stesso Regolamento n. 2201 del 2003 (c.d. Regolamento *Bruxelles* II *bis*) si occupa anche della normativa applicabile alla sottrazione internazionale di minori (art. 11), dettando una disciplina destinata a prevalere sulla Convenzione dell'Aja del 1980 quando la sottrazione avviene tra Stati dell'Unione. Il Regolamento non intende sostituirsi alla Convenzione bensì integrarla, contribuendo a garantire il ritorno in un più elevato numero di casi. Interviene infatti su quel delicato bilanciamento tra ordine di ritorno ed eccezioni al rimpatrio, proprio integrando la c.d *Grave risk exception* prevista dall'art 13, §1, lett. b della Convenzione dell'Aja, riducendone l'ambito di applicazione e dando quindi priorità all'interesse superiore del minore al rimpatrio, secondo una valutazione in astratto, che potrebbe – a ben vedere – non coincidere sempre con quanto risulterebbe da una valutazione in concreto[97].

In particolare, l'art. 11, §4, del Regolamento europeo n. 2201/2003 prevede espressamente che, anche laddove vi sia il rischio per il minore di un grave pregiudizio fisico o psichico o di trovarsi in una situazione intollerabile a causa del ritorno, il rimpatrio deve ugualmente essere disposto se sono state adottate misure adeguate ad assicurare la protezione del minore[98]. Proprio per valorizzare l'utilizzo delle misure di protezione, sempre in ambito europeo sono stati adottati altri due strumenti normativi: la Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 sull'ordine di protezione europeo, applicabile in

---

[96] Per approfondimento si rinvia a C. HONORATI, *Sottrazione internazionale di minori e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. int. proc*., 1/2013, p. 5.

[97] L. CARPANETO, *La sottrazione internazionale di minori*, *cit*., p. 423.

[98] Si tratta della previsione normativa espressa di quella che, come è stato spiegato (v. *supra* §1.2.3), viene comunque ritenuta l'interpretazione corretta dell'art. 13, §1, lett. b, pur non presente nel dato normativo (cfr. *Guide to Good Practice, cit*., 2020, §36).

ambito penale, e il Regolamento (UE) n. 606/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 giugno 2013, relativo al riconoscimento reciproco delle misure di protezione in materia civile. Tali provvedimenti sono volti al riconoscimento diretto, all'interno degli Stati membri, di misure di protezione, adottate da uno di essi, che impongano il divieto di avvicinamento oppure l'allontanamento da una determinata persona, garantendo così maggiore sicurezza alle vittime di violenza negli spostamenti tra Stati dell'Unione. Si tratta di strumenti normativi che non sembrano essere di solito adottati in casi di sottrazione internazionale, forse anche per una loro scarsa conoscenza, ma che potrebbero garantire un sicuro rientro al minore e alla madre se utilizzati, già nell'ambito del procedimento di ritorno, per riconoscere misure di protezione di durata sufficiente a coprire il tempo necessario per la decisione definitiva in tema di affidamento del minore nello Stato di residenza abituale. Questo consentirebbe al giudice del ritorno di non limitarsi a ordinare il rientro nella speranza che nello Stato di residenza abituale venga al più presto applicata una misura di protezione per la madre e il minore, bensì di assicurarsi lui stesso che già nello Stato di rifugio (dove si sta svolgendo il procedimento sul ritorno) venga disposta una misura di protezione e che la stessa possa circolare direttamente con la madre e il minore, garantendo la loro incolumità[99].

L'art. 11, §8, del Regolamento europeo n. 2201 del 2003 limita poi ulteriormente il potere dell'Autorità competente dello Stato di rifugio di rigettare la domanda di rientro del minore, introducendo la possibilità per i giudici dello Stato di residenza abituale del minore di riesaminare la decisione con la quale l'Autorità dello Stato

[99] In questa prospettiva, nell'ambito di un recente progetto europeo, P.O.A.M. (*Protection of Abducting Mothers in Return Proceedings*), si è voluta promuovere una maggiore conoscenza di questo strumento di diritto europeo, evidenziando anche buone prassi circa l'utilizzo, in sede di giudizio sul rientro del minore, sia della Direttiva 2011/99/UE che del Regolamento (UE) n. 606/2013, al fine di garantire un rimpatrio sicuro del minore e della madre. Per maggiori informazioni sul progetto si veda il sito research.abdn.ac.uk/poam/. Un altro progetto europeo precedente, *P.O.E.M.S. project*, sempre al fine di promuovere un corretto uso di tale Direttiva e Regolamento nei casi di protezione delle vittime di violenza negli spostamenti tra Stati membri, si è occupato invece di raccogliere informazioni dettagliate in 27 Stati membri circa le misure interne di protezione applicabili alle vittime di violenza di genere (in particolare, maltrattamenti e atti persecutori), redigendo una relazione per ogni Stato. Per ulteriori informazioni sullo studio si rinvia a poems.project.com.

di rifugio ha rigettato la richiesta di rimpatrio (c.d. *trumping order*). A tal fine, lo Stato di rifugio ha l'obbligo di notificare, tramite l'Autorità centrale (o, se più comodo, autonomamente), la decisione sul diniego del rimpatrio all'Autorità competente dello Stato di residenza abituale e al genitore *left-behind*. Se entro tre mesi dalla notifica, il genitore che aveva richiesto il ritorno presenta delle conclusioni scritte, opponendosi alla decisione, si apre il procedimento di riesame nello Stato di residenza abituale; altrimenti il procedimento viene archiviato. Una eventuale decisione di rientro, adottata dal giudice dello Stato di residenza abituale in sede di riesame, prevarrà sulla precedente decisione di non ritorno dell'Autorità giudiziaria dello Stato di rifugio e sarà anche direttamente riconosciuta ed eseguibile nello Stato membro di rifugio, senza la necessità di una dichiarazione di esecutività e senza la possibilità di opporsi al riconoscimento[100].

Va segnalato, infine, che il Regolamento europeo n. 2201/2003 interviene anche sull'ascolto del minore prevedendo espressamente l'obbligo di sentire il minore nel corso del procedimento se ha età e maturità sufficienti, non solo per valutare una sua eventuale opposizione al rimpatrio (come previsto dalla Convenzione dell'Aja) ma anche per raccogliere informazione relative alla possibile esistenza di una qualsiasi delle eccezioni al rimpatrio (art. 11, §2, Reg. 2201 del 2003)[101].

2.1.1 Il nuovo Regolamento europeo n. 1111/2019

Il 25 giugno 2019 è stato adottato dal Consiglio europeo il Regolamento 2019/1111 che, a partire dal 1° agosto 2022[102], sostituirà il regolamento 2201/2003

---

[100] Per approfondimento sul tema si rinvia a E.M. MAGRONE, *I procedimenti in materia di sottrazione internazionale di minori con Paesi UE*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *Sottrazione internazionale di minori*, Cacucci, 2019, p. 79; K. TRIMMINGS, *Child Abduction within the Europena Union*, Hart Publishing, 2013.

[101] Ai sensi infatti dell'art. 11, §2, del Reg. 2201/2003 «*Nell'applicare gli articoli 12 e 13 della Convenzione dell'Aia del 1980,* [l'autorità giurisdizionale] *si assicurerà che il minore possa essere ascoltato durante il procedimento se ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità*».

[102] Entrerà in vigore in tutti i Paesi membri dell'Unione, con l'eccezione della Danimarca.

ritenuto bisognoso di miglioramenti[103]. Già nel 2016, infatti, la Commissione aveva presentato una proposta di modifica del Regolamento con l'obiettivo di «*Sviluppare ulteriormente lo spazio europeo di giustizia e diritti fondamentali basato sulla fiducia reciproca, eliminando gli ostacoli residui alla libera circolazione delle decisioni giudiziarie conformemente al principio del reciproco riconoscimento, e proteggere meglio l'interesse superiore del minore semplificando le procedure e rendendole più efficaci*»[104].

Per quanto riguarda la sottrazione internazionale di minori, sembrerebbe essere stata data una maggiore attenzione all'interesse del minore in concreto, con l'obiettivo di evitare rimpatri tardivi e poco conformi alla situazione effettiva del minore, favorendo la circolazione delle informazioni sulla vita di quest'ultimo e una maggiore flessibilità negli strumenti da utilizzare per la risoluzione della controversia.

A conferma della eccessiva brevità del termine previsto dalla Convenzione per la conclusione del procedimento di rimpatrio del minore, nel nuovo Regolamento viene indicata una durata per ogni fase: sei settimane per il procedimento di primo grado davanti al Tribunale per i minori, altre sei settimane per l'eventuale impugnazione e, infine, sei settimane per la fase di esecuzione[105]. Tali termini sono flessibili anche se nel Regolamento viene precisato che eventuali procedure di mediazione o l'apertura di una fase cautelare non possono, rispettivamente, «*allungare ingiustificatamente*» (considerando n. 42 e n. 43) e «*ritardare indebitamente*» (considerando n. 46 e art. 27 par. 5) l'esecuzione del rimpatrio.

Nell'ottica di fornire strumenti alternativi per la risoluzione del conflitto e per rendere comunque più accettabile alle parti la decisione dell'Autorità competente,

---

[103] Così nella Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo concernente l'applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 del 15 aprile 2014, rinvenibile al sito eur-lex.europa.eu.

[104] In tal senso la Proposta di modifica del Regolamento 2201/2003 presentata il 30 giugno 2016 dalla Commissione europea.

[105] Si tratta degli artt. 24 e 28 letti alla luce dei Considerando n. 42 e n. 43 del Regolamento UE 2019/1111.

si prevede esplicitamente la possibilità di ricorrere alla mediazione, purché non vi sia contrasto con l'interesse del minore o non provochi un ritardo ingiustificato del procedimento. Nel Regolamento è, infatti, stabilito che «*Quanto prima possibile e in qualsiasi fase del procedimento, l'autorità giurisdizionale provvede, direttamente o, se del caso, con l'assistenza delle autorità centrali, a invitare le parti a valutare se siano disposte a ricorrere alla mediazione o ad altri mezzi di risoluzione alternativa delle controversie, a meno che ciò non vada contro l'interesse superiore del minore, non sia appropriato nel caso specifico o non ritardi indebitamente il procedimento*». Viene però precisato che il ricorso alla mediazione non sempre è opportuno, soprattutto nei casi di violenza domestica (considerando n. 43): una specificazione oltremodo opportuna in quanto tanti sono i dubbi circa l'opportunità di ricorrere alla mediazione in questi casi. La mediazione, trattandosi di un percorso pensato a favore del maltrattante, impone alla donna e al *partner* violento di incontrarsi nuovamente per aprire un dialogo sulle violenze da lui poste in essere in precedenza, rischiando così di vittimizzare nuovamente la donna. La stessa Convenzione del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (c.d. Convenzione di Istanbul[106]), del resto, è consapevole di questo rischio laddove prevede, all'art. 48, il divieto di un ricorso *obbligatorio* a metodi alternativi di risoluzione dei conflitti, inserendo tra questi anche la mediazione.

Viene in parallelo dato ampio spazio agli accordi tra le parti, sia rispetto al riconoscimento, all'interno della decisione, di eventuali accordi sul ritorno o non ritorno giunti a seguito di un processo di mediazione (considerando n. 43), sia (sorprendentemente) in relazione al foro competente a trattare la questione relativa all'affidamento del minore: «(…) *Gli Stati membri che hanno concentrato la competenza dovrebbero considerare la possibilità di consentire all'autorità giurisdizionale investita della domanda di ritorno ai sensi della Convenzione*

[106] Si tratta di uno strumento internazionale giuridicamente vincolante fondamentale nella lotta e nel contrasto alla violenza contro le donne. La Convenzione è stata firmata dall'Italia il 27 settembre 2012 e ratificata con la legge 27 giugno 2013, n. 77.

dell'Aia del 1980 di esercitare anche la competenza concordata o accettata dalle parti a norma del presente Regolamento in materia di responsabilità genitoriale, laddove le parti abbiano raggiunto un accordo nel corso del procedimento di ritorno. Tali accordi dovrebbero includere patti sia a favore che contro il ritorno del minore. In caso di accordo contro il ritorno, il minore dovrebbe rimanere nello Stato membro della nuova residenza abituale e la competenza per un eventuale futuro procedimento di affidamento in tale Stato dovrebbe essere determinata sulla base della nuova residenza abituale del minore» (considerando n. 22). Sembrerebbe, dunque, che l'accordo delle parti – anche se intervenuto dopo la sottrazione – sia sufficiente a incardinare la competenza sull'affidamento del minore nello Stato di rifugio, ritenuto, a quel punto, il luogo in cui i genitori, di comune accordo, hanno deciso di spostare la residenza abituale del minore.

È prevista, poi, la possibilità per il giudice del ritorno di iniziare una procedura cautelare d'urgenza nei casi in cui venga invocata l'eccezione di cui all'art. 13 §1 lett. b della Convenzione dell'Aja (c.d. *Grave risk exception*) per affrontare situazioni di rischio per il minore in caso di rientro e salvaguardare i suoi interessi: «*Nel disporre il ritorno del minore, l'autorità giurisdizionale può, se del caso, adottare provvedimenti provvisori, inclusi i provvedimenti cautelari, ai sensi dell'articolo 15 del presente regolamento al fine di proteggere il minore dal grave rischio di cui all'articolo 13, primo comma, lettera b), della Convenzione dell'Aia del 1980, purché l'esame e l'adozione di tali provvedimenti non ritardino indebitamente il procedimento di ritorno*» (art. 27, §5). I provvedimenti cautelari emessi in caso di rischio di pregiudizio fisico, psicologico o di situazione intollerabile sono riconosciuti direttamente nello Stato in cui il minore viene rimpatriato e restano in vigore fino a quando, nello Stato di residenza abituale, non vengano adottate le decisioni di merito appropriate[107].

[107] Le procedure cautelari sono normate dai considerando n. 30 e n. 46 e dall'art. 27, §5 e dall'art. 15 del Regolamento UE 2019/1111.

In tema invece di ascolto[108], viene data al minore «*La possibilità concreta ed effettiva di esprimere la propria opinione*», aggiungendo che il suo punto di vista deve essere tenuto «*in debito conto (...) in funzione della sua età e del suo grado di maturità*» (art. 21).

Non ci sono differenze significative con il Regolamento europeo n. 2201/2003 in relazione ai casi in cui viene invocata l'eccezione di cui all'art. 13, §1, lett. b della Convenzione dell'Aja: «*Un'autorità giurisdizionale che consideri l'eventualità di rifiutare di disporre il ritorno di un minore unicamente in base all'articolo 13, primo comma, della Convenzione dell'Aia del 1980 non può rifiutarsi di disporre il ritorno del minore se la parte che ne richiede il ritorno la convince fornendo prove sufficienti o se l'autorità giurisdizionale stessa è altrimenti convinta che sono state previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno*» (art. 27 par. 3). Allo stesso modo non ci sono particolari difformità rispetto al c.d *Trumping order* (art. 29).

2.2 Il Regolamento europeo n. 1862/2018 e l'intervento preventivo sui minori a rischio di sottrazione internazionale

Un altro strumento dell'Unione europea molto utilizzato nel contrasto alla sottrazione internazionale di minori è il sistema di informazione Schengen (SIS): una banca dati, istituita dal Regolamento (CE) n. 1987/2006 e dalla Decisione 2007/533/GAI, che consente il controllo delle Frontiere e favorisce la cooperazione tra gli Stati membri. In particolare, in caso di sottrazione internazionale è possibile procedere con una 'segnalazione', cioè con l'inserimento di un *alert* nel sistema a disposizione delle Autorità nazionali responsabili dei controlli di frontiera (Polizia doganale o Agenzie Europol e Eurojust) in modo che il genitore autore della sottrazione possa essere individuato e fermato nel minor tempo possibile.

Fino al 2018, la 'segnalazione' era consentita solo se il minore era già stato sottratto; con il Regolamento n. 1862 del 28 novembre 2018 sono state ampliate le

[108] L'ascolto del minore è disciplinato dal Considerando n. 39 e dagli artt. 21 e 26 del Regolamento UE 2019/1111.

ipotesi che consentono l'inserimento dell'*alert*, fino a ricomprendervi «*minori a rischio di sottrazione da parte di un genitore, un familiare o un tutore a cui deve essere impedito di viaggiare*» (Reg. 1862/2018, art. 32, §1, lett. c).

La tutela da parte del legislatore europeo viene, dunque, anticipata anche ai casi in cui il minore è in pericolo di sottrazione, in modo da prevenire la sottrazione stessa. Il Regolamento continua specificando che «*La segnalazione di un minore di cui al paragrafo 1, lettera c), è inserita in seguito a una decisione delle autorità competenti, incluse le autorità giudiziarie degli Stati membri competenti in materia di responsabilità genitoriale, in caso di rischio concreto ed evidente che il minore possa essere fatto uscire in modo illecito e imminente dallo Stato membro in cui hanno sede le autorità competenti*» (Reg. 1862/2018, art. 32, §3).

Difficile è, tuttavia, comprendere chi sia l'Autorità competente in Italia: salvo diverse decisioni del legislatore nazionale, nel caso di giudizio pendente sull'affidamento del minore dovrebbe essere competente il Tribunale davanti al quale si svolge il procedimento; prima del giudizio, invece, la segnalazione dovrebbe partire (d'ufficio o su istanza dei genitori) dal Tribunale per i minori del luogo di residenza abituale del minore in quanto competente in materia di sottrazione internazionale di minori[109].

Sono tre le condizioni che legittimano l'introduzione della segnalazione, pur in una fase di solo pericolo per il minore: il rischio di sottrazione deve essere concreto ed evidente per il giudice procedente; il trasferimento deve essere illecito (è, dunque, necessario che il dissenso dell'altro genitore sia chiaro); la partenza deve essere imminente, cioè il giudice deve verificare che uno dei genitori è prossimo a uscire dal Paese. La segnalazione resterà, infatti, nel sistema per un anno, decorso il quale, se non viene prorogata, sarà cancellata automaticamente (Reg. 1862/2018, art. 53).

---

[109] P. BRUNO, *Protezione dei minori a rischio di sottrazione internazionale: i nuovi alerts nel Reg. (UE) n. 1862 del 28.11.2018*, in magistraturaindipendente.it, 31 maggio 2020, p. 5.

3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di sottrazione internazionale di minori

La complessità delle vicende sottrattive internazionali ha comportato che sempre più casi di sottrazione siano portati all'attenzione della Corte europea dei diritti umani. In diverse circostanze la Corte ha condannato gli Stati convenuti, ritenendo l'ordine di ritorno in contrasto con l'art. 8 della CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare), ravvisandosi in esso anche il principio del superiore interesse del minore. Nella CEDU manca, infatti, un esplicito richiamo ai *best interests of the child*: tale principio è stato tuttavia ricostruito dalla Corte in via interpretativa a partire dal 2010 quando, per la prima volta, proprio in un caso di sottrazione, ha sottolineato il ruolo che il principio del superiore interesse del minore deve avere in tutte le decisione che lo riguardano: «*There is currently a broad consensus (...) in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramounth*»[110]. Protagonista della vicenda era un minore israeliano, che la madre aveva portato in Svizzera per sottrarsi alla decisione del marito di imporre a lei e al figlio l'adesione a un movimento religioso ebraico, ultraortodosso e radicale, al quale aveva lui stesso aderito. Di fronte al rifiuto della donna, l'uomo aveva infatti cominciato a molestarla e minacciarla. La madre in un primo tempo aveva chiesto protezione in Israele (ottenendo un ordine di allontanamento dell'uomo dalla casa familiare e l'affido a lei del bambino) e poi, dopo il divorzio, aveva deciso di mettersi in salvo in Svizzera. Nel corso del procedimento di ritorno, avviato in Svizzera su richiesta del marito, veniva tuttavia ordinato il rientro del minore in Israele, violando così, a giudizio della Corte EDU, l'art. 8 della

[110] Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, 6 luglio 2010, *Neulinger and Sharuk c. Svizzera*, n. 41615/07, in hudoc.echr.coe.int. Tale prospettiva della Corte è stata ampiamente criticata in quanto sembrerebbe obbligare i giudici del ritorno ad entrare nel merito della questione quando invece, secondo le intenzioni della Convenzione dell'Aja, dovrebbero solo valutare l'eventuale esistenza di una delle eccezioni al rimpatrio, lasciando allo Stato di residenza abituale la risoluzione nel merito della controversia. In tal senso L. SILBERMAN, *The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocation from Custodial Parents: A perspectives from the United States and Europe*, in *Oklahoma Law Review*, 2011, p. 743; P. BEAUMONT, K. TRIMMINGS, L. WALKER, J. HOLLIDAY, *Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, p. 40.

Convenzione. La Corte ha ritenuto insufficiente e poco approfondita la valutazione del giudice svizzero, che avrebbe dovuto invece fare una attenta ponderazione degli interessi in gioco. Secondo i giudici di Strasburgo era necessaria una «*in depth examination of the entire family situation*», che tenesse in debita considerazione anche il rapporto affettivo tra madre e minore e le conseguenze negative che su questa relazione sarebbero derivate in caso di ritorno, partendo dal presupposto che il rapporto madre-figlio è fondamentale per il corretto sviluppo psico-fisico e per il benessere del bambino. E tra le tante variabili da tenere in considerazione per salvaguardare tale rapporto, secondo la Corte, c'è anche il procedimento penale al quale la madre potrà andare incontro nello Stato di residenza abituale, in caso di ritorno, e il conseguente rischio di non potersi più occupare del minore per un certo tempo.

Nel solco di questa decisione se ne collocano altre due negli anni immediatamente successivi [111]: la prima, del 2011, riguardava un minore portato dalla madre – che ne aveva l'affidamento esclusivo – dall'Italia alla Lettonia in quanto il padre, da sempre disinteressatosi del figlio, non pagava più il mantenimento e aveva lasciato il figlio privo di risorse economiche[112]; la seconda, del 2013, riguardava una minore portata dalla madre dall'Australia alla Lettonia in quanto il padre, che non aveva nemmeno riconosciuto la minore, era sempre più aggressivo e non forniva alcun mantenimento economico alla figlia, tanto che la donna aveva chiesto, in Australia, un sostegno finanziario in qualità di madre

---

[111] Per un maggiore approfondimento della giurisprudenza della Corte EDU in materia di sottrazione internazionale di minori, si veda P. MCELEAVY, *The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising return or reflection?"*, in *Netherland Int. Law Review*, 2015, 365 ss.; M. DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Cedam, 2012, p. 148.

[112] Corte europea dei diritti umani, Seconda Sezione, 12 luglio 2011, *Sneersone and Kampanella v. Italia*, n. 14737/09, in hudoc.echr.coe.int. In questo caso, a differenza degli altri, nel corso del procedimento sul ritorno del minore, tenutosi in Lettonia, era stato rifiutato il rimpatrio perché il ritorno avrebbe causato un grave pregiudizio psicologico al minore. Il Tribunale per i minori italiano però, adito dal padre del minore ai sensi dell'art. 11, §8, del Regolamento UE 2201/2003, ha comunque ordinato il rientro del minore in quanto erano state disposte delle misure (finanziarie e abitative) affinchè il rimpatrio venisse eseguito in sicurezza.

single[113]. In entrambi i casi la Corte, nel ritenere contrario alla Convenzione l'ordine di rientro disposto dai tribunali nazionali, ha sottolineato come, in un'ottica di tutela dei diritti umani, le eccezioni al rimpatrio debbano essere prese in seria considerazione e la decisione sulla loro sussistenza o meno debba essere motivata con attenzione, tenendo in considerazione tutti gli elementi della vicenda[114].

Un'altra pronuncia della Corte EDU riguarda specificamente un caso di violenza domestica[115]: la madre e i due figli, a seguito di una vacanza estiva in Romania, decidono di non fare più rientro in Italia, dove il nucleo familiare abitava. Tale decisione veniva presa per fuggire da un uomo violento e irascibile, sia con la compagna che con i minori, i cui abusi erano stati anche videoregistrati dalla donna e portati in giudizio a sostegno del grave pregiudizio, sia fisico che psicologico, cui i minori sarebbero andati incontro in caso di rimpatrio. Il clima familiare violento è così descritto nella sentenza: «*According to the first applicant, P.L.R. would beat up the children, bruising their faces and giving them nose bleeds. He would pull them by the ears, slap their faces and hit their bottoms. Sometimes he would undress them and beat their bodies with hard objects. He would also call them names and humiliate them. The violence had worsened in recent years and the first applicant had become a target as well. She had tried to intervene but to no avail. She had encouraged her husband to seek medical help for his behaviour, but he had refused. Eventually, the first applicant had decided to find refuge with the children in Romania*».

L'Autorità rumena, adita dal padre, pur riconoscendo l'esistenza della violenza domestica, non ha però ritenuto integrata la c.d. *Grave risk exception*, valutando la violenza come "*occasionale*" e ritenendola arginabile con le misure di protezione che la donna avrebbe potuto invocare in Italia. La Corte EDU condanna la Romania per tale decisione, affermando che la violenza contro i minori non può mai essere

---

[113] Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, 26 novembre 2013, *X c. Lettonia*, n. 27853/09, in hudoc.echr.coe.int.

[114] L. CARPANETO, *La sottrazione internazionale di minori*, *cit*., p. 420.

[115] Corte europea dei diritti umani, Quarta Sezione, 21 maggio 2019, *O.C.I. and others. v. Romania*, n. 49450/17, in hudoc.echr.coe.int.

tollerata: «*In this context, the risk of domestic violence against children cannot pass as a mere inconvenience necessarily linked to the experience of return, but concerns a situation which goes beyond what a child might reasonably bear*».

La Corte coglie anche l'occasione per circoscrivere il campo di applicazione delle misure di protezione come rimedio al grave pregiudizio (art. 11, §4, Regolamento europeo n. 2201/2003) sostenendo che «*The existence of mutual trust between child-protection authorities does not mean that the State to which children have been wrongfully removed is obliged to send them back to an environment where they will incur a grave risk of domestic violence solely because the authorities in the State in which the child had its habitual residence are capable of dealing with cases of domestic child abuse*».

Tuttavia, in una più recente sentenza, la Corte di Strasburgo ha condannato la Russia (sempre per violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU) per aver rigettato, questa volta, la richiesta di rimpatrio[116]: il caso riguardava una coppia composta da padre spagnolo e madre russa, che nel 2009, dopo essersi sposati in Russia, si erano trasferiti in Spagna. Nel 2013 era nata in Spagna la loro prima figlia che, nel 2016, viene illecitamente trasferita in Russia dalla madre. Tempestivamente il padre procede con la richiesta di rimpatrio ai sensi della Convenzione dell'Aja. In tutti i gradi viene negato il ritorno della minore, ai sensi dell'art. 13, §1, lett. b della Convenzione dell'Aja in quanto il rientro della bambina di soli 3 anni, senza la madre, cui era molto legata, avrebbe configurato per lei un grave pregiudizio sia fisico che psicologico. Il padre presenta dunque ricorso alla Corte europea dei diritti umani ritenendo che le decisioni adottate avrebbero discriminato la sua posizione di padre in favore di quella della madre, impedendogli di avere rapporti costanti con la figlia di tre anni.

La Corte EDU, nello sposare le ragioni del padre, sottolinea come le eccezioni al rimpatrio previste dalla Convenzione dell'Aja debbano essere interpretate in maniera restrittiva e che la c.d. *Grave risk exception* non può essere integrata dalla

[116] Corte europea dei diritti umani, III Sezione, 30 marzo 2021, *Thompson c. Russia*, n. 36048/17, in hudoc.echr.coe.int.

sola separazione della minore dalla madre, in assenza di altre motivazioni che rendano realmente insopportabile per la bambina il rimpatrio[117], anche perché la madre non aveva addotto valide motivazioni che le impedissero effettivamente il rientro in Spagna con la minore[118].

4. Il possibile ricorso alla mediazione familiare nei procedimenti di sottrazione internazionale di minori

La mediazione familiare è un processo volontario e organizzato di risoluzione dei conflitti tra coniugi nel quale il mediatore deve agevolare il dialogo tra le parti per raggiungere un accordo che metta d'accordo i coniugi, salvaguardando però sempre il superiore interesse del minore coinvolto. Tale mediazione può essere diretta o indiretta: nel primo caso gli incontri con il mediatore si svolgono alla presenza di entrambi i coniugi, nel secondo caso invece il mediatore incontra i genitori separatamente.

La mediazione è richiamata dalla Convenzione dell'Aja del 1980 che, all'art. 7, incoraggia la composizione amichevole delle controversie anche attraverso la procedura di mediazione. In ambito europeo, invece, la mediazione non è specificamente richiamata dal Regolamento UE 2201/2003 ma solo dal nuovo Regolamento UE 2019/1111, in vigore a partire dal 1° agosto 2022. Cionondimeno diversi sono i documenti europei che comunque promuovono la mediazione tra gli

---

[117] «*The Court observes that it was the second applicant's mother, Yu.T., who opposed the child's return. It was therefore for her to make and to substantiate any potential allegation of specific risks under Article 13 (b) of the Hague Convention (see paragraph 24 above). While this provision is not restrictive as to the exact nature of the "grave risk" – which could entail not only "physical or psychological harm" but also "an intolerable situation" – it cannot be read, in the light of Article 8 of the Convention, as including all of the inconveniences necessarily linked to the experience of return. The exception provided for in Article 13 (b) concerns only situations which go beyond what a child might reasonably be expected to bear*» (cfr. Corte europea dei diritti umani, III Sezione, 30 marzo 2021, *Thompson c. Russia*, n. 36048/17).

[118] «*Nothing in the circumstances unveiled before the domestic courts objectively ruled out the possibility of the mother's return together with the child. It was not implied that Yu.T. did not have access to Spanish territory (see, mutatis mutandis, Maumousseau and Washington, cited above, § 74) or that she would have faced criminal sanctions upon her return*» (Corte europea dei diritti umani, III Sezione, 30 marzo 2021, *Thompson c. Russia*, n. 36048/17).

Stati membri dell'Unione, così ad esempio la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2008/52/CE sottolinea che «*La mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla media- zione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera*» (considerando n. 6). Tra l'altro, in ambito europeo la corretta applicazione della procedura di mediazione è garantita attraverso l'Ufficio del Mediatore che ha il compito di accompagnare i genitori in un accordo che garantisca il superiore interesse del minore[119].

I mediatori internazionali dovrebbero avere una formazione più specifica rispetto a quelli che operano a livello nazionale. Per garantire un alto livello formativo degli stessi, alcuni Stati hanno, a dire il vero, delle regole stringenti: in Austria, ad esempio, i mediatori devono essere iscritti ad un apposito albo ed avere particolari requisiti; in Francia, è necessario un diploma specifico in mediazione familiare; nel Regno Unito devono superare una sorta di esame abilitativo prima di ottenere tale ruolo.

La mediazione, anche nei casi di sottrazione internazionale, deve informarsi a determinati principi: le parti devono aderire volontariamente al percorso di mediazione; ai coniugi devono essere fornite tutte le informazioni necessarie sulla mediazione (il consenso deve essere informato); il procedimento di mediazione

[119] Dal 1987 è stata istituita in Unione europea la carica di Mediatore del Parlamento europeo per i casi di sottrazione internazionale di minori. Il suo ruolo consiste nel favorire, attraverso una procedura di mediazione, il raggiungimento di un accordo volontario tra il genitore che ha sottratto il figlio e il genitore *left-behind*, considerando sempre come 'preminente' l'interesse del minore. Se raggiunto, l'accordo può essere comunicato al tribunale procedente. L'organo deve anche assicurarsi che, nei casi concreti, venga designato un comitato di mediatori formati ed affidabili che deve necessariamente essere composto da una donna e un uomo, un giurista e un non giurista, che parlino entrambe le lingue delle parti.

deve essere neutrale, equo e imparziale e deve, infine, restare riservato[120]. È necessario poi valutare con attenzione se il caso di sottrazione si presta ad essere risolto attraverso la procedura di mediazione: nei casi di violenza domestica e di abuso di minori la pratica non viene, di solito, attivata[121].

L'accordo oggetto della mediazione verterà in primo luogo sul ritorno o meno nello Stato di residenza abituale e, nel caso in cui i genitori acconsentissero, potrebbe riguardare anche l'affidamento e il mantenimento del minore. In questo secondo caso, però, è necessario che abbia avuto inizio anche un procedimento circa l'affidamento del minore nello Stato di residenza abituale per tramutare l'accordo in un provvedimento giudiziario. Infatti, in ogni caso, l'accordo deve essere riconosciuto da un giudice e registrato per avere valore giuridico.

5. Il problema della disciplina applicabile in alternativa alla Convenzione dell'Aja del 1980

Pur essendo 101 gli Stati che ad oggi hanno firmato la Convenzione dell'Aja del 1980, rimangono ancora diversi Paesi che non l'hanno ratificato e nei quali si pone il problema di individuare gli strumenti che, nel favorire la cooperazione tra gli Stati, permettano di garantire comunque il superiore interesse del minore sottratto. La Convenzione dell'Aja del 1980 non è, ad esempio, applicabile nei rapporti con alcuni Stati dell'Asia orientale e del Pacifico, dell'Asia meridionale e centrale, del Medio Oriente, del Nordafrica, dell'Africa Subsahariana, dell'America Latina e dei Caraibi[122].

---

[120] Per maggiori informazioni sulla mediazione nei casi di sottrazione internazionale si veda S. VIGERS, *Mediating International Child Abduction Cases. The Hague Convention*, Hart Publishing, 2011.

[121] Cfr. sul punto M.L. MISSIAGGIA, *La mediazione nei procedimenti di sottrazione internazionale di minori*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori*, Cacucci ed., 2019, p. 248.

[122] Un interessante studio sul tema è stato curato dalla Law Library of Congress, Global Research Center, *Provisions on Child Abduction in Non-Hague Countries*, maggio 2015, reperibile *online* al sito www.loc.gov.

Tuttavia, ai rapporti con gli Stati dell'America Latina e dei Caraibi che non hanno firmato la Convenzione dell'Aja (tra gli altri, Antigua e Barbuda) è applicabile la Convenzione interamericana del 1989 sul ritorno internazionale dei minori, uno strumento di diritto internazionale che ricalca perlopiù la disciplina della Convenzione dell'Aja del 1980 e che ha il vantaggio di estenderne la tutela anche in quest'area[123]. Laddove, invece, non vi siano trattati a carattere multilaterale, è necessario fare riferimento ad accordi bilaterali tra Stati. Tale tecnica di cooperazione viene, in particolare, utilizzata con gli Stati di origine islamica in quanto le differenze culturali esistenti tra il mondo giudaico-cristiano e quello arabo-musulmano impongono la ricerca di soluzioni condivise attraverso la negoziazione di accordi *ad hoc*. Le principali difficoltà discendono dalla diversa concezione di famiglia propria delle due culture: l'impostazione socio-familiare del mondo islamico è fortemente ancorata a precetti religiosi da cui discende, ad esempio, la differenziazione dei ruoli tra i genitori in cui la madre ha prevalentemente il compito di accudire quotidianamente i figli, mentre al padre spetta prendere ogni decisione rilevante circa l'educazione dei figli o la scelta del luogo in cui questi ultimi debbano risiedere abitualmente.

Un altro ostacolo al dialogo risiede nel fatto che i Paesi islamici non aderiscono al criterio di competenza sulle decisioni riguardanti i minori fondato sulla residenza abituale ma fanno piuttosto prevalere un criterio nazionale: in caso di unione tra cittadini di Stati diversi, se uno dei due (a prescindere che sia l'uomo o la donna) proviene da uno Stato islamico, sarà quest'ultimo ad avere la competenza per decidere circa la vita del minore affinchè il bambino possa crescere secondo i precetti (religiosi e culturali) considerati più opportuni[124].

---

[123] È stata in particolare adottata a Montevideo il 15 luglio 1989 nell'ambito della quarta Conferenza Interamericana di Diritto Internazionale Privato. Per approfondimento si rinvia a H.V. JIMÈNEZ, *Inter-American Convention on the International Return of Children*, in *International Legal Materials*, 1990, p. 63.

[124] Si veda sul punto V.C. GOSSELAIN, *Child Abduction and Transfrontier Access: Bilateral Conventions and Islamic States*, ricerca pubblicata nell'agosto 2002 e rinvenibile online sul sito della Conferenza Internazionale dell'Aja (hcch.net).

Un ruolo fondamentale hanno in questi casi i Consolati, soprattutto alla luce della Convenzione del 24 aprile 1963 sulle relazioni consolari che annovera tra le funzioni dei Consoli anche quella di assistere e tutelare i minori nei rapporti tra gli Stati (art. 5). Il Console può, nei casi di sottrazione internazionale, contribuire alla localizzazione del minore e avere contatti con quest'ultimo per verificare le sue condizioni di salute e acquisire informazione rispetto al contesto sociale e familiare in cui sta vivendo[125].

[125] Cfr. sul punto G. SCIACCALUNGA, F. MAOLI, *I procedimenti in materia di sottrazione internazionale di minori con Paesi non firmatari*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori*, Cacucci ed., 2019, p. 117.

CAPITOLO III
La risposta penale al fenomeno sottrattivo

Sommario: 1. La questione controversa del ricorso al diritto penale in questo ambito. **2.** La scelta italiana di introdurre un reato *ad hoc*. **3.** Il nuovo reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero (art. 574-*bis* c.p.). **3.1** Possibile concorso con altri reati. **3.2** La sanzione accessoria della sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale. **3.3** Un dubbio (peraltro infondato) sulla giurisdizione del giudice italiano. **4** Analisi della prassi del Tribunale di Milano negli anni 2015-2017. **4.1** Le pronunce di assoluzione nei confronti della madre. 4.2 Le sentenze di condanna nei confronti della madre. 4.3 La sottrazione realizzata dai padri. 4.4 Il mancato riconoscimento dello stato di necessità. **5.** L'esperienza spagnola: la rilevanza di una «*valida motivazione*» al trasferimento del minore.

1. La questione controversa del ricorso al diritto penale in questo ambito

Come molti Stati, l'Italia ha introdotto nel 2009 un reato *ad hoc* per reprimere la sottrazione internazionale di minori[126]: di conseguenza, ogniqualvolta il minore sottratto abbia la residenza nel nostro Paese si avvierà un procedimento penale nei confronti del genitore che ha realizzato la sottrazione, oltre al procedimento per il rimpatrio del minore che si svolgerà, invece, di fronte all'autorità giudiziaria del Paese in cui è stato condotto.

La scelta di perseguire penalmente l'autore della condotta sottrattiva non è stata condivisa da tutti gli Stati perché presenta alcuni profili problematici. Da un lato, la prospettiva di un procedimento penale, incardinato nello Stato di residenza abituale, rende più difficoltoso il rimpatrio, disincentivando l'autore della sottrazione a fare ritorno con il minore; dall'altro, sul piano della prevenzione del fenomeno, non sembra che la diffusa criminalizzazione della sottrazione

[126] Tra gli Stati che hanno introdotto uno specifico reato di sottrazione internazionale di minore, ci sono Spagna, Portogallo, Croazia, Slovenia, Danimarca, Finlandia, Norvegia, Germania, Svizzera, Austria, Grecia, Irlanda, Regno Unito, Stati Uniti; non perseguono penalmente la sottrazione, tra gli altri, Romania, Russia, Ucraina, Bulgaria, Malta.

internazionale (nonostante siano moltissimi gli Stati ad aver adottato questa soluzione) abbia contribuito alla diminuzione dei casi di sottrazione che, anzi, risultano aumentare di anno in anno (v. *supra* cap. I, §2.1).

D'altro canto, a favore dell'impiego dello strumento penale in queste situazioni, nei Paesi che vi hanno fatto ricorso si invocano esigenze di più celere localizzazione del minore, così come la possibilità di impiegare strumenti di intervento più incisivi[127].

Del resto, l'introduzione di un reato di sottrazione è motivata anche dalla necessità di dare attuazione alle Raccomandazioni sovranazionali che chiedono una maggiore attenzione nei confronti dei minori coinvolti in casi di sottrazione internazionale. In particolare, nella Risoluzione del Parlamento europeo adottata il 16 gennaio 2008 e volta a delineare una «*una strategia dell'Unione europea sui diritti dei minori*», era stato chiesto, tra le altre cose, che venisse «*affrontato il problema della sottrazione internazionale dei minori, contesi spesso tra i genitori in seguito a separazioni o divorzi, tenendo sempre nella massima considerazione l'interesse superiore del bambino*» (§90). Nella Risoluzione si aveva tuttavia cura di segnalare che ogni strumento normativo riguardante i minori deve essere ispirato ai 4 principi basilari della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'Infanzia: «*protezione da ogni forma di discriminazione; preminenza dell'interesse superiore del fanciullo; diritto alla vita e allo sviluppo; diritto di esprimere un'opinione, della quale va tenuto conto in tutte le decisioni riguardanti il minore*» (§18).

---

[127] Si veda, sul tema della possibile scelta di sanzionare penalmente la sottrazione internazionale di minori, D.N. LESLIE, *A difficult situation made harder: a parent's choice between civil remedies and criminal charges in international child abduction*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 36, n. 2/2008, p. 381; S. KRESTON. *Prosecuting International Parental Kidnapping*, in *Notre Dame Journal of Law*, vol. 15, n. 2/2001, p. 533; W.E. BUTLER, *Comparative approaches to prohibiting child abduction*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 9, n. 1/2014, p. 366.

2. La scelta italiana di introdurre un reato *ad hoc*

L'introduzione del nuovo reato di sottrazione internazionale di minori in Italia era «*molto attesa*»[128] tanto che, già nel 1988, in Italia era stata formulata una proposta di legge per l'inserimento del reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero, che non aveva però trovato seguito. Si trattava di un disegno di legge volto ad armonizzare il codice penale a una nuova concezione del minore - inteso come titolare di autonomi diritti - emersa a seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975 (legge 19 maggio 1975, n. 151) che, modificando radicalmente il precedente impianto legislativo, ha valorizzato la circostanza che l'allora «*potestà genitoriale*" doveva essere intesa come funzionale alla educazione e allo sviluppo dei figli.

La disciplina disposta dal codice civile nel 1942 era, infatti, improntata a principi antiquati che accentravano nelle mani del *pater familias* ogni potere di decisione e controllo, sia nei confronti dei figli che della moglie. Le donne erano considerate soggetti incapaci di agire senza l'autorizzazione maritale; erano obbligate ad accompagnare il marito «*dovunque egli crede opportuno di fissare la sua residenza*» (così si legge nel testo originario dell'art. 144 c.c.) e a prestargli obbedienza, in cambio del suo mantenimento economico. Con l'avvento della Costituzione, e il riconoscimento della «*pari dignità sociale*» di tutti i cittadini (art. 3), nonché della «*eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*» (art. 29), tale concezione è stata superata. La Corte costituzionale era intervenuta a più riprese per adeguare la disciplina civilistica ai principi costituzionale, ma essenziale è stato l'intervenuto del legislatore che, nel 1970, ha introdotto l'istituto del divorzio[129] (in precedenza il matrimonio era indissolubile) e poi, nel 1975, con la riforma del diritto di famiglia[130], ha sostituito integralmente gli artt. 143-148 c.c. - ora dedicati

---

[128] Così si legge nell'intervento della Relatrice per la Prima Commissione della Camera, On. Jole Santelli, nella seduta del 30 aprile 2009.

[129] Il riferimento è alla legge 1° dicembre 1970, n. 898

[130] Si tratta della legge 19 maggio 1975, n. 151.

ai «*diritti e doveri che nascono dal matrimonio*»[131] – sancendo che «*Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli*» (questa è la formulazione dell'art. 147 c.c. dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975).

Viene, dunque, posto l'accento, da un lato, sulla parità dei diritti e doveri dei coniugi e, dall'altro, sulla modalità di esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti dei figli, non più come una prerogativa in qualità di genitori ma piuttosto avendo il dovere di potenziare le loro inclinazioni naturali e aspirazioni.

Il disegno di legge del 1988 mirava quindi a trasferire tale nuova concezione dei rapporti familiari anche nel diritto penale, promuovendo una maggiore protezione dei minori, diretta non solo alla tutela della loro integrità fisica ma anche di quella psichica, valorizzando le «*esigenze di crescita umana del minore e l'esistenza di suoi autonomi diritti*»[132]: da qui l'eloquente titolo «*Norme sulla tutela penale della personalità del minore*».

La proposta reintroduceva, nel libro secondo del codice penale, il titolo X, riservato - prima di essere abrogato nel 1978 - ai delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe[133], dedicandolo tuttavia interamente ai delitti contro la personalità del minore, con il preciso intento di svincolare la tutela di quest'ultimo da quella rivolta genericamente alla famiglia. La sottrazione di minori sarebbe stata articolata in due ipotesi. La prima, prevista dall'art. 547 c.p. e rubricata «*Atti lesivi della protezione del minore*», avrebbe sanzionato chiunque sottraeva o tratteneva un minore, contro la volontà del genitore esercente la responsabilità genitoriale o di chiunque ne

---

[131] Per maggiore approfondimento si rinvia a A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, F. ANELLI, C. GRANELLI, *Manuale di Diritto Privato*, XXIV ed., Giuffrè, 2019, p. 1201.

[132] Cfr. Relazione di accompagnamento al disegno di legge concernente «*Norme sulla tutela penale della personalità del minore*», approvato dal Consiglio dei Ministri il 29 gennaio 1988 e pubblicato in F. MOSCONI, D. RINOLDI (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore. Studi e documenti sul "kidnapping" internazionale*, Cedam, 1988, p. 403.

[133] Il titolo era stato, in particolare, abrogato dall'art. 22 della legge 22 maggio 1978, n. 194, recante norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza.

avesse l'affidamento, la vigilanza o la custodia. La seconda ipotesi, sotto la rubrica «*Atti lesivi delle relazioni familiari del minore*», si configurava come un reato proprio del genitore e puniva con la reclusione fino a tre (a differenza dell'ipotesi precedente in cui la pena andava da un anno a tre anni), il genitore che sottraeva o tratteneva il figlio all'insaputa dell'altro o, anche in questo caso, di chiunque ne avesse l'affidamento, la vigilanza o la custodia. Solo in questa seconda figura di reato proprio era previsto un aggravamento di pena (reclusione da uno a quattro anni) qualora il minore fosse trasferito fuori dal territorio nazionale.

A differenza di quanto avverrà poi con la legge n. 94 del 2009, la sottrazione internazionale di minori non era concepita come un'autonoma fattispecie di reato, bensì come una circostanza aggravante applicabile, tra l'altro, solo nei casi in cui fosse il genitore a trasferire il minore all'estero.

Nonostante questa proposta non abbia trovato accoglimento, anche prima dell'introduzione di un reato *ad hoc*, le condotte di sottrazione e trattenimento di minore all'estero erano già punibili attraverso il reato di sottrazione di persone incapaci (art. 574 c.p.) e quello di sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.), a seconda della specifica situazione concreta. Le due fattispecie si differenziano sia per quanto riguarda l'età del minore sottratto, sia per la presenza (o meno) della volontà di quest'ultimo. L'art. 573 c.p. sanziona, infatti, con la reclusione fino a due anni, la condotta di colui che "*sottrae*" o "*ritiene*" un minore che abbia compiuto 14 anni, e con il suo consenso, al genitore o a chiunque altro ne abbia la vigilanza o la custodia. L'art. 574 c.p., invece, punisce con la reclusione da uno a tre anni colui che "*sottrae*" o "*ritiene*" un minore di anni 14 o un infermo di mente a chi ne ha la custodia, nonché, un minore che abbia compiuto gli anni 14, senza il suo consenso. Oltre ai reati previsti dagli artt. 573 e 574 c.p., era possibile applicare anche il reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice in tema di affidamento (art. 388, co. 2, c.p.) che punisce con la reclusione fino a 3 anni, o con la multa, il genitore affidatario che non rispetta i precetti previsti nel provvedimento di affidamento del figlio, violando il diritto di visita dell'altro genitore.

Un primo (e criticabile) orientamento giurisprudenziale applicava il reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388, co. 2, c.p.) in tutti quei casi di sottrazione in cui vi era stato un provvedimento giudiziale di affidamento del minore, e quello di sottrazione di persone incapaci (art. 574 c.p.) o di sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.) nei casi di trasferimento illecito in cui non era stato disposto alcun provvedimento[134]. In questo modo, tuttavia, si creava una irragionevole disparità di trattamento perché le ipotesi in cui non vi era stato un provvedimento sull'affidamento del minore, pur identiche, venivano ricondotte alle più gravi figure di reato di sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.) e sottrazione di persone incapaci (art. 574 c.p.).

La questione era stata superata da un secondo orientamento giurisprudenziale che riconduceva, invece, agli artt. 573 o 574 c.p. tutti i casi di sottrazione internazionale – intesi come casi in cui «*un genitore sottrae il figlio all'altro, portandolo in un Paese lontano e impedendo ogni rapporto personale tra figlio e genitore*»[135] -, indipendentemente dall'esistenza di un provvedimento giudiziale. Veniva in questo modo circoscritta l'applicazione del reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice alla condotta del genitore che, non rispettando le prescrizioni del provvedimento di affidamento del minore, limitava e rendeva più difficoltoso l'esercizio dei diritti di custodia da parte dell'altro genitore[136].

Sia gli artt. 573 e 574 c.p., che l'art. 388 c.p. sono perseguibili a querela della persona offesa e, a causa della cornice edittale che, nel massimo, non supera in ogni caso i tre anni di reclusione, erano ritenute "*deboli*"[137] se applicate alla sottrazione

---

[134] Cfr. Cass. pen del 13 aprile 1976, n. 1360 (ric. Tosoni), in *Cass. Pen. Mass. Annot*., 1976 p. 1137; Cass. pen. del 20 gennaio 1978, n. 353 (ric. Righi), in *Cass. Pen. Mass. Annot*., 1980, p. 386. Per una ricostruzione esaustiva si rinvia a A. CAPUTO, *op. cit*., p. 24.

[135] Cass. pen. del 22 novembre 1980, n. 12275, in *Cass. Pen. Mass. Annot*., 1981.

[136] Cfr. Cass. pen. del 16 novembre 1981, n. 543 (ric. Michelis), in *Giust. Pen*., II, 1982. Per maggiori dettagli si rinvia a A. CAPUTO, *op. cit*., p. 27.

[137] Così in S. D'AMATO, *L'internazionalizzazione delle relazioni familiari e la tutela del minore conteso: il reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero*, in *La Legislazione Penale* (lalegislazionepenale.eu), 3.4.2020, p. 16. Prima del 2009, per ovviare a questo problema, veniva fatto ricorso alla «*fantasia giudiziaria*», utilizzando (molto utili) strumenti

internazionale perché non permettevano l'applicazione di nessuna misura cautelare coercitiva (divieto di espatrio, obbligo di presentazione alla p.g., allontanamento o divieto di avvicinamento alla persona offesa, obbligo di dimora, arresti domiciliari e custodia cautelare in carcere): ai sensi dell'art. 280 co. 1 c.p.p., infatti, tali misure possono essere applicate solo quando si procede per delitti puniti con la reclusione superiore nel massimo a tre anni[138]. Da qui l'esigenza di una norma specificamente volta a sanzionare la sottrazione internazionale che consentisse, oltre all'arresto facoltativo in flagranza (anche questo applicabile, ai sensi dell'art. 381, co. 1, c.p.p. solo ai delitti puniti con la reclusione superiore nel massimo a 3 anni), anche l'applicazione delle misure cautelari[139].

L'introduzione del nuovo reato di sottrazione internazionale poteva essere, tra l'altro, l'occasione per rivedere anche i reati di cui agli artt. 573 e 574 c.p., secondo alcuni Autori infelicemente collocati tra i delitti contro l'assistenza familiare[140]: una collocazione che sembra non corrispondere più al mutato quadro dei valori in cui il superiore interesse del minore ha assunto valore preminente rispetto ad ogni altro interesse in gioco.

---

quali il sequestro preventivo del passaporto del genitore querelato (art. 321 c.p.p.) o il controllo alle frontiere posto in essere dalla polizia giudiziaria (art. 55 c.p.p.). Così in L. PICOTTI, *Sottrazione e trattenimento di minore all'estero: difficoltà applicative e spunti interpretativi*, in *Dir. Pen. Cont*., 17 aprile 2015, p. 3.

[138] Proprio in questo senso, un'altra proposta di riforma del 1991 si concentrava sugli artt. 573 e 574 c.p., proponendone la procedibilità d'ufficio e l'inasprimento del trattamento sanzionatorio al fine di poter applicare, in caso di necessità, la custodia cautelare in carcere. Si tratta della proposta di legge n. 5455 presentata alla Camera dei Deputati il 14 febbraio 1991 su iniziativa degli on. Cappiello, Amato, Di Donato, Andò ed altri. Per approfondimento si rinvia a A. CAPUTO, *La sottrazione internazionale di minori. Tra diritto penale e ordinamenti sovranazionali*, Aracne, 2013, p. 22; V. BONFANTI, *Aspetti penali*, in A. CAGNAZZO (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori*, Cacucci ed., 2019, p. 226.

[139] Si sottolinea che la misura cautelare della custodia in carcere, a differenza delle altre, è applicabile solo nei casi in cui si proceda per un delitto per cui è prevista la reclusione non inferiore, nel massimo, a 5 anni (art. 280, co. 2, c.p.p.). Tale limite è stato innalzato con la legge n. 94 del 2013, prima era pari a 4 anni.

[140] In questo senso, A. CAPUTO, *op. cit.*, p. 28. A. SANTORO, voce *Sottrazione di minori ed incapaci*, in *Noviss. Dig. It*., Torino, 1970, p. 1030 e ss.; S. LARIZZA, voce *Sottrazione di minore o di incapace*, in *Dig. Disc. Pen*., XII, Torino, 1997, p. 521 e ss.; A. CAPUTO, *op. cit*., p. 52.

Del resto, nel codice Zanardelli la norma incriminatrice volta a sanzionare la sottrazione di minori era collocata tra i delitti contro la libertà individuale ed è solo con l'avvento del codice Rocco che la disposizione è stata modificata (dando origine a due figure di reato: gli artt. 573 e 574 c.p.) e collocata tra i delitti contro l'assistenza familiare, nell'ottica di dare maggiore rilievo alla «*patria potestà*» sul minore, emblema della visione autoritaria e patriarcale della famiglia[141]. La locuzione «*patria potestà*» è stata dapprima, con la riforma del diritto di famiglia del 1975 (legge 19 maggio 1975, n. 151), sostituita con «*potestà genitoriale*» per poi, nel 2013 (d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 in attuazione della legge delega del 10 dicembre 2012, n. 219), essere modificata nell'attuale «*responsabilità genitoriale*», consolidando l'acquisizione – già assunta con la riforma del 1975 - che «*l'impegno genitoriale, non* [è] *più da considerare come una potestà sul figlio minore, ma come un'assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio.* […] *I rapporti genitori-figli non devono più essere considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori*»[142].

La criticata collocazione sistematica di queste disposizioni si ripercuote sull'individuazione del bene giuridico tutelato che, inizialmente, veniva fatto coincidere con «*l'interesse dei genitori a mantenere il controllo, anche nell'aspetto fisico-spaziale, dei figli*»[143], lasciando peraltro spazio anche a una lettura moraleggiante dell'art. 573 c.p. che sembrava estendere il controllo da parte dei genitori anche alla vita sessuale del figlio minore[144]. Ne è un esempio un caso sottoposto alla Corte di Cassazione nel 1996, nel quale il genitore di una ragazza di 15 anni denuncia, per sottrazione consensuale di minorenne, il suo fidanzato, di 21 anni, per un rapporto sessuale intercorso tra loro a casa dei genitori del ragazzo. La

---

[141] M. DEL TUFO, *Delitti contro la famiglia*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte Speciale. Tutela penale della persona*, Vol. 1, III ed., Giappichelli, 2019, p. 502.

[142] Cfr. Relazione illustrativa al d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, p. 5, reperibile al sito camera.it, nella sezione "*documenti*".

[143] A. DALIA, voce *Sottrazione di minori o di incapaci*, in *Enc. Dir*., vol. XLIII, Milano, 1990, p. 190.

[144] Cfr. S. D'AMATO, *op. cit*., p. 18.

Cassazione, nell'annullare la sentenza di condanna della Corte d'Appello di Lecce, ha ribadito – anche alla luce dei mutati costumi sociali – che, pur coincidendo il bene giuridico tutelato dall'art. 573 c.p. con la «*potestà genitoriale*", questa «*deve essere intesa in senso meno astratto, rigoroso ed autoritario, dovendo tener conto dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli*»[145].

Anche la giurisprudenza della Corte costituzionale[146] ha contribuito a erodere, nel tempo, la visione autoritaria e patriarcale della «*potestà genitoriale*», giungendo infine a tutelare sì l'esercizio della responsabilità genitoriale ma sempre e solo nell'ottica del superiore interesse del minore a crescere e svilupparsi con entrambi i genitori presenti, al fine di ricevere le cure adeguate allo sviluppo della sua personalità[147]. Nel 1988, infatti, la Corte costituzionale, pur dichiarando inammissibile la questione sottopostale in merito all'art. 573 c.p., si esprime sulla rilevanza da dare al nuovo concetto di «*potestà genitoriale*» che, andando a sostituirsi a quello di «*patria potestà*», non doveva più essere inteso come una mera prerogativa dei genitori ma come un dovere da esercitare secondo, richiamando la formulazione dell'art. 147 c.c., «*le capacità, l'inclinazione naturale e l'aspirazione dei figli*», con la conseguenza che il giudice di merito, nell'applicare i reati in questione, «*ben potrà valutare, volta per volta, se, in relazione alla capacità che il minore aveva acquisito e alle aspirazioni nutrite (specie se i fatti successivi ne hanno dimostrato il buon fondamento), il fatto commesso fosse, o non fosse, offensivo del bene giuridico tutelato*»[148].

---

[145] Cfr. Cass. pen, 29 ottobre 1996, n. 1032, in *Cass. Pen*., I, 1999, p. 169, con nota di G. DE AMICIS, *Spunti problematici in tema di sottrazione consensuale di minorenne*.

[146] Diverse sono le pronunce della Corte costituzionale che hanno avuto ad oggetto agli artt. 573 e 573 c.p.: nel 1964 e nel 1969 la Corte è intervenuta in merito alla discriminazione della madre scaturente dall'utilizzo del termine "*patria potestà*" con il quale ci si riferiva al solo padre del minore sottratto (cfr. C. cost. 22 febbraio 1964, n. 9 in *DeJure*; C. cost. 28 marzo 1969, n. 54 in *DeJur*e); nel 1975 ha, invece, dichiarato infondata una questione relativa all'art. 573 c.p. affermando che la condotta sottrattiva è da ravvisarsi ogni volta che avviene «l'abductio de loco in locum *o la illegittima ritenzione del minore stesso*", indipendentemente dal grado di libertà di cui dispone il minore in questione (Si veda, in particolare, C. cost. 26 giugno 1975, n. 163 in *DeJure).*

[147] M. DEL TUFO, *op. cit*., p. 503.

[148] Così in C. cost. 6 ottobre 1988, n. 957 in *Giur. It*., I, 1991, p. 771.

3. Il nuovo reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero (art. 574-*bis* c.p.)

Il reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero è stato introdotto in Italia dalla legge n. 94 del 15 luglio 2009 contenente disposizioni in «*materia di sicurezza pubblica*»: la sottrazione internazionale è stata, infatti, accostata a una serie di fenomeni che, per quanto diversi tra loro, generavano un forte allarme sociale e un senso di insicurezza[149]. Particolare attenzione è stata dal legislatore dedicata a norme volte a tutelare in maniera più incisiva i minori: è stato, tra gli altri, inserito nel codice penale il nuovo reato di impiego di minori nell'accattonaggio (art. 600-*octies* c.p.) ed è stato, ad esempio, previsto un aumento di pena nei casi in cui il reato di sequestro di persona avviene a discapito di un minore di anni quattordici o se il minore sequestrato è condotto o trattenuto all'estero (art. 605, co. 2, c.p.). Proprio insieme a questi reati è stato introdotto anche il reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero (art. 574-*bis* c.p.).

Il nuovo reato è collocato tra i delitti contro l'assistenza familiare, è procedibile d'ufficio e punisce, con la reclusione da uno a quattro anni «*chiunque sottrae un minore al genitore esercente la responsabilità genitoriale o al tutore, conducendolo o trattenendolo all'estero contro la volontà del medesimo genitore o tutore, impedendo in tutto o in parte allo stesso l'esercizio della responsabilità*

[149] E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Introduzione*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, IPSOA, 2009, p. XXII. Gli ambiti di intervento sono stati, tra gli altri, l'immigrazione clandestina (è stato, ad esempio, inserito il nuovo reato di «*Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*" all'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998), la criminalità di strada (sono state, tra le altre, innalzate le pene per il danneggiamento e per la violazione di domicilio, nonché sono state introdotte specifiche aggravanti per i reati di furto e rapina), la criminalità organizzata (sono state apportate modifiche al regime dell'art. 41-*bis* dell'Ordinamento penitenziario), la criminalità a danno di soggetti vulnerabili (sono state introdotte specifiche circostanze aggravanti come quella della c.d. minorata difesa all'art. 61 n. 5 c.p.).

genitoriale» (art. 574-*bis*, co. 1, c.p.)[150]. Si tratta di un delitto plurioffensivo[151] in quanto, sanzionando l'impedimento dell'esercizio della responsabilità genitoriale, tutela sia l'interesse del genitore a crescere e educare il figlio, sia l'interesse del minore ad avere un rapporto continuativo con entrambi i genitori, preservando così il suo corretto sviluppo psico-fisico[152]. Tale impostazione interpretativa riflette l'evoluzione del concetto di responsabilità genitoriale: se inizialmente veniva considerata una prerogativa del solo genitore (prima del 1975 addirittura solo del padre) da esercitare quasi come una forma di controllo sul figlio, dopo la riforma del diritto di famiglia del 2013 è diventata un diritto dei genitori da esercitare però «*tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio*»[153]. E si allinea, tra l'altro, anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 che, come visto (v. *supra* cap. 1, §1), stabilisce non solo che in ogni decisione che riguardi il minore il suo interesse deve avere valore fondamentale, ma anche che il minore ha il diritto di mantenere una stabile relazione con entrambi i genitori[154].

---

[150] Ad oggi, rispetto alla formulazione originaria del 2009 le parole «*potestà dei genitori*» e «*potestà genitoriale*» sono state sostituite con «*responsabilità genitoriale*», per effetto dell'art. 93 del d.lgs. n. 154 del 28 dicembre 2013, denominato «*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*».

[151] Cfr. M. MIEDICO, voce *Sottrazione e trattenimento di minore all'estero*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Tomo II, Wolters Kluwer, 2015, p. 2790; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Figli contesi: riscritte le regole delle sottrazioni*, in *Guid. Dir*., 33/2009, p. 37.

[152] S. D'AMATO, *op.cit*., p. 19; M. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, III ed., Giappichelli, 2010, p. 85.

[153] Il riferimento è all'art. 316 c.c., modificato dal già citato d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 che ha riformato in più punti il diritto di famiglia e, per quanto qui interessa, ha sostituito il concetto di «*potestà genitoriale*» con quello di «*responsabilità genitoriale*» da esercitare di comune accordo tra i coniugi e, per l'appunto, secondo gli interessi e i bisogni del minore.

[154] Il rinvio è all'art. 3 secondo cui «*In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*» e all'art. 9 ai sensi del quale deve essere preservato il diritto del minore a mantenere un rapporto costante con entrambi i genitori a meno che questo non sia contrario al suo superiore interesse.

La nuova ipotesi di reato si differenzia da quella prevista dall'art. 574 c.p. per l'elemento specializzante del trasferimento del minore al di fuori del territorio nazionale e ciò giustifica anche il più severo trattamento sanzionatorio[155]. In questo senso si è chiaramente espressa la Corte di Cassazione, «*Integrano il delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero, di cui all'art. 574-bis cod. pen., le condotte di* abductio *o di trattenimento del minore al di fuori del territorio dello Stato, cui consegue l'impedimento dell'esercizio della potestà genitoriale da parte del soggetto legittimato, atteso che detto reato si connota, rispetto al delitto di sottrazione di persone incapaci, dall'elemento specializzante del trasferimento o trattenimento all'estero*»[156].

Si segnala a proposito che, nel 2014, era stato prospettato un possibile contrasto con il principio di legalità (art. 25 co. 2 Cost.) proprio in riferimento a una ritenuta ambiguità dell'elemento specializzante rispetto all'art. 574 c.p. Ciononondimeno, la Cassazione ha ritenuto la questione del tutto priva di fondamento «*Gli elementi della fattispecie di cui all'art. 574-bis c.p. circoscrivono in modo razionale e chiaro le condotte punibili, anche con riferimento al contiguo delitto di sottrazione di persone incapaci. Quest'ultimo è distinto dal primo da idoneo elemento specializzante, consistente nell'*abductio *ovvero nel trattenimento del minore all'estero, con conseguente impedimento dell'esercizio della potestà genitoriale da*

---

[155] Il reato di sottrazione di persona incapace è infatti punibile con la reclusione da uno a tre anni, mentre quello di sottrazione e trattenimento di minore all'estero è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Quest'ultima cornice edittale permette di disporre tutte le misure cautelari personali, eccetto la custodia cautelare in carcere. In realtà, nel 2009 – quando è stato introdotto il reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero – era possibile disporre quest'ultima misura in quanto il limite edittale che ne permetteva l'applicazione era quello della reclusione non inferiore, nel massimo, a 4 anni (art. 280, co. 2, c.p.p.). Con la legge del 9 agosto 2013, n. 94 tale termine è stato però portato a 5 anni e ciò ha impedito l'applicazione della custodia cautelare in carcere nelle ipotesi di sottrazione internazionale di minori. L'arresto è facoltativo in flagranza (art. 381 c.p.p.); non è possibile usufruire delle intercettazioni. La procedibilità, come già ricordato, è d'ufficio. Sembrerebbe astrattamente applicabile sia l'estradizione, sia il mandato d'arresto europeo, che – all'interno dell'Unione europea - sostituisce il più lungo procedimento di estradizione. Per maggiori informazioni sul punto si rinvia a P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XX ed., Giuffrè, 2019, p. 1087 e p. 1107.

[156] Così in Cass. pen. del 31 marzo 2016, n. 17679, in *Dejure.*

parte del soggetto legittimato al suo esercizio. Il riferimento "all'estero" operato dall'art. 574-bis, va interpretato nel suo senso letterale»[157].

La condotta tipica deve essere realizzata attraverso il trasferimento del minore in uno Stato diverso dall'Italia, all'insaputa del genitore o di chi ne aveva la custodia, così come attraverso il trattenimento all'estero del minore, ad esempio a seguito di una vacanza. Il dissenso, espresso o tacito, del genitore è elemento costitutivo del reato e deve dunque essere oggetto di accertamento in concreto da parte del giudice.

Trattandosi di un reato d'evento, il momento consumativo è dalla legge individuato nell'impedimento dell'esercizio della responsabilità genitoriale come conseguenza del trasferimento o del trattenimento all'estero[158]: «*Integrano modalità alternative di commissione del delitto di cui all'art. 574*-bis *c.p. le condotte di "*abductio*" e di trattenimento del minore al di fuori del territorio dello Stato, che determinino impedimento all'esercizio della responsabilità genitoriale*»[159].

Va sottolineato che un effettivo impedimento non si ha nel caso di una mera «*privazione del contatto fisico*» tra il genitore e il minore, ma solo quando, come conseguenza dell'allontanamento di quest'ultimo, al genitore sia «*materialmente pregiudicata*» la possibilità di esercitare, in qualsiasi modo, i diritti/doveri discendenti dalla custodia del minore[160]. Si rileva, tuttavia, che secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, non è necessario che la sottrazione si protragga per un rilevante lasso di tempo, posto che «*Il delitto è integrato anche qualora il trattenimento all'estero sia di breve periodo, atteso che il decorso di un*

---

[157] Cfr. Cass. pen. del 3 novembre 2014, n. 45266, in *Ilfamiliarista.it*.

[158] Si evidenzia che il riferimento normativo alla responsabilità genitoriale, e non all'affidamento del minore, implica che anche qualora il bambino sia affidato in via esclusiva a colui che realizza la sottrazione, si configura comunque il reato perché la responsabilità genitoriale resta in capo all'altro genitore che se la vede interrompere illecitamente. Situazione diversa quella in cui vi è un provvedimento in cui il genitore è dichiarato decaduto dall'esercizio della responsabilità genitore *ex* art. 330 c.c.

[159] Cass. pen. del 16 settembre 2020, n. 28772, in *Dejure*.

[160] Cass. pen. del 28 aprile 2016, n. 17679, in *Dejure*.

tempo rilevante non rientra tra gli elementi oggettivi del reato, costituendo piuttosto elemento caratterizzante la diversa fattispecie di cui all'art. 574 c.p.»[161]. D'altra parte, anche la giurisprudenza formatasi in tema di sequestro di persona (art. 605 c.p.) è concorde nel ritenere sussistente il reato anche nel caso di limitazioni della libertà personale della persona offesa molto brevi[162]. Il reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero, dunque, si consuma nel momento della realizzazione dell'impedimento della responsabilità genitoriale, quanto poi si protrae tale evento avrà però rilevanza ai fini del computo della prescrizione: trattandosi, infatti, di un reato permanente, come stabilito dell'art. 158 c.p., il termine di prescrizione del reato decorrerà dal giorno in cui ne è cessata la permanenza, ovvero dal momento in cui viene ristabilito l'esercizio della responsabilità genitoriale[163].

È prevista, infine, una circostanza attenuante nel caso in cui la sottrazione o trattenimento all'estero siano avvenuti nei confronti di un minore che abbia compiuto 14 anni e con il suo consenso (art. 574-*bis*, co. 2, c.p.)[164]; in questo caso la sanzione è quella della reclusione da 6 mesi a 3 anni.

3.1 Possibile concorso con altri reati

Per quanto attiene al concorso di norme, si è posto il problema del rapporto tra il delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero, da un lato, con il delitto di sequestro di persona (art. 605 c.p.) e, dall'altro, con quello di mancata esecuzione

---

[161] Cfr. Cass. pen del 15 gennaio 2020, n. 6229, in *Dejure*; nello stesso senso, Cass. pen. del 19 giugno 2019, n. 31927 in *Dejure*.

[162] Ad esempio, 10 minuti nel caso oggetto di Cass. pen. del 18 aprile 2014, n. 35076; e ancora pochi minuti nell'ipotesi di Cass. pen. del 22 novembre 2002, n. 223503; per ulteriori esempi si rinvia a F. VIGANÒ, voce *Sequestro di persona*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, tomo III, Wolters Kluwer, 2015, p. 299.

[163] Così, ad esempio, S. D'AMATO, *op. cit*., p. 11; M. SCOLETTA, *Nuovo delitto di sottrazione e trattenimento di minore all'estero*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, IPSOA, 2009, p. 88; V. BONFANTI, *op. cit*., p. 231.

[164] Secondo un diverso orientamento della dottrina si tratta invece di una autonoma fattispecie di reato, si veda in proposito S. D'AMATO, *op. cit*., p. 12.

dolosa di un provvedimento del giudice circa l'affidamento di minori (art. 388, co. 2, c.p.).

Il primo caso è stato risolto a monte dal legislatore che, a differenza di quanto previsto per il reato di cui all'art. 574 c.p., ha inserito nella nuova fattispecie incriminatrice la clausola di sussidiarietà «*Salvo che il fatto non integri più grave reato*» [165]. La clausola di sussidiarietà evita una violazione del principio del *ne bis in idem* che si avrebbe nell'eventualità di una applicazione congiunta delle due figure di reato: qualora la condotta sottrattiva implichi anche una limitazione della libertà personale del minore, il reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero resta dunque assorbito dal più grave delitto di sequestro di persona, punito con la reclusione da 6 mesi a 8 anni[166]. L'intento legislativo è molto chiaro, soprattutto se si considera che con la legge n. 94 del 2009, insieme al reato di cui all'art. 574-*bis* c.p., è stata introdotta anche una specifica fattispecie aggravata di sequestro di persona a danno di minore, ulteriormente inasprita se il minore è condotto all'estero (art. 605, co. 3, c.p.).

Diversa la soluzione con riguardo al rapporto tra il reato in esame e quello di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice circa l'affidamento di minori (art. 388, co. 2, c.p.). In questo caso, essendo il secondo meno grave del primo, non opera la clausola di sussidiarietà. Poiché il bene giuridico tutelato dall'art. 388 c.p. - l'autorità delle decisioni giudiziarie -, è ben diverso dall'esercizio della responsabilità genitoriale protetto dall'art. 574-*bis* c.p., la giurisprudenza – a parte un iniziale orientamento favorevole all'assorbimento del reato di sottrazione

---

[165] Per quanto riguarda il reato di sottrazione di persone incapaci (art. 574 c.p.), si ritiene invece possibile il concorso con il sequestro di persona: «*Tutelano beni giuridici e diritti soggettivi diversi, ossia la libertà fisica nel caso di sequestro di persona e il diritto dell'affidatario dell'incapace a mantenere il bambino sotto la propria custodia per quanto riguarda il delitto di sottrazione di persone incapaci*» (cfr. Cass. pen. del 22 novembre 2015, n. 19224, in *Italgiure*).

[166] A diversa conclusione si giunge, invece, con riferimento al reato di sottrazione di persone incapaci (art. 574 c.p.) in quanto, non essendoci nessuna clausola di sussidiarietà, può concorrere con il reato di sequestro di persona (art. 605 c.p.) quando si limita anche la libertà personale del minore.

in quello disciplinato dall'art. 388 c.p.[167] – ha finito con il ritenere possibile il concorso tra le diverse figure di sottrazione (artt. 574 e 574-*bis* c.p.) e la mancata esecuzione di un provvedimento giudiziale (art. 388, co. 2, c.p.)[168], ogniqualvolta, si intende, vi sia un provvedimento giudiziale.

3.2 La sanzione accessoria della sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale

Se autore della sottrazione è uno dei genitori il giudice dovrà valutare se applicare la sanzione accessoria della sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale all'autore del reato (art. 574-*bis*, co. 3, c.p.). Infatti, pur trattandosi di un reato comune, la circostanza che la condotta sia realizzata da uno dei genitori assume rilievo ai fini dell'applicazione della sanzione accessoria della sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale (art. 574-*bis* co. 3 c.p.).
Nel 2020, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 574-*bis* co. 3 c.p. nella parte in cui impone(va), in caso di condanna di un genitore per il reato di sottrazione internazionale del figlio minore, l'applicazione automatica della sanzione accessoria della sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale[169]. Tale automatismo è stato ritenuto in contrasto non solo con l'art. 3 della Costituzione – che vieta l'irragionevole uguale trattamento di situazioni che andrebbero invece differenziate – ma anche, e soprattutto, con gli articoli 2, 30 e 31 della Costituzione, interpretati, tra l'altro, alla luce delle garanzie per i minori discendenti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York nel 1989, così come dalla Convenzione europea sui diritti del fanciullo conclusa a Strasburgo nel 1996 e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

---

[167] Il riferimento è all'orientamento giurisprudenziale – poi superato - secondo cui nei casi di sottrazione in cui vi era anche un provvedimento giudiziale violato veniva contestato l'art. 388 c.p., mentre quando non vi era stato alcun provvedimento giudiziale si procedeva con il reato di cui all'art. 574 c.p. (v. *supra* §2.1).

[168] Cfr., tra le tante, Cass. pen. dell'11 giugno 2015, n. 33989, in *Italgiure*.

[169] Cfr. C. cost. 29 maggio 2020, n. 102 in *Sistema penale* (sistemapenale.it) con commento di G. LEO, *Ancora sugli automatismi sanzionatori: la Consulta dichiara parzialmente illegittima la disciplina della sospensione della potestà genitoriale*, 1.6.2020.

europea. Pur non essendo un parametro richiamato nell'ordinanza di rimessione, la Corte evidenzia, sia pure in modo più sfumato, come l'applicazione automatica della sanzione accessoria della sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale si ponga altresì in violazione del principio della personalità della responsabilità penale (art. 27 co. 1 Costituzione) in quanto, dovendo essere applicata alla relazione tra due soggetti, il genitore e il bambino, inciderà inevitabilmente anche sul minore.

Tale pronuncia non sorprende in quanto si colloca in un già percorso intrapreso dalla Corte costituzionale, volto a eliminare tutti gli automatismi applicativi di pene accessorie incidenti sulla responsabilità genitoriale. Precedentemente, infatti, la Corte aveva dichiarato illegittima la previsione della perdita della responsabilità genitoriale (art. 569 c.p.), dapprima, con la sentenza 31/2012, in relazione al reato di alterazione di stato (art. 567 co. 2 c.p.) e poi, con la sentenza 7/2013, rispetto a quello di soppressione di stato (art. 566 co. 2 c.p.): in tutti questi casi il giudice non poteva valutare, caso per caso, quale fosse l'interesse superiore del minore, e giungeva quindi a trattare allo stesso modo situazioni che meritavano invece di essere differenziate[170]. Tuttavia, è la stessa Corte costituzionale a sottolineare che, a differenza dei reati di alterazione e soppressione di stato, il reato di sottrazione internazionale di minori presenta un aspetto ancora più significativo perché si tratta di un reato che è sempre lesivo anche dell'interesse del minore coinvolto che, pur nelle ipotesi meno gravi, viene non solo allontanato dal suo Stato di residenza abituale ma anche sottratto alle cure dall'altro genitore. Neanche questa circostanza, tuttavia, agli occhi della Corte, può valere a giustificare l'automatismo applicativo

[170] Cfr. C. cost. 23 febbraio 2012, n. 31, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1575, con nota di L. FERLA, Status filiationis *ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, nonché C. cost. 23 gennaio 2013, n. 7, con un commento di V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.),* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, p. 199. Per un'analisi dettagliata della giurisprudenza della Corte costituzionale in merito alle pene accessorie incidenti sulla responsabilità genitoriale si rinvia a G. PANEBIANCO, *L'automatismo delle pene accessorie sottoposte nuovamente al bisturi della Corte costituzionale, ancora una volta nel segno del* child's best interest, in *Dir. pen. processo*, n. 11/2020, p. 1438.

della sospensione della responsabilità genitoriale nei confronti dell'autore del reato: proprio perché si tratta di una sanzione che incide anche - e soprattutto - sul minore, essa potrebbe tradursi nel caso concreto in una ulteriore e ingiustificata lesione dei suoi interessi, che dovrebbero invece prevalere in ogni decisione che lo riguardi. Di conseguenza, è essenziale che il giudice abbia la possibilità di bilanciare tutti gli interessi in gioco (ivi compresa l'esigenza punitiva sottesa alla previsione della sanzione accessoria) con quello del minore – da ritenere preminente -, al fine di salvaguardare il suo diritto a crescere con entrambi i genitori presenti, a meno che la relazione con uno dei due non sia per lui negativa. Ciò a maggior ragione in tutti quei casi – che sono la maggioranza (v. *supra* cap. I, §2.2) – in cui è la madre a fuggire con il minore per sottrarsi ad un contesto di violenza domestica che, come oramai è pacificamente riconosciuto, coinvolge negativamente il minore anche se dovesse esserne mero spettatore.

In conseguenza della pronuncia della Corte, il giudice dovrà valutare, caso per caso, se la prosecuzione del suo rapporto con il minore si possa tradurre in un pregiudizio per quest'ultimo. Ai fini di questa complessa valutazione, sarà necessario fare riferimento non solo alle circostanze esistenti al momento della realizzazione del reato ma anche e soprattutto a ciò che è accaduto dopo la commissione del fatto (dove vive il minore, da chi è accudito, eventuali altri provvedimenti relativi al suo affidamento, etc.): come la Corte ha cura di ricordare, «*Tali circostanze ben potrebbero infatti aver evidenziato come il mantenimento del rapporto con il genitore autore della sottrazione o trattenimento all'estero non risulti pregiudizievole per il minore e, anzi, corrisponda a un suo preciso interesse, che lo Stato avrebbe allora il dovere di salvaguardare, in via preminente rispetto alle stesse esigenze punitive nei confronti di chi abbia violato la legge penale*»[171].

Del resto, l'analisi della situazione in corso tra genitori e figli dovrebbe sempre essere aggiornata nei vari (ed eventuali) gradi di giudizio, soprattutto considerando che la sanzione accessoria diverrà esecutiva solo quando la sentenza sarà definitiva, e dunque anche a molta distanza di tempo dalla commissione del fatto.

---

[171] Cfr. C. cost. 29 maggio 2020, n. 102 in *Sistema penale* (sistemapenale.it).

Per contro, se il giudice nel corso del procedimento – e valutando le circostanze esistenti al momento della commissione del reato - si rende conto che è necessario sospendere immediatamente la responsabilità genitoriale dell'indagato (o imputato, a seconda della fase giudiziaria) perché vi è il pericolo di reiterazione di altri reati ai danni del minore, ben potrà farlo attraverso la misura cautelare della sospensione (in tutto o in parte) dell'esercizio della responsabilità genitoriale, applicabile nei procedimenti per reati che prevedono la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni (art. 288 c.p.p.), e quindi anche per il delitto di sottrazione internazionale di minori.

La stessa Corte si interroga tuttavia sull'opportunità di lasciare al giudice penale un giudizio così complesso come quello relativo alla decisione sulla prosecuzione o meno del rapporto tra genitore e minore, auspicando che ci sia un coordinamento tra le Autorità giudiziarie competenti in materia: «*I limiti del devolutum non consentono a questa Corte di affrontare l'interrogativo – sul quale peraltro ben potrà il legislatore svolgere ogni opportuna riflessione – se il giudice penale sia l'autorità giurisdizionale più idonea a compiere la valutazione di effettiva rispondenza all'interesse del minore di un provvedimento che lo riguarda, quale è l'applicazione di una pena accessoria che incide sul suo diritto a mantenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, ferma restando comunque la necessità di assicurare un coordinamento con le autorità giurisdizionali – tribunale per i minorenni o, se del caso, tribunale ordinario civile – che siano già investite della situazione del minore*»[172].

Indubbiamente, l'attribuzione di una decisione definitiva sulla sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale al giudice penale appare poco in linea con l'obiettivo ultimo della Convenzione dell'Aja del 1980, di far tornare immediatamente il minore nel luogo di residenza abituale, per investire della questione sul suo affidamento l'autorità giudiziaria a ciò preposta e quindi il giudice civile. A ciò si aggiunga che devolvere una tale valutazione al giudice penale, che non conosce il minore e non ha strumenti specifici per convocarlo e sentire la sua

[172] Cfr. C. cost. 29 maggio 2020, n. 102 in *Sistema penale* (sistemapenale.it).

opinione, non garantisce neanche il diritto del minore ad essere ascoltato in merito a tutte le decisioni che lo riguardano: diritto previsto dall'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 1989), nonchè dagli artt. 3 e 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli (Strasburgo, 1996) e oggetto di rigoroso rispetto da parte della Corte di Cassazione, che ha in più occasioni annullato decisioni incidenti su minori proprio perché questi ultimi non erano stati debitamente ascoltati. Così, ad esempio, in una recente pronuncia proprio in tema di sottrazione internazionale di minori ha ribadito che: «*Nel corso del giudizio avente ad oggetto la sottrazione internazionale di un minore, l'ascolto di quest'ultimo costituisce adempimento necessario ai fini della legittimità del decreto di rimpatrio ai sensi dell'art. 315-bis c.c. e degli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996. L'ascolto è infatti finalizzato, ex art. 13, comma 2, della Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980, anche a prendere in considerazione l'eventuale opposizione del minore al rimpatrio e a valutare il livello di integrazione raggiunto nel nuovo ambiente*»[173].

3.3 Un dubbio (peraltro infondato) sulla giurisdizione del giudice italiano

Trattandosi di un reato che presenta elementi di estraneità (si realizza, infatti, a cavallo tra due Stati), si sono poste questioni in merito alla individuazione, o meno, della giurisdizione italiana. In particolare, i dubbi sono sorti non tanto con riferimento alla sottrazione del minore dall'Italia ad uno Stato estero (il reato in questo caso si considera pacificamente realizzato in Italia), quanto piuttosto riguardo ai casi di trattenimento (e non di trasferimento) del minore in uno Stato diverso dall'Italia, in cui la condotta si realizza dunque completamente all'estero[174].

Per quanto riguarda quest'ultima ipotesi, inizialmente la giurisprudenza di legittimità applicava la disciplina prevista dagli artt. 9 e 10 del codice penale, relativa, rispettivamente, al reato comune commesso dal cittadino all'estero e al

[173] Cfr. Cass. civ., Sez. I, 4 giugno 2019, n. 15254 in *Dejure.*

[174] V. BONFANTI, *op. cit*., p. 232.

reato comune realizzato da straniero, a danno di un cittadino, all'estero[175]. In entrambi i casi, la giurisdizione italiana sussiste solo se vi è la richiesta del Ministro della Giustizia oppure l'istanza o querela da parte della persona offesa. È comunque necessario che l'imputato si trovi sul territorio nazionale. Questa disciplina limitava, tuttavia, l'ambito di operatività del nuovo reato di cui all'art. 574-*bis* dal momento che era comunque necessaria la querela della persona offesa (come il meno grave reato di cui all'art. 574 c.p.) ed era una circostanza perlomeno complicata che l'imputato tornasse nel territorio dello Stato.

Come è stato osservato dalla dottrina, questa modalità di procedere partiva tuttavia dall'errata premessa di considerare il delitto di sottrazione internazionale come un reato di mera condotta, anziché d'evento[176]. Di conseguenza, e come la giurisprudenza ha in effetti successivamente convenuto, si dovrebbe applicare la regola dell'art. 6 c.p., secondo cui un reato d'evento si considera commesso in Italia quando l'evento si verifica nel territorio nazionale, affermandosi dunque la giurisdizione del giudice italiano nel caso in cui il minore fosse residente in Italia: «[il *locus commissi delicti* coincide con il] *luogo di residenza abituale del minore al momento dell'indebito trasferimento o trattenimento all'estero, poiché in tale luogo si realizza l'offesa tipica, consistente nell'impedimento dell'esercizio delle prerogative genitoriali nonché nella preclusione per il figlio di mantenere la comunanza di vita con i genitori*»[177].

4. Analisi della prassi del Tribunale di Milano negli anni 2015-2017

Può essere interessante ripercorrere ora la giurisprudenza del Tribunale di Milano in tema di sottrazione internazionale di minori per dare uno sguardo alla prassi applicativa dell'art. 574-*bis* c.p. Attraverso un'indagine sulle sentenze del

---

[175] Si fa, ad esempio, riferimento alla sentenza del Corte d'Appello di Verona, dell'11 ottobre 2013, n. 1420 pubblicata in *Dir. Pen. Cont*., 17 aprile del 2015, con commento di L. PICOTTI, *op. cit.,* p. 1.

[176] L. PICOTTI, *op. cit.*, p. 7.

[177] Cfr. Cass. pen. del 16 maggio 2019, n. 36828, in *Italgiure*; nello stesso senso, Cass. pen. del 14 dicembre 2017, n. 7777 in *Italgiure*.

Tribunale di Milano è emerso che negli anni 2015-2017 sono stati 17 i procedimenti penali che hanno avuto a oggetto il reato di cui all'art. 574-*bis* c.p. [178].

La sottrazione è compiuta dalle madri in 9 casi su 17 e quasi sempre in presenza di un contesto di violenza, minacce, liti e aggressioni continue [179]. Cinque di questi casi si sono conclusi con una condanna. Non essendo individuabili differenze significative all'interno di ciascun caso tali da giustificare la scelta della assoluzione anziché della condanna, si può ipotizzare che l'esito del giudizio dipenda più che altro dalla capacità del giudice di comprendere la situazione familiare nella quale è maturata la decisione della donna di scappare all'estero con il figlio.

4.1 Le pronunce di assoluzione nei confronti della madre

In alcune sentenze l'imputata è stata assolta perché non si era verificato l'evento richiesto dalla norma incriminatrice: la conduzione o il trattenimento del minore all'estero, all'insaputa dell'altro genitore, non aveva cioè «*impedito in tutto o in parte allo stesso l'esercizio della responsabilità genitoriale*» (art. 574-*bis* c.p.).

È questo, ad esempio, il caso di una madre spagnola, residente con il marito in Italia, che ha trattenuto in Spagna il figlio minore oltre il tempo concordato per una vacanza. Faceva da sfondo alla vicenda quella che veniva riferita come una forte "*conflittualità*" tra le parti. Dopo qualche settimana, il padre riusciva a concordare con la moglie delle modalità di incontro periodico con suo figlio, pur restando quest'ultimo all'estero insieme alla madre.

Altre pronunce sono giunte invece al proscioglimento dell'imputata per mancanza dell'elemento soggettivo. Così, ad esempio, si è conclusa la vicenda di

---

[178] Tutte le sentenze che hanno definito in primo grado questi procedimenti sono state emesse in sede dibattimentale. Tali dati sono stati già pubblicati in N.M CARDINALE, *La sottrazione internazionale di minore per fuggire dalla violenza domestica*, in C. PECORELLA (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Giappichelli, 2021, p. 97.

[179] Solo in tre sentenze tale circostanza non affiora: in un caso perché la sottrazione trova origine in una situazione particolare e affatto diversa (la madre biologica ha sottratto il bambino alla madre adottiva); in un altro perché, trattandosi di condanna in seguito a patteggiamento, la motivazione è praticamente inesistente; nell'ultimo, infine, perché il giudice non è entrato nel merito della questione, dovendo prosciogliere l'imputata per il principio del *ne bis in idem*.

una donna che sosteneva di aver sottratto la figlia per garantirle una qualità di vita migliore, lontana dal padre che, non solo la tradiva continuamente e la affliggeva con pesanti liti, ma non le forniva nemmeno un equo sostegno economico. L'imputata riferiva anche di essere stata minacciata di morte dall'uomo, nell'eventualità che non avesse riportato la bambina in Italia. In questo contesto il giudice ha ritenuto di dover escludere il dolo del reato: «*le riferite minacce dell'uomo dirette alla moglie, i continui litigi, la situazione personale di quest'ultimo – incapace di assicurare sostentamento alla compagna e alla figlia – sollevano un dubbio più che ragionevole sul reale intento dell'imputata*», e inducono a ritenere che la donna non avesse voluto limitare l'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del padre, «*essendo la sottrazione giustificata esclusivamente dalla necessità di salvaguardare il minore*».

Le parole utilizzate dal magistrato per motivare la mancanza dell'elemento soggettivo del reato sembrano evocare l'istituto dello stato di necessità, che potrebbe venire davvero in considerazione in tutti quei casi nei quali la fuga all'estero della madre con il bambino sia motivata dalla esigenza di salvare sé e il figlio dalla violenza agita dal *partner*. Benché non vi sia traccia nella giurisprudenza di pronunce di sottrazione internazionale di minori nelle quali sia stato invocato lo stato di necessità, la prospettazione da parte della difesa della possibile applicazione di questo istituto potrebbe, da un lato, evitare la condanna della madre (che pare assumere i contorni di una vittimizzazione secondaria) e, dall'altro lato, indurre il giudice a considerare attentamente la violenza domestica subita da queste donne, al fine di valutare e inquadrare in maniera più adeguata il loro comportamento (v. *infra* cap. III, §4.4). Una conferma di ciò si può cogliere passando ad esaminare le sentenze di condanna.

4.2 Le sentenze di condanna nei confronti della madre

Un esempio interessante è rappresentato dalla vicenda di una madre che ha portato in Estonia la figlia minore, per sottrarla al padre che, a suo dire, aveva abusato sessualmente di lei (fatto per cui aveva sporto denuncia in Italia) e perché «*la vita con lui era impossibile*». Nessuna rilevanza è stata data dal giudice a queste

affermazioni, tanto che la sentenza si è conclusa con la condanna a un anno e quattro mesi di reclusione e l'applicazione della sanzione accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, come previsto dal terzo comma dell'art. 574-*bis* c.p.[180].

Ad analoga conclusione è pervenuta un'altra sentenza di condanna a otto mesi di reclusione nei confronti, questa volta, non solo della madre dei bambini sottratti ma anche dei parenti (il fratello e i genitori) che l'avevano aiutata a portare i minori in Romania. La donna, che abitava in Italia con il marito e due figli, racconta di continui litigi dovuti alla gelosia dell'uomo, in conseguenza dei quali si era decisa ad andare in Romania, all'insaputa del marito e accompagnata dal fratello e dai genitori. L'eccessiva gelosia e le vessanti liti hanno trovato conferma nelle parole del marito che, preso atto del malessere della donna a causa della situazione familiare e della sua necessità di stare un po' da sola per "*tranquillizzarsi*", decideva di rimettere la querela nei suoi confronti. Un comportamento destinato a non avere grande rilevanza, perché, come anticipato, il reato di sottrazione internazionale di minori è procedibile d'ufficio.

La donna, rientrata in Italia insieme ai bambini, nel corso delle udienze ricostruisce chiaramente come e perché aveva deciso di andarsene in Romania: «*ho preso i miei bambini non per prenderli al padre ma come istinto di madre, non è che potevo lasciarli lì e andarmene. Non era mia intenzione, perché se lo sapevo che era un reato prenderli e portarli via non l'avrei fatto. Però non l'ho saputo questo. Me ne sono andata e mi dispiace che me ne sono andata ma però volevo lasciare le acque un po' calmarsi perché così lui capiva che io non ero quello che lui diceva io faccio*». Tutte queste circostanze non sono state però sufficienti a impedire la condanna della donna (e dei suoi familiari) e l'applicazione della pena accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale.

Le sentenze del campione esaminato, seppur poche, mettono in luce le criticità della fattispecie di sottrazione internazionale di minori allorquando debba essere

[180] Trattandosi di una sentenza del 2016, la sanzione accessoria operava ancora automaticamente.

applicata alle madri che realizzano condotte sottrattive. In particolare, sono evidenti le conseguenze negative che si ripercuotono sul rapporto tra la madre e il suo bambino che, in molti casi, perderà il diritto di essere accudito dal genitore che fino a quel momento se ne è preso cura. Una conseguenza che poco si concilia con le finalità, sottese alla sua introduzione, di tutelare non solo il diritto dei genitori a esercitare la loro responsabilità genitoriale ma anche il diritto dei bambini a crescere con entrambi i genitori.

4.3 La sottrazione realizzata dai padri

Completamente diverse appaiono le situazioni nelle quali la condotta sottrattiva è posta in essere dai padri. Il reato è, in questi casi, realizzato in un contesto di violenza e intimidazione, di cui la stessa sottrazione è espressione, in quanto esercizio di forza e di potere nei confronti della compagna.

In un caso, ad esempio, l'imputato – dopo aver lasciato che per anni ad occuparsi della figlia fosse solo la compagna – realizza la sottrazione dopo aver portato la bambina, senza alcun preavviso, a trascorrere una vacanza in Ecuador. A distanza di 15 giorni dalla partenza aveva iniziato a minacciare la compagna dicendole che non avrebbe mai più fatto rientrare la bambina e poi chiedendole il pagamento di una somma di denaro (20.000 euro) in cambio del rientro della piccola. La compagna riferiva di essere estremamente preoccupata per la bambina in quanto l'imputato era sempre stato maltrattante e manipolatore. Una conferma di ciò emergeva del resto dalla relazione dei servizi sociali del luogo in cui la minore era stata portata: si documentava «*una situazione di particolare disagio per la minore – un ambiente di vita malsano e caotico, trascuratezza nella cura della persona, presenza irregolare a scuola, frequenti maltrattamenti fisici e verbali da parte del genitore, descritto come aggressivo, violento e disinteressato alla crescita della bambina*». Veniva quindi ordinato il ritorno in Italia della bambina e l'uomo, processato per sottrazione internazionale di minori, veniva condannato a due anni e sei mesi di reclusione, con sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale.

In un altro caso il padre, completamente assente dopo la nascita della figlia, aveva sottratto la bambina alle cure della compagna per portarla prima in Egitto e poi in Turchia, rendendosi completamente irreperibile. Qualche tempo dopo aveva intimato alla donna di rimettere la querela nel frattempo presentata nei suoi confronti, se voleva rivedere sua figlia; tuttavia, pur avendo assecondato questa richiesta, la donna ha potuto ricongiungersi con la bambina solo cinque anni dopo.

4.4 Il mancato riconoscimento dello stato di necessità

Anche in queste poche sentenze si trova conferma del fatto che la sottrazione internazionale di minori è tendenzialmente diversa a seconda che sia commessa dal padre o dalla madre; di questa differenza fenomenica devono prendere atto anche i giudici, per evitare quel fenomeno di vittimizzazione secondaria che può venire altrimenti a determinarsi nei confronti di madri e minori coinvolti in situazioni familiari già particolarmente difficili. Si definisce, infatti, vittimizzazione secondaria il pregiudizio che può derivare a una persona a causa del contatto con le Istituzioni (e in particolare forze dell'ordine, assistenti sociali, avvocati, giudici), il cui compito è, al contrario, quello di proteggerla e aiutarla[181]. Solitamente il termine è riferito alle vittime (per la maggior parte donne) che si trovano, nel corso di procedimenti penali per reati quali violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), a dover «*rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto*»[182] o, peggio, a dover giustificare la loro condotta di fronte a giudici, avvocati e forze dell'ordine poco formati in tema di violenza di genere o, ancora, davanti ad assistenti sociali o psicologi che devono valutare se la vittima possa ancora essere considerata un valido genitore.

Nel caso di trasferimento o trattenimento di minore all'estero, la vittimizzazione secondaria delle madri che fuggono con il figlio per sottrarsi a un contesto di

---

[181] Cfr. P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il divieto di vittimizzazione secondaria*, in C. PECORELLA (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Giappichelli, 2021, p. 37.

[182] Così in C. cost. del 21 febbraio 2018, n. 92, in *Dejure*.

violenza domestica assume in realtà una connotazione diversa: è il fatto stesso che l'ordinamento non le consideri in quanto vittime di violenza, bensì come autrici di una condotta (quella sottrattiva) tanto grave da costituire un reato, a generare la vittimizzazione ulteriore. E questo spiega, infatti, la sensazione di abbandono di queste madri, che si trovano sole a dover lottare contro la violenza che subiscono dal *partner* e contro il sistema che vuole il loro ritorno nello Stato di residenza abituale del minore dove le attende un procedimento penale all'esito del quale potrebbero anche vedersi sospesa la loro responsabilità genitoriale.

A ciò si aggiunga che poca (o, meglio, nessuna) importanza viene data, nel corso del procedimento penale, alle dichiarazioni dell'imputata sulle ragioni che l'hanno condotta a realizzare la sottrazione del figlio: il racconto della donna viene visto come una mera dichiarazione assolutoria da parte dell'imputata, vuoi per una scarsa conoscenza del fenomeno sottrattivo e delle sue ragioni da parte di giudici e avvocati e vuoi per l'assenza, in molti casi, di prove del comportamento maltrattante subito dalla madre (referti medici, precedenti denunce, etc.). Come si è visto, in nessuno dei casi analizzati le motivazioni della donna sono state ritenute sufficienti per una valutazione dei presupposti dello stato di necessità (art. 54, co. 1, c.p.), in grado di giustificare e rendere quindi non punibile la sottrazione.

Tale causa di esclusione della pena[183] rappresenta in effetti l'unico strumento presente nel nostro ordinamento di cui potrebbe avvalersi la donna che ha agito, commettendo il reato, per sottrarsi alla violenza domestica: in questi casi la donna può dirsi costretta a fuggire all'estero dalla necessità di salvare sé stessa (ma anche il figlio) dalla violenza del contesto familiare, realizzando il reato di sottrazione internazionale di minore. Un reato che risulta offensivo non solo per il *partner*

---

[183] Si fa riferimento al generico termine «*cause di esclusione della pena*» in quanto, come noto, è dibattuta la classificazione dello stato di necessità di cui all'art. 54 co. 1 c.p. come causa di giustificazione ovvero come scusante. Nel primo caso il fatto tipico sarebbe considerato lecito (non antigiuridico); nel secondo caso il fatto tipico e antigiuridico sarebbe non rimproverabile in quanto una condotta diversa da quella concretamente tenuta dal soggetto agente sarebbe inesigibile. Per approfondimento si rinvia a G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, 2020, p. 341; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000.

violento ma anche, come si è detto, per il minore. Questa circostanza impedisce di ricorrere alla diversa causa di giustificazione della legittima difesa (art. 52, co. 1, c.p.) che sarebbe altrimenti applicabile se vittima del reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero (art. 574-*bis* c.p.) fosse stata solo il padre.

Non possono, tuttavia, non evidenziarsi le difficoltà applicative dello stato di necessità, soprattutto alla luce della giurisprudenza formatasi in tema di legittima difesa - i cui requisiti sono simili - nei casi di lesioni o omicidio del maltrattante da parte della sua vittima. Come noto, per la sussistenza della scriminante della legittima difesa l'agente deve aver reagito per «*pericolo attuale di un'offesa ingiusta*», che non doveva poter essere neutralizzato né da una condotta alternativa lecita (anche la fuga, se possibile), né da una condotta meno lesiva di quella posta in essere in concreto: la reazione difensiva non sarebbe altrimenti necessaria.

Sia il presupposto del pericolo attuale, che il requisito della necessità dell'azione difensiva sono assenti, secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, nei casi di uccisione, da parte delle donne, del *partner* maltrattante. Infatti, anche quando la reazione difensiva interviene nel momento in cui l'uomo sta attuando il comportamento violento – e dunque il pericolo sembra attuale -, la giurisprudenza la ritiene non necessaria: la donna, si dice, avrebbe potuto sottrarsi alla violenza denunciando il *partner* o interrompendo la relazione affettiva con lui o, ancora, urlando e chiedendo aiuto. In realtà, la necessità di quella azione appare tanto più plausibile se si considera l'inefficacia dell'intervento delle Autorità, che rappresenterebbe la via d'uscita alternativa della violenza, sulla quale la vittima dovrebbe poter contare.

Come si può immagine, anche quando l'uomo non è aggredito proprio nel momento in cui sta attuando il comportamento violento, viene esclusa la presenza di una situazione di pericolo imminente per l'incolumità fisica della donna[184]. Una

[184] È questo, ad esempio, il caso di una donna di 50 anni che è stata chiamata a rispondere del tentato omicidio del marito, ferito al capo con un coltello, in occasione delle ennesime minacce da lui ricevute dopo 15 anni di aggressioni verbali e fisiche. Dalle sommarie informazioni rese dal figlio risulta che il padre era violento non solo nei confronti della moglie ma anche verso i figli; che le minacce di morte erano una consuetudine per loro e che più volte – a seguito di violente aggressioni – era stato richiesto l'intervento delle Forze dell'Ordine. La

lettura così rigida del requisito del «*pericolo attuale*» appare difficilmente conciliabile, tra l'altro, con la natura abituale del reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.) che determina uno stato di pericolo costante per la donna, a causa delle reiterate aggressioni. Quella della violenza domestica è una situazione nella quale la donna agisce secondo la logica dell'«*ora o mai più*», volendo evitare di andare incontro, in un futuro più o meno prossimo, a una morte altrimenti certa[185].

Riassunta brevemente la posizione (pur criticabile) della giurisprudenza in tema di legittima difesa in casi di violenza domestica, è facilmente ipotizzabile (pur in assenza di specifiche pronunce in tal senso) che anche lo stato di necessità potrebbe essere escluso con le stesse motivazioni: ai sensi dell'art. 54, co. 1, c.p. il pericolo, che rende non punibile l'azione di salvataggio (cioè, nel caso della sottrazione internazionale, la fuga con il minore), deve essere infatti «*attuale*» e «*non altrimenti evitabile*». Se anche si interpreta in maniera più ampia il concetto di «*attualità del pericolo*», facendo riferimento al costante pericolo di imminenti e improvvise aggressioni in cui si trova una donna vittima di violenza domestica, è difficile immaginare che la fuga all'estero e il conseguente impedimento dell'esercizio della responsabilità genitoriale del maltrattante sia considerata come l'unica via possibile per salvare sé stessa o il minore.

D'altra parte, neppure si potrebbe obiettare che il maltrattamento subito dalla madre sia una motivazione valida a giustificare la sottrazione e a differenziarla da

---

Polizia, che nonostante gli svariati interventi non era stata in grado di riconoscere la gravità della situazione, era accorsa anche qualche ora prima del tentato omicidio, essendo stata contatta dall'imputata dopo che il marito aveva aggredito la figlia. Nel corso del processo, svoltosi presso il Tribunale ordinario di Milano nel 2017, il difensore aveva invocato la legittima difesa che non era stata però ritenuta sussistente mancando il pericolo attuale: la donna aveva aggredito il compagno quando quest'ultimo era di spalle. Così in N.M. CARDINALE, *Omicidi al femminile: dalla violenza subita alla violenza agita*, in C. PECORELLA (a cura di), *La criminalità femminile. Un'indagine empirica e multidisciplinare*, Mimesis, 2020, p. 175.

[185] Per un approfondimento circa gli orientamenti giurisprudenziale e dottrinali in tema di applicazione della legittima difesa nei casi di omicidio del *partner* maltrattante, si veda M. DOVA, *Defenderse del tirano domèstico: problemas y perspectivas*, in *Revista electrònica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 3/2018, p. 1.

una condotta sottrattiva dettata invece da rancori personali o volontà di indispettire il *partner*.

5. L'esperienza spagnola: la rilevanza di una «*valida motivazione*» al trasferimento del minore

Proprio con riferimento al profilo della possibile esistenza di una causa di giustificazione, appare particolarmente interessante esaminare la fattispecie di sottrazione di minore introdotta in Spagna con la *ley organica* n. 9 del 20 dicembre 2002, per la rilevanza data, direttamente nella norma incriminatrice, alla assenza di una «*causa justificada*» che, come ora vedremo, non è intesa come un pleonastico rinvio alle cause di giustificazione tipizzate nel codice penale spagnolo. Molto interessante l'esperienza spagnola, tra l'altro, anche per il ricorso a una causa di non punibilità che permette di non punire l'autore della sottrazione che riconsegni il minore sottratto entro 24 ore dalla denuncia del trasferimento.

In base all'art. 225-*bis* c.p. spagnolo è punito con la pena della reclusione da 2 a 4 anni, e con l'inabilitazione dall'esercizio della responsabilità genitoriale per un periodo da 4 a 10 anni, «*Il genitore che, senza una valida motivazione, sottrae il figlio minore*»[186]. Il bene giuridico tutelato dalla norma corrisponde al diritto del

[186] In lingua originale, l'art. 225-*bis* c.p. stabilisce: «*1. El progenitor que sin causa justificada para ello, sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.*

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

- *El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.*
- *La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.*

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

minore a non essere sradicato dal suo luogo di residenza abituale e a vivere con le cure e le attenzioni di entrambi i genitori. Tale tesi deriva anche dalla collocazione sistematica del reato all'interno dei delitti contro le relazioni familiari e, in particolare, nel capitolo dedicato ai reati contro i diritti e i doveri familiari[187].

Il secondo comma specifica poi cosa debba intendersi per "*sottrazione*" del figlio minore, distinguendo due casi: nel primo si sottolinea l'importanza del consenso e si identifica con sottrazione proprio quella condotta del genitore che, senza il consenso dell'altro genitore (o di colui che ne ha la vigilanza o custodia), trasferisce il figlio in un luogo diverso da quello di residenza abituale; nel secondo, invece, si dà rilevanza al provvedimento giudiziale o amministrativo che ha regolato l'affidamento del minore e il diritto di visita per i genitori, intendendo per sottrazione anche il «*trattenimento di un minore in violazione dei doveri stabiliti da un provvedimento giudiziale o amministrativo*».

Per quanto riguarda la condotta tipica, questa può, dunque, essere realizzata sia attraverso la sottrazione del minore, sia attraverso il trattenimento del minore. La condotta sottrattiva consiste nel trasferimento del minore dal suo luogo di residenza abituale ad un altro luogo, senza il consenso di chi ne ha la custodia. In questo caso

---

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas". Si segnala che con la ley organica n. 8 del 4 giugno 2021 è stato modificato il comma 2 dell'art. 225-*bis* c.p. che prima della modifica era «*A los efectos de este artículo, se considera sustracción:*

- *El traslado de <u>un menor</u> de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del progenitor <u>con quien conviva habitualmente</u> o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.*
- *La retención de <u>un menor</u> incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa*».

[187] P.L. GARCÍA, *Lecciòn II. Delitos contra las relaciones familiares. Delitos contra los derechos y deberes familiares. Quebrantamiento de deberes de custodia e inducciòn de menores al abandono de domicilio. Sustracciòn de menores*, in J.B. REIG (a cura di), *Derecho Penal. Parte Especial. Vol II. Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconòmico*, Iustel, 2012, p. 47.

per custodia del minore ci si riferisce al suo più ampio significato discendente dall'art. 3 della Convenzione dell'Aja, e, dunque, a quella che si potrebbe definire la responsabilità genitoriale del minore, senza necessità che vi sia un provvedimento specifico circa l'affidamento del figlio. Diversamente, per quanto riguarda la condotta di trattenimento del minore, è necessario che vi sia un provvedimento giudiziale che affidi il minore al genitore. In questo ultimo caso viene in realtà sanzionata la violazione specifica di un provvedimento giudiziario definitivo, adottato nell'interesse del minore: i casi in cui tale ipotesi viene applicata sono infatti quelli in cui un genitore non restituisce il figlio dopo averlo incontrato o, altri, in cui il genitore collocatario non permette all'altro di esercitare il diritto di visita[188].

Il terzo comma dell'art. 225-*bis* c.p. spagnolo, invece, prevede una specifica circostanza aggravante nel caso in cui il minore venga condotto in uno Stato diverso dalla Spagna; nel caso, dunque, di sottrazione internazionale di minore la pena è aumentata della metà[189]. L'aggravamento di pena è giustificato dalla maggiore gravità della condotta: il trasferimento in uno Stato straniero comporta una maggiore sofferenza per il minore, che si troverà in un ambiente completamente diverso (con lingua e abitudini differenti), e un più difficile ricongiungimento con l'altro genitore.

A differenza di quanto accade in Italia, la sottrazione internazionale è una delle diverse ipotesi racchiuse nel reato di «*sustraccion de menores*» (art. 225-bis c.p. spagnolo), in cui sono raggruppati i nostri reati di sottrazione di persona incapace (art. 574 c.p.), di violazione delle prescrizioni di un atto giudiziario (art. 388 co. 2 c.p.) e di sottrazione o trattenimento di minore all'estero (art. 574-*bis* c.p.). E ancora, diversamente da quello italiano, il reato di sottrazione di minore spagnolo è un reato proprio, che può essere commesso solo dal genitore (art. 225-*bis*, co. 1,

---

[188] P.L. GARCÍA, *Lecciòn II. Delitos contra las relaciones familiares, cit*., p. 55.

[189] Tale pena permette l'attivazione della persecuzione internazionale da parte dell'Interpol e l'estradizione, così in J.M. DE LA ROSA CORTINA, *El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia*, in *Centro del Estudios Juridicos*, 2017, p. 50.

c.p.) oppure dagli ascendenti del minore sottratto o dai parenti dei genitori fino al secondo grado (art. 225-*bis*, co. 5, c.p.).

Particolarmente interessante il fatto che in Spagna sia prevista una circostanza attenuante, così come una causa di non punibilità: si andrà, infatti, incontro a una pena attenuata nel caso in cui il minore venga riportato nel suo luogo di residenza abituale entro 5 giorni dalla denuncia di sottrazione (pena da 6 mesi a 2 anni); se invece il ritorno del minore avviene entro 24 ore oppure, sempre entro 24 ore, l'autore del reato comunica il luogo in cui si trova il minore e si impegna a restituirlo immediatamente (restituzione che effettivamente deve avvenire), quest'ultimo non sarà punito. Si tratta di una soluzione particolarmente utile per evitare che l'instaurarsi di un procedimento penale nel luogo di residenza abituale rappresenti un ostacolo al rientro del genitore autore dell'illecito trasferimento, andando così a ledere il superiore interesse del minore al rimpatrio.

E ancora, parimenti interessante, è la locuzione «*sin causa justificada*», interpretata dalla dottrina spagnola come un «*supuestos de atipicidad*»[190]: non si tratta di un mero riferimento alle cause di giustificazione previste nell'ordinamento spagnolo, bensì di uno specifico richiamo alla normativa sovranazionale, in particolare agli artt. 12, 13 e 20 della Convenzione dell'Aja del 1980[191]. Tale Convenzione, come già illustrato (v. *supra* cap. II, §1.2), prevede delle cause ostative all'ordine di ritorno del minore sottratto che devono essere, volta per volta, accertate in concreto dal giudice[192]. Giustificheranno, ad esempio, la condotta sottrattiva, il rischio di un grave pregiudizio o di una situazione intollerabile per il minore nello Stato di residenza abituale, così come l'opposizione del bambino al rientro e, ancora, il mancato esercizio dei diritti discendenti dalla responsabilità genitoriale da parte del genitore *left-behind*. Non solo. L'accertamento penale è

---

[190] Così viene definita in P.L. GARCÍA, *Lecciòn II. Delitos contra las relaciones familiares, cit*., p. 59.

[191] P.L. GARCÍA, *Lecciòn II. Delitos contra las relaciones familiares, cit*., pp. 59-60.

[192] P.L. GARCÍA, *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, 2008, p. 63; A. CARVAJAL, *Los aspectos penales*, in Z. SÁNCHEZ EZNARRIAGA (a cura di), *La sustracción interparental de menores*, Dykinson, 2005, p. 123.

autonomo rispetto a quello civile del giudizio di rientro[193]: il giudice potrà dunque dare rilievo a qualsiasi valida motivazione, opportunamente provata, fornita dall'autore del reato, qualora ritenga possa integrare una delle cause ostative al rimpatrio tipizzate nella Convenzione. Ad esempio, è stato dato rilievo alla crisi coniugale così come a maltrattamenti familiari riferiti dal minore[194].

Si tratta di una soluzione che, da un lato, obbliga il giudice penale a prendere in seria considerazione le motivazioni portate dall'autore della sottrazione a giustificazione della sua condotta e, dall'altro, offre lo strumento - più flessibile rispetto a quello delle cause di giustificazione – per considerare le ragioni sottese alla condotta illecita che, altrimenti, non potrebbero in alcun modo essere apprezzate. A ciò si aggiunga che, in questo modo, il reato trova un coordinamento con la disciplina sovranazionale fornita dalla Convenzione dell'Aja: nel caso in cui il ritorno venga rifiutato in quanto si ritiene sussistente una ragione ostativa al rimpatrio del minore, anche il delitto non verrà ad esistenza in quanto realizzato in presenza di una valida motivazione, già accertata nel corso del procedimento civile.

[193] J. SAAVEDRA RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Bosch, 2007, p. 1672.
[194] J.M. DE LA ROSA CORTINA, *op. cit.*, p. 62.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE: PROSPETTIVE *DE LEGE FERENDA*

Sommario: 1. Premessa. **2.** La necessità di una maggiore attenzione per l'interesse del minore nel caso concreto. **3.** Suggerimenti per una possibile riforma dell'art. 574-*bis* c.p.

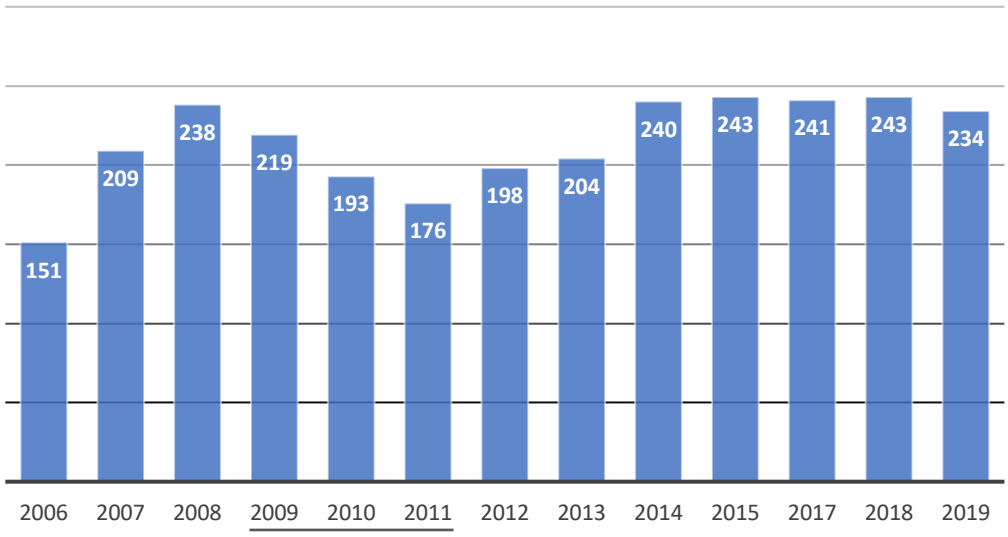
1. Premessa

L'indagine sino a qui svolta circa le peculiarità del fenomeno sottrattivo e la risposta legislativa che ne è stata data – sia sul piano del diritto internazionale privato, sia su quello penalistico – ha messo in evidenza alcuni elementi di criticità. La Convenzione dell'Aja del 1980 ha inaugurato un fondamentale sistema di cooperazione internazionale in materia di sottrazione di minori che ha, tra l'altro, consentito la raccolta su larga scala di dati di cui non si sarebbe potuto altrimenti disporre. Dall'analisi dei dati (v. *supra*, cap. I, §2) è, tuttavia, emerso che il fenomeno della sottrazione internazionale di minori è cambiato nel tempo. Se infatti, prima del 1980, erano in prevalenza i padri a rapire i loro figli, privandoli delle cure materne, in un contesto di separazione o divorzio conflittuale nel quale temevano di perdere (o avevano perso) l'affidamento dei minori, dai dati raccolti dopo l'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja, risulta un quadro ben diverso: sono in larga maggioranza le madri a trasferire i lori figli in un altro Stato (spesso quello di origine), all'insaputa dell'altro genitore e pur avendo un provvedimento di affidamento, esclusivo o condiviso, dei minori. Le ragioni, dunque, di tali trasferimenti illeciti sono da cercare altrove rispetto a quella - ritenuta la principale nel 1980 - della ricerca di un foro più favorevole cui sottoporre la questione dell'affidamento (c.d. *forum shopping*).

A ciò si aggiunga che i dati raccolti a livello internazionale (v. *supra*, cap. I, §2), dimostrano come il fenomeno sottrattivo sia in continua crescita, nonostante la sempre più severa normativa di contrasto, soprattutto in ambito penalistico. Anche in Italia, in cui un reato *ad hoc* di sottrazione e trattenimento di minore all'estero è stato introdotto nel 2009, non sembra che l'effetto deterrente che si auspicava avesse la nuova incriminazione si sia mantenuto costante nel tempo. Se

consideriamo, infatti, i dati raccolti dall'Autorità centrale italiana (Dipartimento per la Giustizia minorile e di Comunità) - i più recenti sono quelli relativi al 2019 e al primo semestre del 2020 - e li confrontiamo con i dati raccolti, sempre dall'Autorità italiana, negli anni precedenti (grafico n. 12) possiamo notare come i casi 'pervenuti'[195] ai sensi della Convenzione dell'Aja siano andati aumentando fino al 2008 (da 151 nel 2006 a 238 nel 2008), per poi diminuire in coincidenza con l'entrata in vigore dell'art. 574-*bis* c.p. (sono stati 219 nel 2009 e 176 nel 2011), per poi tornare ad aumentare dal 2011 fino al 2014 (anno in cui le richieste sono state ben 240) e restare costanti fino ad oggi (nel 2019 sono pervenute 234 richieste)[196].

Grafico n. 12 - Casi sottoposti all'Autorità centrale italiana



Fonte: analisi statistiche del Ministero della Giustizia

[195] Per casi 'pervenuti' si intendono le richieste, sia attive (l'autorità italiana chiede all'Autorità straniera di attivarsi perché lì è stato portato un minore che aveva la residenza abituale in Italia), che passive (all'Autorità italiana viene chiesto di attivarsi perché un minore è stato portato in Italia senza il consenso del genitore che ne aveva la responsabilità genitoriale) presentate nel corso dell'anno al Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità.

[196] Si tratta delle Analisi statistiche delle attività dell'Autorità Centrale italiana, anno 2019 e precedenti, curate dal Ministero della giustizia, Dipartimento per la Giustizia Minorile, rinvenibili al sito del Ministero, e in particolare nella 'Sezione statistica'.

Si è visto, al contrario, come la sanzione penale, alle volte, possa rappresentare un ulteriore ostacolo al rientro del minore in quanto il genitore autore della sottrazione, riaccompagnando il figlio nello Stato di residenza abituale, potrebbe andare incontro a un procedimento penale. In questo senso si andrebbe a ledere l'interesse superiore del minore nel caso in cui fosse coincidente con il rimpatrio.

2. La necessità di una maggiore attenzione per l'interesse del minore nel caso concreto

Come abbiamo visto, la Convenzione dell'Aja del 1980 muove dal presupposto che il rimpatrio rappresenti sempre la soluzione migliore nell'interesse del minore in quanto quest'ultimo, tornando nello Stato in cui abitualmente risiede, può riprendere la sua vita quotidiana in attesa di una decisione definitiva sul suo affidamento, adottata dal giudice della residenza abituale che conosce maggiormente l'ambiente in cui il minore è cresciuto. Tale modo di procedere sembra garantire, in astratto, il superiore interesse del minore ma – alla luce delle differenti manifestazioni della sottrazione internazionale – non sempre (e forse neanche nella maggior parte dei casi) coincide anche con il superiore interesse del minore in concreto. Proprio per evitare questo scostamento, nella Convenzione sono previste delle ragioni tassative che – se accertate dal giudice del ritorno – consentono di rifiutare il rimpatrio del minore. Sull'integrazione di queste eccezioni al rimpatrio si registrano dei contrasti: da un lato, le linee guida sulla corretta applicazione della Convenzione dell'Aja del 1980, aggiornate periodicamente, indicano una lettura restrittiva per evitare di mettere a rischio il rimpatrio del minore nel più breve tempo possibile; dall'altro lato, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani chiede agli Stati di non disporre l'ordine di rimpatrio in modo automatico ma di procedere a una «*in depth examination*» dell'intera situazione del minore nel caso concreto, sia dal punto di vista familiare ed economico, sia da quello psicologico. La stessa Corte sottolinea che le eccezioni al rimpatrio, pur nel rispetto delle contingentate tempistiche del giudizio di rientro, devono essere prese

in seria e 'genuina'[197] considerazione da parte del giudice procedente per giungere a un corretto bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, tra i quali deve sempre prevalere quello del minore direttamente coinvolto nel caso (v. *supra*, cap. II, §3).

Proprio per indagare come i giudici abbiano interpretato e applicato il principio del superiore interesse del minore nell'ambito del giudizio sul rientro, in un recente studio[198] sono stati esaminati 1.000 casi di sottrazione internazionale sottoposti, tra il marzo 2005 e il dicembre 2017, ai Tribunali di 17 nazioni (938)[199], alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (8) e alla Corte dei diritti umani (54).

Per ogni decisione sono state raccolte informazioni sui fatti in causa, sulla valutazione dell'interesse superiore del minore e, infine, sull'ascolto di quest'ultimo. È innanzitutto emerso che solo in 498 decisioni (corrispondenti circa al 50% del totale) il principio del superiore interesse del minore è stato tenuto in considerazione, in via esplicita o in via implicita, nel corso della motivazione. Si tratta di un risultato allarmante che denota la scarsa attenzione, da parte dei giudici del rimpatrio, nei confronti della concreta situazione che si trovano ad affrontare, limitandosi alla applicazione della normativa in materia di sottrazione. Nei casi, invece, in cui il superiore interesse del minore è stato preso in considerazione è emersa una grande differenza nel modo in cui i giudici hanno riempito di contenuto tale principio. Nella maggior parte dei casi il superiore interesse del minore è stato ritenuto coincidente con l'obiettivo di fondo della Convenzione dell'Aja, ovvero il rapido rimpatrio del minore: partendo dalla premessa che una corretta applicazione della Convenzione dell'Aja fosse il modo migliore per garantire i *best interests of the child,* in quanto limitativa degli effetti negativi della sottrazione. Si è così delegato al giudice della residenza abituale il compito di decidere in maniera definitiva cosa fosse effettivamente meglio per il minore. In altri casi, invece, pur

---

[197] Così in Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, 26 novembre 2013, *X c. Lettonia*, n. 27853/09, in hudoc.echr.coe.int.

[198] F. MAOLI, G. SCIACCALUGA, S. LEMBRECHTS, T. VAN HOF, L. CARPANETO, T. KRUGER, W. VANDENHOLE, *Understanding the Best Interests of the Child in EU Child Abduction Proceedings: Perspectives from the Case Law*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2020.

[199] In particolare, Belgio, Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Finlandia, Francia, Germani, Grecia, Ungheria, Italia, Lettonia, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Romania, Spagna e Svezia.

assumendo che la Convenzione dell'Aja fosse lo strumento migliore per proteggere il minore, si è data rilevanza alle caratteristiche del caso concreto che hanno portato ad individuare una delle eccezioni al rimpatrio. Tali fattori sono stati, ad esempio, le condizioni di vita (intendendo sia eventuali situazioni di abuso familiare che le condizioni economiche e sanitarie) dello Stato di residenza abituale e di quello di rifugio; la possibilità di mantenere un rapporto continuativo con entrambi i genitori; l'opportunità – o meno - di una risoluzione del conflitto tra i genitori attraverso la mediazione familiare; e, infine, la possibilità di preparare il minore al rimpatrio (in questi casi, il giudice ha dato al genitore autore della sottrazione qualche mese di tempo per spiegare al figlio la necessità di tornare nello Stato di residenza abituale, in modo che un nuovo trasferimento repentino non fosse per lui ulteriormente dannoso).

Anche alla luce dei risultati di questo studio, e in linea con quanto richiesto dalla Corte europea dei diritti umani, è auspicabile che in tutti i giudizi sul rientro del minore il suo superiore interesse sia preso in preminente considerazione, rispetto ad ogni altro valore in gioco. Tale interesse deve essere valutato alla luce delle caratteristiche del caso concreto, a seguito di una attenta valutazione di tutte le conseguenze a cui il minore può andare incontrato in seguito al rimpatrio, senza limitarsi ad una meccanica esclusione delle eccezioni al rientro in favore del rapido ritorno nello Stato di residenza abituale, nella convinzione che questo rappresenti – in ogni caso – la soluzione migliore per il bambino[200]. Solo così facendo non si avrà dubbio che, anche laddove venga disposto il rientro del minore, questo sia effettivamente la scelta migliore nel suo interesse. Dubbi che invece residuano nei casi in cui si ha l'impressione che il giudice del ritorno non abbia preso in seria considerazione la situazione familiare effettiva che ha condotto alla sottrazione.

[200] Nello stesso senso F. MAOLI, G. SCIACCALUGA, S. LEMBRECHTS, T. VAN HOF, L. CARPANETO, T. KRUGER, W. VANDENHOLE, *op.cit*, p. 362.

3. Suggerimenti per una possibile riforma dell'art. 574-*bis* c.p.

Quanto invece al reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero (art. 574-*bis* c.p.), il problema principale da risolvere è quello di evitare che si ponga come un ostacolo al rientro del minore, facendo in modo – al contrario – che rappresenti un incentivo al suo rimpatrio. Da qui l'esigenza di un coordinamento tra la disciplina penalistica e quella di diritto internazionale privato dettata dalla Convenzione dell'Aja del 1980.

Il reato potrebbe restare configurato come **un'autonoma fattispecie di reato comune**, distinta da quella della sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.) e da quella di sottrazione di persone incapaci (art. 574 c.p.). Questo consentirebbe, tra l'altro, una più facile raccolta statistica che, al momento, manca completamente: nessun dato circa le denunce, le indagini aperte o le condanne per questo reato è stato infatti raccolto dall'ISTAT fino ad oggi.

Anche la **collocazione sistematica** nel capo IV dedicato ai delitti contro l'assistenza familiare appare, in realtà, giustificata, soprattutto alla luce della nuova concezione di famiglia emersa grazie ai principi costituzionale (artt. 3 e 29), poi fatti propri dal legislatore con la riforma del diritto di famiglia dei 1975 e ulteriormente confermati nel 2013 (v. *supra*, cap. III, §2): famiglia intesa come insieme di persone con uguali diritti, al cui interno i genitori devono crescere ed educare i figli nel rispetto delle loro inclinazioni e aspirazioni, avendo continuamente di mira il loro superiore interesse.

Sempre in questa ottica, appare condivisibile la tipizzazione del delitto come **reato d'evento**, ravvisandosi il disvalore della condotta proprio nell'impedire al genitore che non ha prestato il consenso al trasferimento del figlio l'esercizio della sua responsabilità genitoriale. Anche in questo caso l'esercizio della responsabilità genitoriale deve essere inteso non come un potere del genitore nei confronti del figlio ma come la possibilità per il genitore di mantenere un rapporto stabile e continuativo con il figlio, al fine di farlo crescere in un ambiente equilibrato in cui poter sviluppare interessi e talenti. In questo modo, tra l'altro, si dovrebbe circoscrivere la punibilità ai soli casi di sottrazione che effettivamente impediscono l'esercizio della responsabilità genitoriale, ritenendo invece non penalmente

rilevanti tutte quelle ipotesi in cui il minore è in grado di intrattenere un rapporto con il genitore rimasto nello Stato di residenza abituale.

Infine, anche l'attuale **trattamento sanzionatorio** della reclusione da 1 a 4 anni, seppur più alto rispetto a quello previsto per il reato di sottrazione di persona incapace (art. 574 c.p.), non sembra destare particolari problemi. Del resto, l'elemento della internazionalità, che rende speciale la fattispecie di sottrazione internazionale rispetto a quella prevista dall'art. 574 c.p., contribuisce ad aumentare il disvalore della condotta, rendendo il fatto sottrattivo maggiormente lesivo della stabilità e della continuità del rapporto tra genitore e figlio. Allo stesso modo, la sanzione accessoria della sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, se valutata caso per caso come già affermato dalla Corte costituzionale (C. cost. 29 maggio 2020, n. 102, v. *supra* cap. II, §3.2), non appare problematica.

Ragionando, invece, nella prospettiva di una possibile riforma dell'art. 574-*bis* c.p. si potrebbero ipotizzare le seguenti modifiche.

In vista, in particolare, di un coordinamento con la Convenzione dell'Aja, sembra utile – traendo esempio dall'esperienza spagnola – ipotizzare l'inserimento di una **causa di non punibilità** che consenta di escludere la punibilità dell'autore della sottrazione nel caso in cui, nel corso del giudizio sul rimpatrio del minore, venga accertata la sussistenza di una delle eccezioni previste dagli artt. 12 e 13 della Convenzione dell'Aja. Si tratta, in particolare, del grave pregiudizio fisico, psichico o situazione intollerabile a cui il minore potrebbe andare incontro nello Stato di residenza abituale; della volontà del minore di rimanere nello Stato di rifugio; del fatto che il genitore offeso dal reato non abbia mai esercitato i suoi diritti di custodia nei confronti del figlio o che abbia prestato il consenso al trasferimento e, infine, della circostanza che lo Stato di rifugio sia ormai diventato lo Stato di residenza abituale del minore.

In questo modo verrebbe garantito sia il superiore interesse del minore - se coincidente con la permanenza nello Stato di rifugio insieme all'autore della sottrazione (che, a quel punto, non andrebbe incontro ad alcuna sanzione) -, sia quello dell'imputato se ha realizzato il trasferimento nell'ottica di proteggere sé

stesso e, di conseguenza, il figlio da un probabile pregiudizio nello Stato di residenza abituale.

Sempre per fare in modo che il procedimento penale possa essere funzionale al procedimento sul rimpatrio del minore, si potrebbe poi ipotizzare **un'altra causa di non punibilità** nel caso in cui l'autore della sottrazione, ottemperando tempestivamente all'ordine di rimpatrio imposto all'esito del giudizio sul ritorno ai sensi della Convenzione dell'Aja, riaccompagni il minore nello Stato di residenza abituale o, comunque, dia esecuzione all'ordine di rientro. Così facendo, l'autore della sottrazione sarebbe incentivato a riportare il minore nel suo Stato di residenza abituale e non, viceversa, scoraggiato dalla prospettiva di incorrere in una sanzione penale.

Tali cause di non punibilità troverebbero fondamento sia in esigenze politico-criminali, che di salvaguardia del rapporto familiare tra genitore offeso dalla condotta sottrattiva e minore. Da un lato, infatti, la prassi ha mostrato come la pendenza di un procedimento penale nello Stato di residenza abituale disincentivi l'autore della sottrazione a rientrare con il minore; dall'altro, essendo un reato che si consuma – quasi nella totalità dei casi – nell'ambito di relazioni familiari, spesso una condanna penale non fa altro che ingigantire problematiche relazionali che, inevitabilmente, andranno a ripercuotersi sul corretto sviluppo psico-fisico del minore coinvolto.

A garanzia del coordinamento tra il giudizio penale e quello sul ritorno del minore, sembra opportuno mantenere il reato **procedibile d'ufficio**. In questo modo, la stessa Autorità centrale adita dal genitore che lamenta la sottrazione potrebbe procedere alla segnalazione della notizia di reato alla Procura competente così da massimizzare l'utilità che gli strumenti propri del diritto penale possono avere nella localizzazione del minore.

BIBLIOGRAFIA

W.G. AUSTIN, *Relocation, Research and Forensic Evaluation, Part I: Effects of Residential Mobility on Children of Divorce*, in *Fam. Ct. Rev*., 2008, p. 137.

L. BANCROFT, J. SILVERMAN, *The Batterer as parent: adressing the impact of domestic violence on family dynamics*, II ed., Sage, 2012.

P.R. BEAUMONT, P.E. MCELEAVY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999.

P. BEAUMONT, K. TRIMMINGS, L. WALKER, J. HOLLIDAY, *Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, p. 40.

R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Figli contesi: riscritte le regole delle sottrazioni*, in *Guid. Dir*., 33/2009, p. 37.

N.L. BROWNE, *Relevance and Fairness: Protecting the Rights of Domestic Violence Victims and left-Behind Fathers under the Hague Convention on International Child Abduction*, in *Duke Law Journal*, vol. 60, 2011, p. 1194.

P. BRUNO, *Protezione dei minori a rischio di sottrazione internazionale: i nuovi alerts nel Reg. (UE) n. 1862 del 28.11.2018*, in magistraturaindipendente.it, 31 maggio 2020.

W.E. BUTLER, *Comparative approaches to prohibiting child abduction*, in *Journal of Comparative Law*, vol. 9, n. 1/2014, pp. 366.

A. CAGNAZZO (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori*, Cacucci Editore, 2019.

A. CAPUTO, *La sottrazione internazionale di minori. Tra diritto penale e ordinamenti sovranazionali*, Aracne, 2013.

M. CIRESE, *Residenza abituale e tutela del minore*, in *ilfamiliarsita.it*, fascicolo n. 14 del 14.6.2017.

G. CONTIERO, *L'affidamento dei minori*, II ed., Giuffrè, 2014.

S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, IPSOA, 2009.

M. CORBI, *Convivenze multietniche e sottrazione internazionale dei minori*, Tabula Fati, 2013.

A. DALIA, voce *Sottrazione di minori o di incapaci*, in *Enc. Dir*., vol. XLIII, Milano, 1990.

S. D'AMATO, *L'internazionalizzazione delle relazioni familiari e la tutela del minore conteso: il reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero*, in *La Legislazione Penale* (lalegislazionepenale.eu), 3.4.2020.

J.M. DE LA ROSA CORTINA, *El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia*, in *Centro del Estudios Juridicos*, 2017, p. 50.

L. DE WINTER, *Nationality or domicile? The present state of affair*s, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 128, III, 1969, p. 346.

M. DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Cedam, 2012.

M. DOVA, *Defenderse del tirano domèstico: problemas y perspectivas*, in *Revista electrònica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 3/2018, p. 1.

M. FERESIN, M. SANTONOCITO, P. ROMITO, *La valutazione delle competenze genitoriali da parte dei CTU in situazioni di violenza domestica: un'indagine empirica*, *in Sistema Penale (sistemapenale.it)*, 29.9.2021.

L. FERLA, Status filiationis *ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, p. 1575.

M. FREEMAN (a cura di), *Contemporary Issues Concerning International Child Abduction and the Hague Child Abduction Convention*, *Reunite*, 2002, p. 34.

M. FREEMAN, *The Outcomes for Children Returned Following an Abduction*, settembre 2003.

P. FRANZINA, *L'adesione della Comunità europea alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc*., 2007, p. 440.

P.L. GARCÍA, *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, 2008.

V.C. GOSSELAIN, *Child Abduction and Transfrontier Access: Bilateral Conventions and Islamic States*, ricerca pubblicata nell'agosto 2002 e rinvenibile online sul sito della Conferenza Internazionale dell'Aja (hcch.net).

G.L. GREIF, R.L. HEGAR, *When parents kidnap. The Families Behind the headlines*, in *The Free Press*, 1993, p. 56.

B.C. HAFEN, *Children's Liberation and the New Egalitarism: Some Reservation About Abandoning Youth to Their Rights*, in *BYU L. Rev*., 3/1976, p. 607.

B. HALE, *Taking flight. Domestic Violence and Child Abduction*, in *Current Legal Problems*, vol. 70, 2017, p. 3.

C. HONORATI, *Sottrazione internazionale di minori e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. int. proc*., 1/2013, p. 5.

C. HONORATI, *Il ritorno del minore sottratto e il rischio grave di pregiudizio ai sensi dell'art. 13 par. 1 lett. B della Convenzione dell'Aja del 1980*, in *Riv. Dir. Int. Proc*., 4/2020, p. 811.

R. HOEGGER, *What If She Leaves? Domestic Violence cases Under the Hague Convention and the Insufficiency of the Undertakings Remedy*, in *Berkeley Women's Law Journal*, 2003, p. 183.

E. ITALIA, *L'ascolto del minore*, in *Fam. Dir*, 7/2020, p. 714.

H.V. JIMÈNEZ, *Inter-American Convention on the International Return of Children*, in *International Legal Materials*, 1990, p. 63.

T. JELLYMAN, N. SPENCER, *Residential Mobility in Childhood and Health Outcomes: A Systematic Review*, in *Epidemiology & Community Health*, p. 584, 2008.

M. KAYE, *The Hague Convention and the flight from domestic violence: how women and children are being returned by coach and four*, in *International Journal of law, Policy and the Family*, 13, 1999, p. 192.

T. KRUGER, *International Child Abduction. The Inadequacies of the Law*, Hart Publishing, 2011.

S. KRESTON. *Prosecuting International Parental Kidnapping*, in *Notre Dame Journal of Law*, vol. 15, n. 2/2001, pp. 533.

D.N. LESLIE, *A difficult situation made harder: a parent's choice between civil remedies and criminal charges in international child abduction*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 36, n. 2/2008, p. 381.

S. LARIZZA, voce *Sottrazione di minore o di incapace*, in *Dig. Disc. Pen*., XII, Torino, 1997, p. 521.

G. LEO, *Ancora sugli automatismi sanzionatori: la Consulta dichiara parzialmente illegittima la disciplina della sospensione della potestà genitoriale*, 1.6.2020.

E. LAMARQUE, *Il principio dei best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Minorigiustizia*, 2/2017, p. 24.

E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, 2016.

N. LOWE, V. STEPHENS, *A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Global report*, 11 febbraio 2018.

N. LOWE, A. PERRY, *The Operation of the Haugue and European Convention on International child abduction between England and Germany. Part IV*, in *International Family Law*, 1/2007, p. 52.

J.S. MEIER, *A historical perspective on parental alienation syndrome and parental alienation*, in *Journal of Child Custod*y, 2009, p. 232.

V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.),* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, p. 199.

F. MAOLI, G. SCIACCALUGA, S. LEMBRECHTS, T. VAN HOF, L. CARPANETO, T. KRUGER, W. VANDENHOLE, *Understanding the Best Interests of the Child in EU Child Abduction Proceedings: Perspectives from the Case Law*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2020, p. 362.

G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè, 2020.

P. MCELEAVY, *The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising return or reflection?"*, in *Netherland Int. Law Review*, 2015, p. 365.

J.S. MEIER, *A historical perspective on parental alienation syndrome and parental alienation*, in *Journal of Child Custod*y, 2009, p. 232.

J.S. MEIER, S. DICKSON, *Mapping gender: shedding empirical light on family courts' treatment of cases involving abuse and alienation*, in *Law & Inequality*, 2017, p. 311.

M. MIEDICO, voce *Sottrazione e trattenimento di minore all'estero*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Tomo II, Wolters Kluwer, 2015.

O. MOMOH, *The interpretation and application of Article 13(1) b) of the Hague Child Abduction Convention in cases involving domestic violence: Revisiting X v Latvia and the principle of "effective examination"*, in *Jour. Priv. Int. Law*, 2019, p. 626.

F. MOSCONI, D. RINOLDI (a cura di), *La sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore. Studi e documenti sul kidnapping internazionale*, Cedam, 1988.

J. NATHANSON, M. MARCENKO, *Young Adolescents' Adjustment to the Experience of Relocating Overseas*, in *International Intercultural Rel*., p. 413, 1995.

G. PANEBIANCO, *L'automatismo delle pene accessorie sottoposte nuovamente al bisturi della Corte costituzionale, ancora una volta nel segno del* child's best interest, in *Dir. pen. processo*, n. 11/2020, p. 1438.

V. PARAGGIO, F. CICARELLA, *La sottrazione internazionale di minori*, Laurus, 2005.

C. PECORELLA (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Giappichelli, 2021.

C. PECORELLA (a cura di), *La criminalità femminile. Un'indagine empirica e multidisciplinare*, Mimesis, 2020.

M.E. PEREZ-VERA, *Rapport Explicatif in Conference de la Haye, Actes et Documents de la quatorzieme session 6 au 25 octobre 1980*, 1982.

F. POCAR, H. VAN LOON, *The 120th anniversary of The Hague Conference on Private International Law*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc*., 2014, p. 571.

D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte Speciale. Tutela penale della persona*, Vol. 1, III ed., Giappichelli, 2019

D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. e pen*., 1967, p. 64.

P. PARKINSON, *The realities of Relocation: Messages from Judicial Decisions*, in *Australian Journal Families*, 2008.

L. QUERZOLA, *La tutela processuale dei minori in prospettiva europea*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ*., 2/2010, p. 449.

J.B. REIG (a cura di), *Derecho Penal. Parte Especial. Vol II. Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconòmico*, Iustel, 2012.

F. ROIA, *Crimini contro le donne. Politiche, leggi e buone pratiche*, FrancoAngeli, 2017.

J. SAAVEDRA RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Bosch, 2007, p. 1672.

Z. SÁNCHEZ EZNARRIAGA (a cura di), *La sustracción interparental de menores*, Dykinson, 2005.

A. SANTORO, voce *Sottrazione di minori ed incapaci*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1970, p. 1030.

R. SCHUZ, *Habitual Residence of children under the Hague Child Abduction Convention. Theory and Practice*, in *Child and Family Law Quarterly*, p. 16.

R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention. A critical Analysis*, Hart Publishing, 2013.

J. SILBERG, S. DALLAM, *Abusers gaining custody in family Courts: A case series of over turned decisions*, in *Journal of Child Custody*, 2019, p. 140.

L. SILBERMAN, *The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocation from Custodial Parents: A perspectives from the United States and Europe*, in *Oklahoma Law Review*, 2011, p. 743.

N. TAYLOR, M. FREEMAN, *International Research Evidence on Relocation: Past, Present and Future, in Family*, in *Law Quarterly*, 2010, p. 322.

R. THOMPSON, *Movin' on: parental relocation in Canada*, in *Fam. Ct. Rev.*, 2004, p. 398.

P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XX ed., Giuffrè, 2019.

A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, F. ANELLI, C. GRANELLI, *Manuale di Diritto Privato*, XXIV ed., Giuffrè, 2019.

K. TRIMMINGS, *Child Abduction within the Europena Union*, Hart Publishing, 2013.

M.H. WEINER, *International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence*, in *Fordham Law Raview*, p. 602.

K.B. WILLIAMS, *Fleeing Domestic Violence: A proposal to change the Inadequacies of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in Domestic Violence Cases,* in *John Marshall Law Journal*, vol. IV, 2011, p. 40.

F. VIGANÒ, voce *Sequestro di persona*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, tomo III, Wolters Kluwer, 2015, p. 299.

F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000.

S. VIGERS, *Mediating International Child Abduction Cases. The Hague Convention*, Hart Publishing, 2011.