

07.029

Messaggio

concernente l'attuazione delle convenzioni sul rapimento internazionale di minori nonché l'approvazione e l'attuazione delle Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti

del 28 febbraio 2007

Onorevoli presidenti e consiglieri,

con il presente messaggio vi sottoponiamo per approvazione un disegno di legge che attua le convenzioni sul rapimento internazionale dei minori e che approva e attua la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti.

Vi proponiamo inoltre di togliere dal ruolo i seguenti interventi parlamentari:

2003 M 03.3214 Convenzione dell'Aia sul rapimento internazionale di minori. Protezione del fanciullo (N 13.06.2005, Vermot-Mangold)

2003 M 03.3235 Benessere del fanciullo e Convenzione dell'Aia (N 3.10.2003; Leuthard; S 3.3.2004)

Gradite, onorevoli presidenti e consiglieri, l'espressione della nostra alta considerazione.

28 febbraio 2007 In nome del Consiglio federale svizzero:

La presidente della Confederazione, Micheline Calmy-Rey
La cancelliera della Confederazione, Annemarie Huber-Hotz

Compendio

La protezione dei minori e degli adulti bisognosi di assistenza è un'esigenza fondamentale di ogni ordinamento giuridico. Con la crescente mobilità degli individui, vi sono sempre più nuove famiglie costituite da persone provenienti da ordinamenti giuridici diversi, con tradizioni culturali e religioni eterogenee che caratterizzano il loro modo di vivere e la giurisprudenza. Ordinare ed eseguire misure di protezione e trovare soluzioni alle controversie riguardanti minori provenienti da famiglie di questo tipo diventa sempre più complesso e difficoltoso, anche a causa dei frequenti conflitti di competenza a livello internazionale e delle decisioni contraddittorie che ne derivano. L'esigenza pratica di rispondere al bisogno di misure di protezione anche per gli adulti ha invece subito dei ritardi. Tuttavia, l'aumento della speranza di vita e la crescente mobilità delle persone inducono a prevedere anche per gli adulti un bisogno sempre maggiore di provvedimenti assistenziali. Sul piano interno, la Svizzera intende tenere conto di questa evoluzione attraverso la revisione del diritto tutorio attualmente in corso. Anche altri Stati europei, come la Spagna, l'Italia e la Gran Bretagna, hanno adottato riforme nell'ambito della protezione degli adulti. L'intenzione di unificare, coordinare e definire imperativamente le regole del diritto internazionale privato in materia di protezione delle persone va dunque accolta favorevolmente. Parallelamente a questa evoluzione, la cooperazione internazionale tra gli Stati e le loro autorità assume un ruolo sempre più rilevante: se la sua necessità è sempre più avvertita, il progresso tecnologico la facilita. In queste condizioni, le regolamentazioni adottate a livello internazionale contribuiranno ad accrescere la certezza e la chiarezza del diritto in materia, e dunque a proteggere meglio le persone d'ogni età e cittadinanza bisognose di protezione. Questi sono gli obiettivi che intende attuare la Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori e la Convenzione dell'Aia del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti. Inoltre queste due Convenzioni internazionali, che il Consiglio federale propone di ratificare, offrono il vantaggio non indifferente di avere un campo d'applicazione che non si limita all'Europa.

Quando un minore è rapito dalla Svizzera oppure vi, è condotto con la forza o vi è trattenuto illegalmente da uno dei genitori o da un terzo, è possibile chiederne il ritorno in applicazione della Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili del rapimento internazionale dei minori e della Convenzione europea del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento. Per la Svizzera queste due Convenzioni sono in vigore dal 1° gennaio 1984. Nel nostro Paese tuttavia l'applicazione della prima delle due Convenzioni suscita critiche sempre più vivaci e non permette più di garantire una protezione ideale dei minori rapiti. Per questo motivo il disegno di legge sul rapimento internazionale di minori, sottoposto per approvazione al Parlamento, mira ad abbreviare e snellire la procedura di ritorno riducendo le vie ricorsuali cantonali e a favorire gli sforzi tesi al raggiungimento di una soluzione amichevole del conflitto che oppone i genitori. Infine, il disegno prevede che le decisioni che ordinano il ritorno dovranno regolare anche le modalità dell'esecuzione e saranno esecutive in tutta la Svizzera.

Indice

Compendio	2370
1 Situazione iniziale	2374
2 Avamprogetto	2376
2.1 Progetto della commissione di esperti	2376
2.2 Progetto posto in consultazione	2376
2.3 Procedura di consultazione	2376
2.4 Rielaborazione dell'avamprogetto	2377
3 Rapporto con il diritto internazionale e diritto comparato	2377
4 Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori (Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori)	2378
4.1 Campo d'applicazione	2378
4.2 Competenza	2379
4.3 Diritto applicabile	2381
4.4 Riconoscimento ed esecuzione	2382
4.5 Cooperazione internazionale e autorità centrali	2383
4.6 Disposizioni generali e clausole finali	2385
4.7 Riserve e dichiarazioni	2386
5 Convenzione dell'Aia del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti (Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti)	2387
5.1 Campo d'applicazione	2387
5.2 Competenza	2390
5.3 Diritto applicabile	2391
5.4 Riconoscimento ed esecuzione	2392
5.5 Cooperazione internazionale e autorità centrali	2393
5.6 Disposizioni generali e clausole finali	2395
5.7 Riserve e dichiarazioni	2396
6 La legge federale sul rapimento internazionale di minori e sulle Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti (LF-RMA)	2396
6.1 Autorità centrali della Confederazione e dei Cantoni (art. 1–2)	2396
6.2 Specialisti e istituzioni (art. 3)	2398
6.3 Procedura di conciliazione e di mediazione (art. 4)	2399
6.4 Ritorno e interesse del minore (art. 5)	2399
6.5 Misure di protezione (art. 6)	2401
6.6 Tribunale competente (art. 7)	2402
6.7 Procedura giudiziaria (art. 8)	2403

6.8 Audizione e rappresentanza del minore (art. 9)	2403
6.9 Collaborazione internazionale (art. 10)	2404
6.10 Decisione di ritorno (art. 11)	2405
6.11 Esecuzione (art. 12)	2405
6.12 Modifica della decisione di ritorno (art. 13)	2405
6.13 Spese (art. 14)	2406
6.14 Modifiche del diritto vigente	2407
7 Motivazione e valutazione della soluzione proposta	2407
8 Ripercussioni finanziarie e sull'effettivo del personale	2409
8.1 Per la Confederazione	2409
8.2 Per i Cantoni e Comuni	2409
8.3 Per l'economia	2410
9 Programma di legislatura	2410
10 Aspetti giuridici	2410
10.1 Competenze della Confederazione	2410
10.2 Referendum facoltativo	2411
10.3 Compatibilità con gli obblighi internazionali della Svizzera	2411
Decreto federale che attua le convenzioni sul rapimento internazionale di minori e che approva e attua le Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti (<i>Disegno</i>)	2413
Convenzione sulla protezione internazionale degli adulti	2421
Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori	2437

Messaggio

1 Situazione iniziale

Secondo l'articolo 85 capoverso 1 della legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato (LDIP; RS 291), dal 4 febbraio 1969 in Svizzera è applicabile la Convenzione dell'Aia del 5 ottobre 1961 concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minorenni (RS 0.211.231.01)¹. In base all'articolo 85 capoverso 2 LDIP, tale Convenzione si applica per analogia ai maggiorenni e alle persone considerate minori soltanto dal diritto svizzero, nonché alle persone che non hanno la dimora abituale in uno Stato contraente. La Convenzione dell'Aia del 1961 presenta lacune in diversi ambiti: il criterio della competenza in funzione della dimora abituale di un minorenne (art. 1) viene indebolito da quello della competenza in funzione della cittadinanza (art. 4); in casi controversi quest'ultima competenza è preminente, ma sovente non nell'interesse del minore. Inoltre la Convenzione non stabilisce nessun obbligo di esecuzione di misure di protezione adottate all'estero e la cooperazione internazionale funziona soltanto in misura limitata. Infine, l'emanazione nei diversi Stati contraenti di decisioni contraddittorie in materia di custodia nonché di misure di protezione dei minori e la valutazione della situazione di minori con due o più cittadinanze hanno dato adito a controversie.

Le carenze della Convenzione del 1961 hanno indotto la Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato a rimaneggiare in maniera radicale il testo, al fine di sostituirlo con una nuova normativa e di cogliere l'occasione per disciplinare la protezione degli adulti nelle relazioni internazionali. Da queste basi è nata la Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori². A quest'ultima Convenzione è seguita, il 13 gennaio 2000, la Convenzione dell'Aia sulla protezione internazionale degli adulti³. In quanto membro della Conferenza dell'Aia, la Svizzera ha contribuito in modo determinante all'elaborazione di entrambe le Convenzioni. Il 1° aprile 2003 il nostro Paese ha firmato la Convenzione del 1996 sulla protezione dei minori⁴. Mediante regole unitarie e dettagliate sulla competenza internazionale, la Convenzione del 1996 si prefigge di escludere i conflitti tra autorità di diversi Stati contraenti, nell'ambito dell'emanazione di misure di protezione della persona o del patrimonio del minore, estendendo e rafforzando in modo decisivo la cooperazione internazionale e l'assistenza giudiziaria reciproca.

La Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e quella sulla protezione degli adulti completano anche diversi accordi internazionali ai quali la Svizzera ha già aderito, come tra l'altro la Convenzione dell'Aia del 29 maggio 1993 sulla prote-

¹ La Convenzione dell'Aia del 5 ottobre 1961 è stata per ora ratificata soltanto da 13 Stati contraenti, si veda www.hcch.net (Convenzione n. 10).

² Testo della Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996: si veda www.hcch.net (Convenzione n. 34).

³ Testo della Convenzione dell'Aia sulla protezione internazionale degli adulti: si veda www.hcch.net (Convenzione n. 35).

⁴ Sinora 31 Stati hanno firmato la Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 e 13 l'hanno ratificata.

zione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale (RS 0.211.221.311), e si inseriscono negli sforzi della Svizzera tesi a riformare il proprio diritto in materia di protezione dei minori e degli adulti. Si pensi in particolare alla revisione del Codice civile (stato civile, matrimonio, divorzio, diritto di filiazione, obbligo di assistenza fra parenti, asili di famiglia, tutela, mediazione matrimoniale) del 26 giugno 1998 (RU 1999 1118) e alla revisione parziale del diritto tutorio⁵ attualmente in corso.

Dal momento che la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e la Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti disciplinano questioni concernenti la competenza, il diritto applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni o dei provvedimenti esteri sono applicabili direttamente («self executing»). A tal fine, è sufficiente un rinvio nell'articolo 85 LDIP, senza dover concretizzare tali disposizioni in una legge federale. Ma le due Convenzioni prevedono anche l'istituzione di autorità centrali e la cooperazione internazionale di queste autorità in materia di protezione dei minori e degli adulti. La Svizzera è dunque tenuta ad adottare disposizioni legislative che disciplinino la ripartizione dei compiti tra autorità della Confederazione e autorità dei Cantoni.

In materia di rapimento internazionale di minori e di conflitti transfrontalieri riguardanti il diritto di visita, in Svizzera si applicano le disposizioni della Convenzione del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili del rapimento internazionale dei minori (RS 0.211.230.02) e della Convenzione europea del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento (RS 0.211.230.01). Le due Convenzioni sono in vigore in Svizzera già dal 1° gennaio 1984 e sono finora state ratificate da 75, rispettivamente da 34 Stati.

L'applicazione in Svizzera della Convenzione dell'Aia sul rapimento internazionale dei minori ha dato luogo, in alcuni casi, alla presentazione di diversi interventi parlamentari⁶ e a reazioni critiche nei media. Il 10 marzo 2005, il Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP) ha istituito una commissione di esperti, incaricata tra l'altro di formulare proposte di miglioramento sul piano legislativo e su quello pratico per la trattazione di casi di rapimento internazionale di minori, esaminando in particolare le possibilità di applicare in modo più conforme al bene del minore le disposizioni della Convenzione dell'Aia del 1980 sugli aspetti civili del rapimento internazionale dei minori.

⁵ Il 28 giugno 2006, il Consiglio federale ha approvato il messaggio concernente la modifica del Codice civile svizzero (Protezione degli adulti, diritto delle persone e diritto di filiazione), FF 2006 6391 6525.

⁶ Postulato Vermot-Mangold del 17 giugno 2004 (04.3367; Protezione efficace dei fanciulli in caso di rapimento da parte di un genitore), accolto dal Consiglio federale il 24 settembre 2004 e dal Consiglio nazionale il 17 dicembre 2004; Mozione Vermot-Mangold del 7 maggio 2003 (03.3214; Convenzione dell'Aia sul rapimento internazionale dei minori. Protezione del fanciullo); il 19 settembre 2003 il Consiglio federale ha proposto di trasformare la mozione in postulato; il 13 giugno 2005 la mozione è stata accolta come postulato dal Consiglio nazionale; Interpellanza Hubmann del 7 maggio 2003 (03.3208; Protezione dei fanciulli), con risposta del Consiglio federale del 9 settembre 2003; discussione in Consiglio nazionale il 13 giugno 2005; intervento liquidato; Mozione Leuthard dell'8 maggio 2003 (03.3235; Benessere del fanciullo e Convenzione dell'Aia), accolta dal Consiglio nazionale il 3 ottobre 2003 e dal Consiglio degli Stati il 3 marzo 2004.

2 Avamprogetto

2.1 Progetto della commissione di esperti

La commissione di esperti interdisciplinare istituita dal DFGP il 10 marzo 2005 era composta dai membri seguenti: prof. dott. Andreas Bucher (presidente), professore di diritto internazionale privato all'Università di Ginevra; prof. Christoph Häfeli, professore e segretario della Conferenza delle autorità cantonali di tutela; giudice federale Niccolò Raselli, presidente della II Corte civile del Tribunale federale; Marianne Galli-Widmer, avvocato e mediatrice familiare, membro del comitato della Federazione Svizzera delle Associazioni di mediazione SDM-FSM; dott. Heinrich Nufer, pedagogo e psicologo per l'infanzia e Annegret Katzenstein-Meier, giudice d'appello e presidente della Camera d'accusa del Tribunale d'appello del Cantone di Zurigo. Il 22 febbraio 2006, il nostro Consiglio ha preso atto e pubblicato il rapporto conclusivo del 6 dicembre 2005 della commissione di esperti, corredato di un progetto di legge federale sul rapimento internazionale di minori⁷.

2.2 Avamprogetto posto in consultazione

Fondandosi sul rapporto peritale, è stato elaborato un avamprogetto di legge federale sul rapimento internazionale di minori e sulle Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti. Questo avamprogetto prevedeva un disbrigo della domanda in vista del ritorno più celere e consono al bene dei minori portati in Svizzera. Rispetto al progetto proposto dalla commissione di esperti, il nostro avamprogetto comprendeva anche la ratifica della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti. In relazione con l'emanazione della legge federale che attua le quattro Convenzioni (Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori, Convenzione europea sull'affidamento, Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori, Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti), è stato necessario adeguare anche l'articolo 85 LDIP⁸, poiché questa disposizione si riferisce alla vecchia Convenzione dell'Aia del 5 ottobre 1961 concernente la competenza delle autorità e alla legge applicabile in materia di protezione dei minorenni, la quale viene sostituita da strumenti più attuali come la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e la Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti.

2.3 Procedura di consultazione

Il 5 luglio 2006 è stata avviata la procedura di consultazione su ambedue gli avamprogetti (FF 2006 5805); essa si è conclusa il 31 ottobre 2006. Sono pervenute 50 risposte.

⁷ È possibile consultare il rapporto sulla homepage dell'Ufficio federale di giustizia: www.bj.admin.ch (rubrica Temi/Società/Progetti di legislazione in corso/Rapimento internazionale di minori).

⁸ Cfr. n. 7.

La ratifica della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e della Convenzione sulla protezione internazionale degli adulti e l'istituzione di un'Autorità Centrale della Confederazione e di un'autorità centrale in ogni Cantone per la loro attuazione hanno raccolto un ampio consenso. Tutti i partecipanti alla consultazione, eccetto un Cantone, hanno accolto favorevolmente la riunione delle disposizioni d'attuazione di diversi trattati internazionali in un unico atto normativo.

Sono stati accolti favorevolmente gli sforzi tesi a garantire una migliore protezione dei minori nell'ambito dei rapimenti internazionali di minori, in particolare l'audizione dei fanciulli, la nomina di un curatore, la procedura più rapida dinanzi a un'unica autorità giudiziaria cantonale, l'eseguibilità delle decisioni di ritorno in tutta la Svizzera, il promovimento delle composizioni amichevoli del conflitto grazie a una rete di specialisti e di istituzioni nonché l'esecuzione di una procedura di conciliazione o di mediazione. Taluni interpellati hanno espresso il timore che i Cantoni dovranno sopportare oneri supplementari in termini di risorse di personale e finanziarie. In singoli casi sono pure stati criticati i costi legati alla procedura e la possibilità di modificare una decisione di ritorno che potrebbe compromettere il principio di celerità nell'ambito delle procedure di ritorno di minori rapiti.

2.4 Rielaborazione dell'avamprogetto

Il 5 luglio 2007 il nostro Consiglio ha preso atto dei risultati della procedura di consultazione, sulla cui base ha il giorno stesso licenziato il presente messaggio, elaborato dal DFGP. Per quanto concerne il disegno di legge, non è più stato necessario apportarvi modifiche materiali sostanziali.

Vi proponiamo tuttavia di introdurre in un secondo tempo le disposizioni di procedura previste dal D-LF-RMA (art. 7–12) nel Codice di procedura civile svizzero (CPCS), visto che quest'ultimo si prefigge di unificare l'insieme delle disposizioni che si applicano alla procedura a livello dei Cantoni. Al momento attuale s'impone tuttavia una normativa speciale, poiché è imperativo legiferare nell'ambito del rapimento internazionale dei minori emettere in vigore la LF-RMA il più rapidamente possibile, e dunque prima del CPCS.

3 Rapporto con il diritto internazionale e diritto comparato

Il presente disegno di legge concorda con gli impegni internazionali sottoscritti dalla Svizzera, segnatamente con le disposizioni della Convenzione del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo e la Convenzione del 4 novembre 1950¹⁰ per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Nell'ottica del diritto comparato, va rilevato che negli ultimi anni si sono moltiplicate le revisioni delle legislazioni concernenti la protezione degli adulti (Austria 1983, 1990, Danimarca 1995, Spagna 2003, Italia 2004 e Regno Unito 2005). La tendenza generale emersa è duplice: da un canto, le misure di protezione tradizionali vengono sostituite con disposizioni individuali su misura che permettono di tenere meglio conto delle necessità della singola

⁹ RS **0.107**, entrata in vigore per la Svizzera il 26 marzo 1997.

¹⁰ RS **0.101**, entrata in vigore per la Svizzera il 28 novembre 1974.

persona da proteggere, dall'altro, viene accordata maggiore importanza al diritto di autodeterminazione, offrendo alla persona che lo desidera la possibilità di impartire anticipatamente istruzioni nel caso in cui divenga incapace di discernimento.

4 Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori (Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori)

4.1 Campo d'applicazione

La Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori¹¹ contiene disposizioni sulla competenza delle autorità giudiziarie e amministrative (art. 5–14), su questioni relative al diritto applicabile (art. 15–22) nonché sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze e decisioni estere (art. 23–28). La Convenzione non prevede invece norme materiali sul diritto di filiazione. Il campo d'applicazione comprende le misure volte a proteggere la persona e i beni del minore, segnatamente nel caso di litigi tra genitori su questioni che riguardano il diritto di affidamento, di custodia e di visita, nel caso di minori non accompagnati nonché di collocamenti transfrontalieri di minori, ad esempio in una famiglia di accoglienza o in un istituto o la loro assistenza legale tramite *kafala*¹² (l'elenco che figura all'art. 3 non è esaustivo). La Convenzione contiene inoltre disposizioni sulla cooperazione delle autorità preposte alla protezione del minore (art. 29–39). Il testo non si applica in materia di accertamento e contestazione della filiazione, di adozione, di obbligo agli alimenti, di successioni, di previdenza sociale, di misure adottate conseguentemente alla commissione di reati da parte di minori e di decisioni sul diritto d'asilo e in materia di immigrazione (art. 4 lett. a, b, e, f, g, i e j). La Convenzione si applica invece nel caso di nomina di un curatore incaricato di difendere gli interessi di un minore negli ambiti esclusi dal campo d'applicazione della Convenzione. Tale è segnatamente il caso quando il minore è creditore in materia di alimenti o erede o va rappresentato nell'ambito di una procedura d'asilo¹³. La Convenzione dell'Aia del 1996 sostituisce la Convenzione dell'Aia del 5 ottobre 1961 concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minorenni (art. 51). Occorre tuttavia sottolineare che la Convenzione dell'Aia del 1961 resta applicabile per gli

¹¹ Il sito www.hcch.net (Convenzione n. 34) contiene, in merito alla Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori del 1996, un ampio rapporto esplicativo di Paul Lagarde, in tedesco, in francese e in inglese (di seguito: P. Lagarde, Rapporto-Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori), un'edizione speciale di «The Judges' Newsletter», Volume X/Autumn 2006 nonché una bibliografia recente; A. Bucher, La Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, SZIER 1997, pag. 67 segg.; Kurt Siehr, Das neue Haager Übereinkommen von 1996 über den Schutz von Kindern, (di seguito: K. Siehr, Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori), *RabelsZ* vol. 62 (1998), pagg. 464–501.

¹² Negli Stati con un ordinamento giuridico islamico, l'istituto dell'adozione è sconosciuto. Ammesso è unicamente un rapporto di affidamento, la cosiddetta *kafala* (La *kafala* en droit algérien, ZZW 2000, 160 segg.; Aldeeb Abu-Sahlieh, Le droit international privé suisse face aux systèmes de pays arabes et musulmans, in: SZIER 1992, 49 segg.).

¹³ A. Bucher (cit. nota 12), pag. 76 seg.

Stati contraenti che non hanno ratificato la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori del 1996.

Una persona è considerata minore dal momento della nascita fino al compimento del diciottesimo anno di età (art. 2) e ciò nonostante che in alcuni Stati contraenti la maggiore età possa subentrare a un momento diverso¹⁴. La Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori non si applica al nascituro, a meno che non si tratti di prendere misure in vista della protezione dei suoi beni o delle decisioni in materia di autorità parentale e/o concernenti i rapporti personali con il fanciullo da attuare immediatamente dopo la sua nascita. Nuova è la nozione formulata in modo più ampio di «responsabilità genitoriale»¹⁵, che sostituisce quella di «rapporto d'autorità» utilizzata nella Convenzione dell'Aia del 1996. La responsabilità genitoriale comprende la potestà genitoriale od ogni altro rapporto di potestà analogo che stabilisca i diritti, i poteri e gli obblighi dei genitori, di un tutore o altro rappresentante legale (persona o autorità) nei confronti della persona o dei beni del minore (art. 1 par. 2).

4.2 Competenza

La Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori è fondata sul principio della competenza dei tribunali e delle autorità dello Stato contraente nel quale il minore ha la sua residenza abituale (art. 5). La Convenzione designa lo Stato competente, ma non definisce la suddivisione delle competenze interne agli Stati¹⁶. In futuro sarà dunque possibile evitare l'insorgere di conflitti di competenza tra le autorità e l'emanazione in due Stati contraenti di decisioni in contraddizione tra loro; in particolare sarà possibile evitare che uno Stato, astenendosi dal decidere, impedisca ad altri Stati contraenti di far uso delle proprie competenze (art. 13). Come già le Convenzioni dell'Aia antecedenti, anche la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori rinuncia a definire, segnatamente in termini di durata, la nozione di «residenza abituale». Il luogo di residenza abituale va piuttosto determinato alla luce degli elementi concreti di ogni singolo caso e tenendo comunque sempre conto del fatto che, in caso di dubbio, dovrebbe prevalere la preoccupazione di proteggere il minore e l'urgenza di adottare determinate misure, in particolare nel caso di minori rifugiati (art. 6 e 11)¹⁷. Questo modo di procedere permette di adottare od ordinare misure di protezione nei confronti di un minore che effettivamente ha legami più stretti con un altro Stato che non ha però ratificato la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori.

¹⁴ Secondo l'art. 12 della Convenzione dell'Aia del 1961, la «minore età» veniva determinata sia secondo la legge interna dello Stato di cui la persona possiede la cittadinanza, sia secondo la legge interna della sua dimora abituale.

¹⁵ Cfr. in merito l'art. 18 della Convenzione del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo (RS **0.107**) nonché l'art. 26 cpv. 1 lett. b della Convenzione del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale (RS **0.211.221.311**).

¹⁶ Le autorità tutorie designate dai Cantoni sono responsabili dell'esecuzione delle misure di protezione del minore e degli adulti (art. 146, 307 segg., 324 segg., 376 segg. CC, art. 54 tit. fin. CC).

¹⁷ Per quanto concerne la protezione dei minori rifugiati, gli articoli 12 e 16 della Convenzione del 28 luglio 1951 sullo statuto dei rifugiati (RS **0.142.30**) prevedono un disciplinamento simile.

In caso di trasferimento o di mancato ritorno illecito del minore, le autorità dello Stato contraente in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato ritorno conservano, per principio, la competenza di adottare misure di protezione nei confronti del minore (art. 7). Si vuole così impedire che il rapitore (generalmente si tratta dell'altro genitore) tenti di ottenere abusivamente dei vantaggi (misure di protezione, attribuzione dell'autorità parentale, diritto di custodia o diritti sui beni del minore) praticando il cosiddetto «forum shopping», ossia scegliendo la giurisdizione che più gli conviene. Inoltre anche la Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili del rapimento internazionale di minori prevede un divieto limitato di statuire nel merito imposto alle autorità dello Stato in cui il minore è stato trasferito o trattenuto (art. 16). Questo divieto tuttavia ha un carattere imperativo soltanto per gli Stati contraenti della Convenzione del 1980 e non esclude che dette autorità possano adottare determinate misure di protezione in caso di necessità, purché così facendo non pregiudichino le decisioni in merito al diritto di custodia o all'autorità parentale¹⁸ (art. 7 par. 2 della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori, art. 7 par. 3 e art. 11 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori). Infine, un trasferimento di competenza alle autorità dello Stato nel quale il minore è stato trasferito o nel quale viene trattenuto è possibile nel quadro degli articoli 8 e 9 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori.

Deroghe al principio secondo cui la competenza appartiene alle autorità dello Stato in cui il minore ha la sua residenza abituale sono ammesse in caso di divorzio o di separazione legale dei genitori del minore (art. 8 par. 2 lett. c e art. 10), nel caso in cui vi sia urgenza di adottare misure di protezione del minore o dei beni ad esso appartenenti (art. 11) o se misure adottate da uno Stato contraente aventi un carattere puramente provvisorio hanno un'efficacia territoriale ristretta a quello Stato (art. 12). Per quanto concerne quest'ultimo punto, ogni Stato contraente può riservarsi la competenza delle sue autorità ad adottare misure volte alla protezione dei beni di un minore o di alcune categorie di beni che si trovino sul suo territorio; alla stessa stregua può riservarsi di non riconoscere una responsabilità genitoriale o una misura che sia incompatibile con una misura adottata dalle sue autorità riguardo a tali beni (art. 55). Infine, la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori prevede disposizioni che disciplinano il trasferimento – consensuale – di un procedimento di uno Stato a un'altro ove si ritenga che quest'ultimo sarebbe meglio in grado di valutare l'interesse superiore del minore (art. 8 e 9). In tal modo, eccezionalmente, l'autorità competente può essere quella dello Stato di cui il minore è cittadino, dello Stato in cui si trovano beni del minore o di uno Stato col quale il minore presenta uno stretto legame (art. 8 par. 2 lett. a, b e d). L'autorità competente secondo le regole ordinarie può chiedere all'autorità di un altro Stato contraente meglio in grado di valutare l'interesse superiore del minore di accettare la competenza ad adottare le misure di protezione che riterrà necessarie o di sospendere la decisione e invitare le parti a investire di tale richiesta l'autorità dell'altro Stato¹⁹. All'inverso, l'autorità che ritiene di essere meglio in grado di valutare l'interesse del minore potrà richiedere all'autorità competente direttamente di permetterle di esercitare al suo posto la competenza ad adottare le misure di protezione che ritenesse necessarie. Ogni Stato contraente potrà designare le autorità alle quali devono essere inviate le

¹⁸ Cfr. anche n. 4.6.

¹⁹ P. Lagarde, *Rapporto-Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori* (cit. nota 11), pag. 14 n. 54.

domande previste negli articoli 8 e 9 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (art. 44 e 45 par. 1)²⁰. Ogni domanda deve riguardare misure di protezione concrete che lo Stato richiedente ritiene necessarie. Nella sua decisione, l'autorità richiesta non è tenuta ad attenersi alle misure proposte, ma non può neppure ampliare il suo ambito di competenza al di là dei limiti delle proposte o di eventuali convenzioni, adottando, ad esempio, disposizioni che concernono i beni del minore invece di regolare il diritto di visita come chiesto dall'autorità richiedente²¹. Le misure adottate in applicazione degli articoli 5–10 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori da un'autorità competente che, successivamente, dovesse perdere la propria competenza a ragione di un mutamento delle circostanze, resteranno in vigore nei limiti loro propri fintantoché le nuove autorità competenti non le avranno modificate, sostituite o abolite (art. 14).

4.3 Diritto applicabile

Quando si tratta di adottare misure di protezione del minore, di decidere l'attribuzione di pieno diritto di un'autorità genitoriale o di prendere misure di protezione nei confronti di terzi, i tribunali e le autorità competenti ai sensi della Convenzione applicano il proprio diritto interno (art. 15 segg.). La responsabilità genitoriale viene determinata uniformemente «ex lege», vi sia stato o no un intervento di un'autorità. Una deroga al principio della «lex fori» è ammessa nella misura in cui la protezione della persona o dei beni del minore non giustifichino l'applicazione in via eccezionale di un'altra legge (art. 15 par. 2). Non si applica tuttavia il diritto estero se ciò va a scapito del terzo in buona fede (art. 19) o se la legge estera è manifestamente contraria all'ordine pubblico interno, tenuto conto dell'interesse superiore del minore (art. 22). La propria legge viene applicata anche in materia di restrizione o ritiro della responsabilità genitoriale attribuita in base a un altro ordine giuridico (cambiamento di statuto, art. 16–18). L'applicazione del principio detto della «prossimità al minore e ai fatti da valutare» mira ad agevolare l'attività dell'autorità e a permetterle di applicare il diritto che le è più familiare nonché eseguire essenzialmente le misure decise in base a tale diritto. Il termine «legge» designa la legislazione in vigore in uno Stato, ad esclusione delle norme sul conflitto di leggi (esclusione del rinvio a un altro diritto estero) nonché una regolamentazione speciale per gli Stati non contraenti (art. 21).

In caso di trasferimento della residenza abituale del minore in un altro Stato contraente, le misure adottate precedentemente resteranno in vigore (art. 14) al fine di garantire la continuità della protezione. Tuttavia, le autorità competenti del nuovo luogo di residenza abituale del minore decidono secondo il loro diritto interno («lex fori») sull'applicazione delle misure adottate o su eventuali adeguamenti (art. 15 par. 3). Per contro, se la residenza abituale del minore viene trasferita in uno Stato non contraente, quest'ultimo non è tenuto ad attenersi alle regole della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori.

Viste le difficoltà d'interpretazione dell'articolo 3 della Convenzione dell'Aia del 1961, la nuova Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori prevede ora per la responsabilità genitoriale, invece di una semplice regola di riconoscimento, una

²⁰ Cfr. n. 4.7.

²¹ A. Bucher (cit. nota 11) pag. 83.

regola di conflitto che rinvia al diritto applicabile dello Stato di residenza abituale del minore. È sempre fatto salvo l'intervento di un'autorità che attribuisce o revoca la responsabilità genitoriale o che modifica le condizioni di esercizio di quest'ultima (art. 16–18). La responsabilità genitoriale esistente secondo la legge dello Stato di residenza abituale del minore continua a sussistere dopo il trasferimento di tale residenza abituale in un altro Stato contraente, tuttavia l'attribuzione e l'esercizio della responsabilità genitoriale è regolato dalla legge del nuovo Stato di residenza abituale del minore (art. 16 par. 3 e 4 e art. 17). Infine la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori disciplina anche la protezione di terzi in buona fede che, in occasione della stipulazione di un atto con un'altra persona, non erano al corrente che quest'ultima disponeva della qualità di rappresentante legale del minore (art. 19).

Per principio, le disposizioni concernenti la legge applicabile, valgono pure per gli Stati non contraenti e sono dunque applicabili «erga omnes»²² (art. 20, fatto salvo l'art. 15 par. 3).

4.4 Riconoscimento ed esecuzione

La Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori colma una lacuna della Convenzione dell'Aia del 1961, obbligando ora tutti gli Stati contraenti a riconoscere di pieno diritto le misure di protezione adottate dalle autorità di un altro Stato contraente, a dichiararle esecutive o a registrarle ai fini dell'esecuzione nonché a eseguirle (art. 23 segg.).

Il riconoscimento potrà essere negato soltanto nei seguenti casi definiti in modo esaustivo:

- se la misura è stata adottata da un'autorità straniera che non era competente (neppure per prendere misure volte a proteggere i beni di un minore ai sensi della riserva prevista dall'art. 55);
- se la misura è stata adottata, tranne il caso d'urgenza, senza aver dato al minore o alla persona che sostiene che una determinata misura lede la sua responsabilità genitoriale la possibilità di essere sentita;
- se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico;
- se la misura è incompatibile con una misura che può essere riconosciuta successivamente nello Stato non contraente di residenza abituale del minore; o
- se viene a mancare la cooperazione bilaterale istituita dall'articolo 33 in vista del collocamento di un minore in uno Stato diverso da quello che ha deciso questo collocamento (art. 23 par. 2).

Il minore stesso o una persona interessata può invocare uno o più motivi di rifiuto del riconoscimento, che possono oltretutto essere invocati da tutte le autorità implicate, conformemente al principio di officialità²³. L'autorità dello Stato al quale viene

²² Di parere diverso: K. Siehr, *Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori* (cit. nota 11), pag. 487.

²³ Ad eccezione dell'art. 23 par. 2 lett. c della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (persona che pretende che una determinata misura leda la sua responsabilità genitoriale), che può essere invocato soltanto su richiesta.

chiesto il riconoscimento della misura è vincolata dagli accertamenti di fatto sui quali l'autorità dello Stato che ha adottato la misura ha fondato la propria competenza (art. 5, 6 e 25). Non vi è alcuna revisione nel merito della misura adottata (art. 27). Una revisione, limitata, è ammessa unicamente se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore (art. 23 par. 2 lett. d). Ogni persona interessata potrà chiedere alle autorità competenti di uno Stato contraente che si pronuncino sul riconoscimento o il mancato riconoscimento di una misura di protezione adottata in un altro Stato contraente (art. 24). Così facendo, essa può (ancor prima che il minore si trasferisca all'estero) accertare, a titolo precauzionale, se una misura adottata verrà riconosciuta anche nel nuovo luogo di residenza abituale del minore. La decisione di riconoscimento ha un valore puramente declaratorio, visto che la misura viene già riconosciuta di pieno diritto (art. 23 par. 1). Lo Stato richiesto determina la procedura da seguire. Le regole di competenza che figurano negli articoli 5–14 non sono applicabili. L'applicabilità delle norme riguardanti il riconoscimento e l'esecuzione (art. 23–28) anche alle misure decise da Stati non contraenti è una questione retta dalle regole internazionali di procedura civile, applicate autonomamente da ogni Stato contraente²⁴.

La dichiarazione di exequatur o la registrazione di una decisione straniera si fonda sulla legge dello Stato di esecuzione (art. 26 par. 1 e art. 28). Lo Stato di esecuzione deve applicare una procedura semplice e rapida per la dichiarazione di exequatur o la registrazione, visto che oltretutto esso è tenuto soltanto a verificare che non vi sia uno dei motivi di rifiuto di cui all'articolo 23 paragrafo 2 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (art. 26 par. 2)²⁵. Tuttavia la Convenzione non prevede nessun termine per l'esecuzione della misura. Per principio, l'autorità dello Stato richiesto non può procedere alla revisione nel merito della misura adottata (art. 27). Trattandosi dell'esecuzione vera e propria, si applica il principio secondo cui le misure dichiarate esecutive o registrate ai fini dell'esecuzione nello Stato richiesto sono eseguite in quest'ultimo come se fossero state adottate dalle proprie autorità (art. 28).

4.5 Cooperazione internazionale e autorità centrali

Spesso nella prassi in materia di protezione internazionale dei minori non si pongono tanto questioni riguardanti la competenza e il diritto applicabile, ma piuttosto problemi legati sia alla difficoltà di ottenere tutte le informazioni rilevanti per l'emanazione di una decisione, riguardanti il minore interessato e la sua situazione personale nonché finanziaria, sia all'attuazione delle misure di protezione richieste in un altro Stato.

Nella pratica, la cooperazione internazionale tra le autorità, soltanto abbozzata nella Convenzione dell'Aia del 1961 (art. 4, 5 par. 2 e 11 par. 1 di quest'ultima Convenzione), non funziona in modo soddisfacente. La Convenzione del 1996 istituisce

²⁴ Conformemente all'art. 85 cpv. 3 LDIP sottoposto a revisione, siffatte misure sono riconosciute nella misura in cui siano state prese nello Stato di residenza abituale del minore o dell'adulto (cfr. n. 7).

²⁵ Il disegno di Codice di procedura civile svizzero prevede a tal proposito una procedura sommaria (art. 333 cpv. 3 D-CPC in combinato disposto con l'art. 337 cpv. 2 D-CPC; FF 2006 6785).

invece una struttura più semplice atta a promuovere e agevolare lo scambio di informazioni e di vedute a livello internazionale e la cooperazione tra autorità e tribunali competenti per l'adozione di misure di protezione del minore (art. 29–38). La rete, con funzioni di mediazione e sostegno, formata dalle autorità centrali da istituire in ogni Stato contraente si è già rivelata efficace nell'ambito di altre Convenzioni dell'Aia (in materia di adozioni e rapimento di minori).

Le autorità centrali devono cooperare con le autorità centrali degli altri Stati contraenti, al fine di realizzare gli scopi perseguiti dalla Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (art. 30 par. 1). Devono fornire informazioni sulla legislazione dei loro Stati e sui servizi disponibili nel loro Stato in materia di protezione del minore (art. 30 par. 2). Inoltre sono tenute ad adottare, direttamente o tramite autorità pubbliche o altri organismi, tutte le disposizioni idonee ad agevolare lo scambio di comunicazioni, ad aiutare le autorità nell'ambito del trasferimento di competenza ai sensi degli articoli 8 e 9 della Convenzione, a promuovere accordi amichevoli e aiutare a localizzare il minore bisognoso di protezione (art. 31). Oltre a questi compiti generali, le autorità centrali possono anche fornire o chiedere un rapporto sulla situazione del minore e chiedere all'autorità competente del loro Stato di esaminare l'opportunità di adottare misure volte alla protezione della persona o dei beni del minore (art. 32). Per principio, ogni autorità centrale sostiene le proprie spese dovute all'applicazione delle disposizioni della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (art. 38).

L'autorità competente di uno Stato contraente è tenuta a richiedere il consenso dell'autorità estera competente, se prevede di collocare un minore in quest'ultimo Stato contraente (art. 33). Lo Stato contraente che prevede il collocamento è obbligato a rispettare questa procedura di approvazione, in caso contrario il riconoscimento della decisione di collocamento potrà essere negato (art. 23 par. 2 lett. f). Ogni Stato contraente potrà designare le autorità alle quali devono essere inviate tali domande (art. 44)²⁶. Inoltre l'autorità competente dello Stato estero deve essere informata se un minore bisognoso di protezione trasferisce la sua residenza abituale in tale Stato (art. 36). L'autorità centrale può dal canto suo rivolgersi a ogni autorità di un altro Stato contraente al fine di ottenere informazioni utili alla protezione del minore (art. 34) o chiedere di prestare la loro assistenza nell'attuazione di misure di protezione adottate in applicazione della Convenzione (art. 35 par. 1). In tal senso, le autorità competenti di uno Stato possono anche trasmettere all'autorità straniera che emanerà la decisione riguardante il diritto alle relazioni personali le informazioni o le prove relative all'idoneità di un genitore a esercitare il diritto di visita. L'autorità competente a statuire dovrà, prima di pronunciarsi, tener conto di queste informazioni, prove o conclusioni (art. 35 par. 2)²⁷. Va da sé che un'autorità non potrà chiedere o trasmettere informazioni se riterrà che detta richiesta o trasmissione potrebbe mettere in pericolo la persona o i beni del minore o costituire una grave minaccia per la libertà o la vita di un membro della sua famiglia (art. 37).

Alla stessa stregua delle autorità centrali, anche le autorità pubbliche degli Stati contraenti sostengono, per principio, le proprie spese dovute all'esecuzione dei loro compiti (ad esempio mediazione, comunicazione, rilascio di informazioni, localizza-

²⁶ Cfr. n. 4.7.

²⁷ In tal modo, rispetto all'art. 21 della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori, l'art. 35 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori rafforza ed amplia i meccanismi di cooperazione tra le autorità in caso di controversie riguardanti l'esercizio del diritto di visita.

zione di un minore, esecuzione di misure come il collocamento di un minore in una famiglia d'accoglienza o l'organizzazione di una composizione amichevole del conflitto), a meno che non sia stato convenuto tra loro un altro accordo sulla ripartizione delle spese (art. 38). Esse hanno tuttavia il diritto di richiedere spese ragionevoli corrispondenti ai servizi forniti o di esigere una partecipazione alle spese procedurali e d'assistenza giudiziaria²⁸. Gli Stati contraenti possono concludere con uno o più Stati contraenti accordi volti ad agevolare i loro rapporti reciproci e la loro cooperazione (art. 39). Essi rimangono liberi di convenire regole più liberali o di applicare unilateralmente tali regole.

La Svizzera, essendo uno Stato federale, è libera di designare più di un'autorità centrale cui indirizzare ogni comunicazione che verrà poi trasmessa all'autorità nazionale competente all'interno dello Stato (art. 29 par. 2). Le designazioni delle autorità centrali vanno comunicate all'Ufficio Permanente della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato (art. 45 par. 1). L'organizzazione decentralizzata adottata dalla Svizzera è la più confacente alla sua struttura federalista. Per questo motivo è sancita nell'articolo 1 e 2 del D-LF-RMA.

4.6 Disposizioni generali e clausole finali

Le autorità dello Stato contraente di residenza abituale del minore o dello Stato contraente in cui sia stata adottata una misura di protezione possono rilasciare al detentore della responsabilità genitoriale, su richiesta, un certificato attestante la sua qualità e i poteri che gli sono conferiti (art. 40)²⁹. Va da sé che l'insieme dei dati personali raccolti o trasmessi conformemente alla Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori vanno trattati in modo confidenziale e non possono essere usati ad altro fine se non quello di garantire la protezione del minore (art. 41 e 42). I documenti trasmessi o rilasciati in applicazione della Convenzione sono esentati dall'obbligo di legalizzazione o di ogni analoga formalità (art. 43). Gli articoli 46–49 comprendono le clausole dette degli «Stati federalisti» applicabili a quegli Stati contraenti che non dispongono di un ordinamento giuridico unitario.

Per quanto concerne il rapimento di minori e l'esercizio del diritto di visita transfrontaliero, la Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori mantiene la preminenza sulla Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (art. 50). In materia, quest'ultima Convenzione è applicabile soltanto eccezionalmente e in misura limitata e può essere applicata alternativamente o cumulativamente. Così le misure urgenti necessarie alla protezione del minore (art. 7 par. 3) decise da un tribunale dello Stato contraente in cui il minore aveva la sua residenza abituale prima di essere trasferito restano direttamente applicabili nello Stato nel quale deve fare ritorno il minore, finché le autorità di quest'ultimo Stato non hanno adottato e disposto le misure necessarie (art. 23). Inoltre, la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (art. 33–35) completa e corrobora la Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori in materia di responsabilità genitoriale e di contatti personali con il minore. All'occorrenza, è possibile che il genitore a cui è affidato il minore rapito ottenga più rapidamente il ritorno di quest'ultimo, facendo riconoscere ed eseguire le misure

²⁸ P. Lagarde, Rapporto-Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (cit. nota 11), pag. 35 n. 152.

²⁹ Cfr. n. 6.1.

adottate per garantire il suo ritorno ai sensi della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (fatto salvo l'art. 23 par. 2 e conformemente all'art. 28) nello Stato in cui il minore è stato trasferito, piuttosto che intentando una procedura di ritorno secondo la Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori, nell'ambito della quale l'autorità competente dello Stato richiesto è tenuta in particolare a verificare che non vi siano motivi, ai sensi degli articoli 12 e 13 della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori, che si oppongono al ritorno del minore.

La Convenzione dell'Aia del 1996 sostituisce la Convenzione dell'Aia del 1961 riconoscendo tuttavia le misure adottate conformemente a quest'ultima Convenzione (art. 51). Inoltre la Convenzione dell'Aia del 1996 non deroga ad altri strumenti internazionali dei quali siano Parti gli Stati contraenti, segnatamente a quelli che sono stati conclusi tra i membri dell'Unione europea (art. 52). La Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori, in particolare le sue norme sulla competenza, si applicano soltanto alle misure adottate in uno Stato dopo l'entrata in vigore della Convenzione per quello Stato (art. 53 par. 1). In altre parole, i procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore vanno portate avanti secondo le disposizioni del diritto interno. Secondo la Convenzione, il riconoscimento e l'esecuzione delle misure adottate possono aver luogo soltanto dopo l'entrata in vigore della convenzione (art. 53 par. 2). Il disciplinamento applicabile alle lingue nelle quali le comunicazioni vanno inviate alle autorità dello Stato contraente corrisponde a quello previsto nell'articolo 24 della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori e dovrebbe contribuire a eliminare un importante ostacolo in materia di cooperazione internazionale (art. 54). Uno Stato contraente può riservarsi la competenza delle sue autorità ad adottare misure volte alla protezione dei beni di un minore che si trovano sul suo territorio; inoltre non è tenuto a riconoscere una responsabilità genitoriale o una misura che sia incompatibile con una misura adottata dalle sue autorità riguardo a tali beni (art. 55). D'altro canto la Convenzione prevede che la Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato convochi periodicamente una Commissione speciale al fine di esaminare il funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (art. 56). Questi incontri regolari – previsti anche nell'ambito di altre Convenzioni come la Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori – si sono rivelati preziosi per ottimizzare l'attuazione delle disposizioni.

Le disposizioni finali (art. 57–63) disciplinano le modalità di ratifica, le dichiarazioni che possono venir formulate, l'adesione alla Convenzione e la possibilità di denunciarla, l'entrata in vigore e il depositario della Convenzione.

4.7 Riserve e dichiarazioni

L'articolo 54 paragrafo 2 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori in combinato disposto con l'articolo 60 prevede la possibilità di formulare una riserva concernente l'uso o del francese o dell'inglese come lingua per le comunicazioni. La Svizzera dovrebbe astenersi dal formulare una siffatta riserva. Anche al momento della ratifica della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori (art. 24 par. 2 in combinato disposto con l'art. 42) il nostro Paese aveva rinunciato a formulare una tale riserva per non ostacolare inutilmente la cooperazione internazionale, segnatamente nelle situazioni d'urgenza.

L'articolo 55 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori, in combinato disposto con l'articolo 60, permette agli Stati contraenti di formulare altre due riserve³⁰: anzitutto, conformemente all'articolo 55 capoverso 1 lettera a, essi possono riservarsi la competenza delle proprie autorità ad adottare misure volte alla protezione dei beni di un minore che si trovino sul loro territorio nazionale. Sarebbe opportuno che la Svizzera si astenesse dal formulare una tale riserva. In effetti, estendendo la sua competenza a scapito degli altri Stati contraenti, la Svizzera rischia di provocare proprio quei conflitti di competenza che la Convenzione intende evitare. Inoltre, la legislazione svizzera non prevede competenze tendenti unicamente alla protezione dei beni del minore e non è neppure previsto di istituire una tale competenza nei confronti degli Stati non contraenti (cfr. disegno del nuovo art. 85 cpv. 3 LDIP).

Inoltre, secondo l'articolo 55 paragrafo 1 lettera b della Convenzione del 1996, uno Stato contraente può riservarsi di non riconoscere una responsabilità genitoriale o una misura che sia incompatibile con una misura adottata dalle sue autorità riguardo ai beni del minore. In questo caso è opportuno che la Svizzera formuli – come già diversi altri Stati – una riserva, poiché non è possibile eseguire sentenze giudiziarie pronunciate da tribunali stranieri se sono in contraddizione con una sentenza svizzera.

È ben vero che il riconoscimento di una misura decisa all'estero potrebbe venir rifiutato invocando, se del caso, una violazione dell'ordine pubblico. Ma un tale rifiuto sarebbe difficilmente giustificabile, soprattutto visto che la Convenzione prevede espressamente la possibilità di formulare una riserva in merito alla questione. La Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori permette alle autorità competenti lo scambio diretto delle informazioni utili per la protezione del minore (art. 34). Gli Stati contraenti possono tuttavia dichiarare che queste domande d'informazione potranno essere inoltrate soltanto tramite la propria Autorità centrale. Ma proprio una simile restrizione potrebbe determinare ritardi inutili nel caso di situazioni d'urgenza³¹. Non è dunque opportuno designare le autorità alle quali devono essere inviate le domande previste agli articoli 8, 9 e 33 della Convenzione del 1996 (art. 44)³².

5 Convenzione dell'Aia del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti (Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti)

5.1 Campo d'applicazione

La Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti comprende disposizioni che disciplinano a livello internazionale la competenza, il diritto applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione delle misure di protezione, nonché la cooperazione internazionale nel caso di misure volte a proteggere gli adulti che non sono in grado di

³⁰ La possibilità di formulare questa riserva è stata introdotta principalmente su richiesta della Gran Bretagna per considerazioni attinenti ai diritti reali; P. Lagarde, *Rapporto-Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori* (cit. nota 11), pag. 40–41 n. 181; K. Siehr, *Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori* (cit. nota 11), pag. 485.

³¹ P. Lagarde, *Rapporto-Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori* (cit. nota 11), pag. 34 n. 145.

³² P. Lagarde, *Rapporto-Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori* (cit. nota 11), pag. 36–37 n. 159.

curare i propri interessi. La Convenzione non si occupa del diritto materiale in materia di assistenza.

La Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti³³ si applica, in fattispecie a carattere internazionale, alle persone che hanno compiuto il diciottesimo anno di età e che, a causa di alterazioni o di un'insufficienza delle facoltà personali, non sono in grado di curare i propri interessi. La Convenzione sulla protezione degli adulti è dunque complementare a quella sulla protezione dei minori. Tra gli interessi menzionati in precedenza non figurano soltanto il benessere personale e lo stato di salute dell'adulto, bensì anche i suoi interessi patrimoniali. Affinché la Convenzione sia applicabile, non è necessario che la persona bisognosa di protezione sia maggiorenne secondo il diritto nazionale, incapace di discernimento o addirittura interdetta³⁴. Il campo d'applicazione si estende anche alle misure concernenti un adulto che non aveva compiuto i 18 anni al momento della sua adozione (art. 2 par. 2). Il criterio che determina l'applicabilità della Convenzione è dunque il seguente: la misura adottata o richiesta da un'autorità statale deve essere incentrata sulla protezione di un adulto che, per motivi inerenti alla sua persona, è bisognoso di protezione. Non rispondono a questo criterio, ad esempio, le vittime di atti di violenza, purché i pregiudizi fisici o psichici patiti non richiedano misure di protezione temporanee o durature.

La Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti, oltre a essere complementare a quella sulla protezione dei minori, ha una struttura analoga. Inoltre gli obiettivi delle due Convenzioni sono formulati in modo praticamente identico. Tuttavia, visto che la seconda Convenzione prevede misure che s'indirizzano agli adulti e possono essere prese a volte addirittura contro la loro volontà, nel preambolo viene espressamente sottolineato che «l'interesse dell'adulto, nonché il rispetto della sua dignità e della sua volontà sono di rilevanza fondamentale». Per principio, l'applicabilità della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti cessa al momento del decesso dell'adulto oggetto delle misure di protezione.

Le differenze tra le due Convenzioni risiedono nel fatto che i minori sono di regola bisognosi di protezione, mentre gli adulti lo sono solo in casi eccezionali. I genitori sono inoltre primariamente responsabili della protezione di un minore, mentre può essere affidata loro la protezione di una persona adulta soltanto in via eccezionale. La Convenzione sulla protezione degli adulti opera quindi una ponderazione leggermente diversa della nozione di cittadinanza: mentre la Convenzione sulla protezione dei minori ha limitato in modo conseguente il principio dello Stato d'origine, la Convenzione sulla protezione degli adulti prevede che lo Stato d'origine resta competente qualora lo Stato di dimora non abbia emanato una decisione formale contraria (art. 7 par. 3). Questa competenza concorrente permette anche di ovviare al pericolo che deriverebbe per la libertà personale dell'adulto interessato da una

³³ Nel sito www.hchch.net (Convenzione n. 35) è possibile consultare una bibliografia attuale nonché un rapporto esplicativo dettagliato di Paul Lagarde in tedesco, francese e inglese in merito alla Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti (qui appresso: «P. Lagarde, Rapporto-Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti»).

³⁴ Kurt Siehr, Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz Erwachsener, (qui appresso: «K. Siehr, Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti»), *RabelsZ* vol. 64 (2000), pag. 721.

competenza esclusiva dell'autorità del suo luogo di residenza abituale, soprattutto se l'adulto non ha potuto sceglierlo³⁵.

Nel campo d'applicazione della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti rientrano segnatamente le decisioni concernenti la determinazione dell'incapacità e l'istituzione di un regime di protezione, la tutela o la curatela compresa la designazione e le funzioni di ogni persona o organismo incaricato di occuparsi della persona, il collocamento dell'adulto in un istituto o l'amministrazione, la conservazione o la facoltà di disporre dei beni dell'adulto (l'enumerazione di cui all'art. 3 è soltanto esemplificativa). Sono per contro elencati in modo esaustivo tutti gli ambiti esclusi dal campo d'applicazione della Convenzione, ossia gli obblighi alimentari³⁶, il matrimonio o le relazioni analoghe, le amministrazioni fiduciarie e le successioni, la previdenza sociale, le misure pubbliche di carattere generale in materia di sanità nonché le decisioni sul diritto d'asilo e in materia di immigrazione (art. 4). Invece, i poteri di rappresentanza di cui dispone una persona o un organismo per agire in questi ambiti al posto dell'adulto bisognoso di protezione ricadono sotto la Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti. Nel caso del matrimonio o di una relazione analoga, non sono gli effetti a essere esclusi dal campo d'applicazione della Convenzione, bensì la costituzione, l'annullamento e lo scioglimento nonché i regimi matrimoniali³⁷. Inoltre, tra le misure pubbliche di carattere generale in materia di sanità e di sicurezza, sono escluse soltanto quelle adottate per motivi di politica sanitaria in generale e non quelle adottate nei confronti di persone bisognose di assistenza a titolo individuale³⁸.

Gli Stati contraenti restano per principio liberi di decidere se e come accordare assistenza agli adulti bisognosi di protezione. Essi definiscono inoltre, sul piano interno, la competenza dei tribunali o delle autorità amministrative chiamate a decidere in merito all'eventuale revoca o modifica delle misure di protezione di minori che nel frattempo hanno compiuto i 18 anni (art. 2 par. 2). Nel medesimo Stato vi sono dunque più autorità che possono essere chiamate a occuparsi di queste misure ai sensi della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti. In Svizzera tale questione è retta dal diritto cantonale.

³⁵ P. Lagarde, Rapporto-Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti (cit. nota 33) pag. 9 n. 5.

³⁶ Per impedire tra l'altro l'insorgere di contraddizioni tra la Convenzione dell'Aia del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari (RS **0.211.213.01**) e la Convenzione dell'Aia del 2 ottobre 1973 concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari (RS **0.211.213.02**).

³⁷ A. Bucher, *La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes*, SZIER (di seguito: «A. Bucher, Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti»), vol. 1/2000, pag. 41.

³⁸ Si pensi, ad esempio, alle vaccinazioni obbligatorie e agli internamenti di sicurezza. Per contro, il collocamento in un istituto, segnatamente nell'ambito della privazione della libertà a fini assistenziali o un intervento medico ricadono sotto la Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti. Vedi anche A. Bucher, *Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti*, (cit. nota 37) pag. 42 segg. nonché K. Siehr, *Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti* (cit. nota 34) pagg. 727–728.

La Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti parte dal principio che le autorità, sia giudiziarie sia amministrative, dello Stato contraente ove risiede abitualmente l'adulto sono competenti ad adottare le misure volte a proteggerlo; essa ammette tuttavia una competenza sussidiaria nei casi d'urgenza secondo il principio dello Stato d'origine, del luogo in cui si trovano i beni dell'adulto e della competenza (art. 5 segg.). Il termine «autorità» designa soltanto le autorità pubbliche, non le associazioni o le organizzazioni non governative. Come nella Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori, anche in questa Convenzione non è stata definita la nozione di «residenza abituale». Proprio gli adulti possono avere diversi luoghi di residenza abituali, ad esempio, se hanno l'abitudine di passare la stagione invernale in regioni con un clima più clemente o se, per motivi professionali, traslocano sovente. La Convenzione non si occupa dunque di questo tipo di situazioni. Quando risulta impossibile determinare il luogo di residenza principale fondandosi sulla durata del soggiorno dell'adulto e sui legami che intrattiene, la competenza di adottare le misure di protezione spetta alle autorità della località in cui l'adulto in questione ha l'abitudine di soggiornare e in cui ha stabilito il centro dei suoi interessi vitali.

In caso di trasferimento transfrontaliero della residenza abituale dell'adulto in un altro Stato contraente – anche quando è già in corso un procedimento³⁹ – sono competenti le autorità dello Stato di nuova abituale residenza (art. 5 par. 2). Per gli adulti rifugiati e gli adulti la cui residenza abituale non può essere accertata, sono per contro competenti le autorità dello Stato contraente sul cui territorio tali adulti bisognosi di protezione si verranno a trovare a causa del loro trasferimento (competenza in caso di necessità ai sensi dell'art. 6). Se ritengono di essere meglio in grado di valutare l'interesse del loro cittadino, e se questi non è un rifugiato ai sensi dell'articolo 6 paragrafo 1 della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti, le autorità di uno Stato contraente di cui l'adulto possiede la cittadinanza sono tenute ad avvisare le autorità effettivamente competenti prima di adottare misure tendenti alla protezione della persona o dei beni dell'adulto. Le autorità sinora effettivamente competenti possono tuttavia opporsi in modo limitato all'esercizio della competenza – sempre sussidiaria – fondata sulla cittadinanza, segnatamente quando un procedimento è pendente dinanzi a loro, indipendentemente dal fatto se le misure perseguite dalle due autorità riguardano la medesima questione (art. 7 par. 2). Per contro le autorità degli Stati contraenti competenti ai sensi degli articoli 5 e 6 potranno, dopo essersi reciprocamente consultate, chiedere alle autorità di altri Stati contraenti di adottare misure di protezione globale o specifiche dell'adulto, se ritengono che ciò sia nell'interesse della persona o dei beni dell'adulto (art. 8). La competenza fondata sul luogo in cui si trovano i beni da proteggere riveste, nel caso dell'adulto, una portata pratica decisamente superiore che non nel caso dei minori (art. 9). Come nella Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori, l'articolo 10 della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti prevede una competenza concorrente, ma sussidiaria, delle autorità dello Stato contraente sul cui territorio si trova l'adulto di adottare le misure di protezione necessarie in casi d'urgenza; tali autorità ne informano a titolo volontario le autorità dello Stato contraente di residenza abituale dell'adulto (art. 10). La nozione di urgenza va interpretata in modo restrittivo e non si applica in ambito medico, a meno che l'adulto non necessiti imperativamente di

³⁹ K. Siehr, *Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti* (cit. nota 34), pag. 729.

un intervento chirurgico⁴⁰. Infine, la Convenzione sancisce, in via eccezionale, che le autorità dello Stato contraente sul cui territorio l'adulto si trova saranno competenti ad adottare misure di protezione aventi un carattere del tutto provvisorio e un'efficacia territoriale ristretta a quello Stato; tale competenza può essere esercitata soltanto nei confronti della persona e non dei suoi beni e non richiede l'esistenza di una situazione d'urgenza (art. 11). Anche questa competenza va esercitata in modo restrittivo. Una tale situazione può, ad esempio, presentarsi quando un adulto necessita temporaneamente assistenza in seguito a un infortunio, una malattia o all'abuso di stupefacenti. Tutte le misure adottate – anche soltanto provvisoriamente – da un'autorità competente resteranno in vigore nei limiti loro propri, anche quando un mutamento delle circostanze dovesse far scomparire l'elemento sul quale si fondava la competenza, fintantoché le autorità competenti ai sensi della Convenzione non le avranno modificate, sostituite o abolite (art. 12).

5.3 Diritto applicabile

Il principio applicabile è il seguente: l'autorità di uno Stato contraente che si occupa della protezione di un adulto o dei suoi beni applica la propria legge interna («lex fori»). Tuttavia, eccezionalmente, essa potrà applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato col quale la situazione presenti uno stretto legame (art. 13). Tuttavia, se una misura o un compito di rappresentanza adottati da uno Stato contraente andranno attuati in un altro Stato contraente perché, ad esempio, l'adulto bisognoso di protezione ha trasferito la sua residenza abituale in quest'altro Stato, le condizioni di applicazione di queste misure sono regolate dalla legge di quest'ultimo Stato (art. 14). Il termine «legge» designa la legislazione in vigore in uno Stato, ad esclusione delle norme sul conflitto di leggi (art. 19).

Una particolarità è costituita dal caso in cui un adulto conferisce, a titolo precauzionale, a una persona di sua scelta un potere di rappresentanza⁴¹ esercitabile soltanto a partire dal momento in cui egli non sia più in grado di curare e tutelare i propri interessi, perdendo dunque l'esercizio dei diritti civili (art. 15). Tale potere di rappresentanza può essere conferito per mezzo di un accordo, una manifestazione di volontà o un atto unilaterale e riguardare unicamente la persona dell'adulto o i suoi beni o ambedue. I poteri di rappresentanza immediatamente esercitabili non sono disciplinati dalla Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti. A meno che l'adulto non abbia designato espressamente per scritto un'altra legge (la Convenzione limita tuttavia le leggi ammesse), l'esistenza, l'ampiezza, la modifica e l'estinzione dei poteri di rappresentanza conferiti da un adulto sono regolate dalla legge dello Stato in cui l'adulto risiede abitualmente alla data dell'accordo o dell'atto unilaterale. Per quanto concerne le modalità d'esercizio dei poteri di rappresentanza, esse sono invece imperativamente rette dalla legge dello Stato in cui sono esercitati. In questo caso, una qualsiasi scelta del diritto applicabile è esclusa. Il mandante può suddividere i compiti del suo rappresentante e subordinarli a leggi distinte, ad esempio nel caso in cui i suoi beni si trovino sul territorio di Stati diversi. Non tutti gli

⁴⁰ P. Lagarde, Rapporto-Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti (cit. nota 33) pag. 46 n. 78.

⁴¹ Esempi: gestione patrimoniale, continuazione di determinati negozi giuridici, divieto di accettare il dono di un organo o del sangue, direttive anticipate del paziente, diritto di consultare l'anamnesi.

Stati conoscono questo tipo di mandato. Spetta dunque al mandante sincerarsi che il diritto a cui ha deciso di subordinare i suoi poteri di rappresentanza permetta di conferirli validamente e, all'occorrenza, di scegliere un altro diritto che renda valido il suo atto. Quando questi poteri di rappresentanza non sono esercitati in modo tale da garantire un'adeguata protezione della persona o dei beni dell'adulto, l'autorità competente può modificarli o revocarli. All'atto di revocare o modificare tali poteri di rappresentanza, va presa in considerazione nella misura del possibile la legge determinante (art. 16). Come nel caso dell'articolo 19 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e al fine di garantire la validità dell'atto, l'articolo 17 della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti disciplina la protezione dei terzi in buona fede che, in occasione della stipulazione di un atto con un'altra persona, non erano al corrente che quest'ultima disponeva della qualità di rappresentante legale.

Le disposizioni della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti in merito al diritto applicabile valgono segnatamente anche se la legge che esse designano è quella di uno Stato non contraente (art. 18). È fatta salva la possibilità di sancire l'applicabilità esclusiva del diritto di uno Stato contraente (cfr. ad es. art. 14). Il principio che si applica all'occorrenza è quello dell'esclusione del rinvio a un altro diritto estero (art. 19). La Convenzione riserva in modo generale l'applicazione imperativa delle disposizioni di legge dello Stato in cui occorre proteggere l'adulto (art. 20). Alla stessa stregua, essa prevede una riserva per il caso in cui l'applicazione della legge che essa designa sia manifestamente contraria all'ordine pubblico (art. 21).

5.4 Riconoscimento ed esecuzione

Come nel caso della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori, anche la Convenzione sulla protezione degli adulti opera una distinzione tra il riconoscimento delle misure adottate dalle autorità di un altro Stato contraente, la dichiarazione di *exequatur* o la registrazione ai fini dell'esecuzione e l'esecuzione vera e propria⁴². Le misure adottate dalle autorità di uno Stato contraente saranno riconosciute di pieno diritto negli altri Stati contraenti (art. 22 par. 1). La Convenzione non subordina tale riconoscimento a presupposti formali, ad esempio la presentazione di un atto ufficiale. Quanto all'articolo 26, esso vieta formalmente all'autorità dello Stato richiesto di procedere a una revisione nel merito del diritto applicato e della misura adottata dallo Stato richiesto.

Lo Stato richiesto può – ma non deve – negare il riconoscimento diretto delle misure adottate dalle autorità di un altro Stato contraente nei cinque seguenti casi elencati esaustivamente (art. 22 par. 2):

- se la misura è stata adottata da un'autorità la cui competenza non era sufficiente (l'autorità dello Stato richiesto è tuttavia vincolata dagli accertamenti di fatto sulle quali l'autorità dello Stato che ha adottato la misura ha fondato la propria competenza; art. 24);

⁴² Si raccomanda di utilizzare i modelli elaborati dalla Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato (www.hcch.net).

- se la misura è stata adottata, tranne nel caso d’urgenza, senza aver dato all’adulto la possibilità di essere sentito, in violazione dei principi fondamentali di procedura dello Stato richiesto;
- se il riconoscimento è manifestamente contrario all’ordine pubblico o a una disposizione della legge dello Stato richiesto;
- se la misura è incompatibile con una misura adottata successivamente nello Stato non contraente; e
- se la procedura di consultazione obbligatoria prevista dall’articolo 33 in vista del collocamento dell’adulto in un altro Stato contraente non è stata rispettata.

Ogni interessato può chiedere alle autorità competenti di uno Stato contraente che si pronuncino sul riconoscimento o il mancato riconoscimento di una misura adottata in un altro Stato contraente per determinare, ad esempio a titolo precauzionale, l’eseguità di quest’ultima (art. 23). Tuttavia, in tal modo non è possibile chiarire la questione dell’efficacia dei poteri di rappresentanza conferiti da un adulto che successivamente perde la sua capacità civile⁴³.

Se comportano atti esecutivi in un altro Stato contraente, le misure adottate in uno Stato contraente e in esse esecutive saranno dichiarate esecutive o registrate ai fini dell’esecuzione in quest’altro Stato, su richiesta di una parte interessata, secondo una procedura semplice e rapida (art. 25). Le decisioni straniere dichiarate esecutive sono eseguibili in tutti gli Stati contraenti, a meno che non vi siano motivi di rifiuto ai sensi dell’articolo 22 paragrafo 2. Infine, le misure adottate in uno Stato contraente e dichiarate esecutive o registrate ai fini dell’esecuzione in un altro Stato contraente sono eseguite in quest’ultimo come se fossero state adottate dalle proprie autorità (art. 27). In tale contesto occorre rispettare i limiti posti dalla legge interna e, se del caso, modificare le misure sconosciute dal diritto interno al fine di garantirne, nel limite del possibile, l’esecuzione.

5.5 Cooperazione internazionale e autorità centrali

La Svizzera applica la Convenzione dell’Aia del 5 ottobre 1961 concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minorenni per analogia anche alle persone maggiorenne (art. 85 cpv. 2 LDIP). Come già rilevato in merito alla Convenzione dell’Aia sulla protezione dei minori (vedi supra n. 4.5), la prassi instaurata dalla Convenzione dell’Aia del 1961 per l’attuazione internazionale di misure di protezione è insoddisfacente. Al fine di rafforzare la cooperazione internazionale, anche la Convenzione sulla protezione degli adulti obbliga gli Stati contraenti a designare una o più autorità centrali che hanno il compito di garantire l’informazione generale e la cooperazione in tutti gli ambiti previsti dalla Convenzione (art. 28). Le disposizioni riguardanti i loro compiti riprendono praticamente alla lettera quelle previste per le autorità centrali in materia di protezione dei minori (art. 30–31 della Convenzione dell’Aia sulla protezione dei minori) con l’unica differenza che non vi è previsto alcun obbligo di agevolare la protezione dell’adulto con la mediazione, la conciliazione od ogni altra modalità analoga. Tuttavia, esse possono comunque inco-

⁴³ P. Lagarde, Rapporto-Convenzione dell’Aia sulla protezione degli adulti (cit. nota 33) pag. 76 n. 124.

raggiare gli sforzi che consentono una composizione extragiudiziarria dei conflitti (art. 31). Per motivi legati soprattutto ai costi, non abbiamo voluto dare un carattere imperativo a tale compito. Per il resto, e segnatamente per quanto concerne la designazione e i compiti delle autorità centrali, è possibile rinviare alle considerazioni espresse precedentemente in merito alla Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (cfr. supra n. 4.5).

Se la situazione dell'adulto lo richiede, le autorità competenti di uno Stato contraente possono domandare ad ogni autorità di un altro Stato contraente che detenga informazioni utili per la protezione dell'adulto di comunicargliele (art. 32). Tuttavia, le autorità dello Stato richiesto restano libere di prestare o no l'assistenza sollecitata, segnatamente quando si tratta di rispettare le norme di diritto interno in materia di protezione dei dati e l'obbligo del segreto professionale. Gli Stati contraenti potranno formulare una dichiarazione secondo cui siffatte domande d'informazione vanno presentate soltanto tramite la propria autorità centrale. Nel limite del possibile sarebbe però opportuno rinunciare a una simile dichiarazione, al fine di garantire una cooperazione rapida e diretta, segnatamente quando si tratta di adottare misure di protezione d'urgenza. Quest'assistenza reciproca rivestirà notevole importanza pratica soprattutto nel caso in cui l'adulto bisognoso di protezione si trasferisce in un altro Stato contraente o in previsione di un suo collocamento in un istituto idoneo situato sul territorio di un altro Stato contraente. Nel secondo caso la Convenzione prevede persino una consultazione preliminare dell'autorità competente di quest'ultimo Stato (art. 33). Se questa procedura non venisse rispettata, lo Stato richiesto può rifiutare il riconoscimento della misura di collocamento (art. 22 par. 2 lett. e). Da notare in questo caso una differenza rispetto alla Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori: la decisione di collocamento potrà essere presa nello Stato richiedente soltanto se l'autorità centrale o un'altra autorità competente dello Stato richiesto non avrà manifestato la propria opposizione entro un termine ragionevole. L'articolo 33 paragrafo 2 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori chiede invece il consenso esplicito dell'autorità dello Stato richiesto.

Se in uno Stato contraente sono state o stanno per essere adottate misure volte a proteggere un adulto esposto a un grave pericolo e quest'ultimo sta per trasferire la sua residenza in un altro Stato, le autorità del primo Stato sono tenute a informare le autorità competenti del secondo Stato del pericolo e delle eventuali misure già adottate. L'obbligo di informare si applica anche nei confronti di uno Stato non contraente nel quale l'adulto abbia trasferito la sua residenza. Va da sé che lo scambio di informazioni non deve mettere in pericolo la persona o i beni dell'adulto bisognoso di protezione, ad esempio, se si tratta di un rifugiato (art. 35).

Le autorità centrali e le altre autorità pubbliche degli Stati contraenti sosterranno le spese occorse nell'esecuzione dei propri compiti; esse potranno tuttavia esigere la rifusione di spese ragionevoli corrispondenti ai servizi forniti (art. 36). Ne fanno segnatamente parte le spese per l'infrastruttura, per la trasmissione delle informazioni, per le ricerche, per la localizzazione dell'adulto, per gli sforzi volti a promuovere accordi amichevoli e i costi d'esecuzione delle misure. Per «autorità pubbliche» s'intendono le autorità amministrative degli Stati contraenti e non i tribunali. Le spese di giustizia e di patrocinio sono dunque escluse dal campo di applicazione di questa disposizione⁴⁴. Gli Stati contraenti potranno concludere tra loro accordi volti

⁴⁴ P. Lagarde, *Rapporto-Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti* (op. cit. nota 33) pag. 76 n. 142.

ad agevolare la cooperazione, segnatamente per quanto concerne la ripartizione delle spese (art. 37). Non è ammessa alcuna disparità di trattamento in materia di partecipazione alle spese tra i propri cittadini adulti bisognosi di protezione e gli stranieri nella medesima situazione.

5.6 Disposizioni generali e clausole finali

Ogni persona alla quale è stata affidata la protezione della persona o dei beni di un adulto potrà chiedere il rilascio di un certificato attestante la sua qualità e i poteri che le sono conferiti, affinché possa legittimarsi validamente in tutti gli altri Stati contraenti (art. 38)⁴⁵. Anche se facoltativo, il rilascio di un siffatto certificato riveste un ruolo indubbiamente importante sul piano pratico. In questo documento non è necessario indicare se i poteri di rappresentanza sono stati conferiti dall'adulto medesimo o se risultano da una misura di protezione adottata dall'autorità competente. Il certificato può anche limitare espressamente i poteri e addirittura escluderne esplicitamente alcuni. Il certificato può essere rilasciato soltanto dalle autorità dello Stato contraente nel quale è stata adottata la misura o è stato confermato il potere di rappresentanza. A differenza della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (art. 40), la Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti non sancisce una competenza delle autorità dello Stato contraente di residenza abituale. Il motivo consiste nel fatto che, in materia di protezione degli adulti, la competenza delle autorità dello Stato di residenza abituale non riveste un'importanza preminente come nel quadro della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori. È così possibile ridurre il rischio che le autorità di diversi Stati possano rilasciare certificati contraddittori. È ben vero che il certificato ha un effetto probatorio limitato, tuttavia, fino a prova contraria, la qualità e i poteri indicati nel certificato sono considerati validi a decorrere dalla data del certificato (art. 38 par. 2). Se però successivamente i poteri di rappresentanza sono modificati o annullati, il terzo in buona fede che avesse stipulato un atto con il rappresentante dell'adulto beneficerà soltanto di una protezione limitata, con riferimento alla data indicata sul certificato e ai limiti previsti dall'articolo 17 della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti. Dato che vi è il rischio costante che gli atti possano essere impugnati con successo, incombe al terzo sincerarsi che i poteri di rappresentanza indicati nel certificato siano ancora efficaci.

Tutti i dati personali raccolti e trasmessi conformemente alla Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti, in particolare quelli registrati elettronicamente, vanno trattati in modo confidenziale (art. 39 e 40). Tutti i documenti utilizzati sono esentati dall'obbligo di legalizzazione (art. 41). Tra questi figurano segnatamente le informazioni rilasciate per scritto, le decisioni emanate dai tribunali e dalle autorità amministrative nonché i certificati rilasciati conformemente all'articolo 38.

Ogni Stato contraente può – ma non deve – designare le autorità alle quali vanno indirizzate le domande previste dall'articolo 33 (delega della competenza di decidere un collocamento) e dall'articolo 8 (delega di competenza a un'autorità più idonea a prendere misure di protezione). La Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti non si applica ai conflitti tra ordinamenti giuridici diversi esistenti in seno al

⁴⁵ Cfr. n. 6.1.

medesimo Stato contraente⁴⁶ e definisce inoltre la legge applicabile nel caso in cui uno Stato è costituito da diverse unità territoriali, ciascuna con un proprio ordinamento giuridico (art. 44–47). La Convenzione dell’Aia sulla protezione degli adulti non deroga ad altri strumenti internazionali⁴⁷ e non pregiudica le possibilità per gli Stati contraenti di concludere accordi tra loro in questo ambito (art. 49). Conformemente alle sue disposizioni transitorie, la Convenzione dell’Aia sulla protezione degli adulti si applica esclusivamente alle misure di protezione adottate in uno Stato dopo la sua entrata in vigore per quello Stato; esse devono essere riconosciute negli altri Stati soltanto se sono state adottate dopo l’entrata in vigore della Convenzione, nell’ambito dei rapporti fra lo Stato in cui siano state adottate le misure e lo Stato richiesto (art. 50). Ogni comunicazione va inviata nella lingua originale dello Stato da cui proviene e accompagnata da una traduzione nella lingua ufficiale dello Stato destinatario o, quando tale traduzione sia difficilmente realizzabile, da una traduzione in francese o in inglese. Tuttavia gli Stati contraenti potranno opporsi all’uso del francese o dell’inglese formulando una riserva (art. 51). Infine anche la Convenzione dell’Aia sulla protezione degli adulti prevede la convocazione periodica della Commissione speciale al fine di esaminare il funzionamento della Convenzione e, all’occorrenza, di apportarvi miglioramenti (art. 52).

Le clausole finali (art. 53–59) concernono le ratifiche, le adesioni, le dichiarazioni di riserva, l’entrata in vigore e la denuncia della Convenzione nonché le notifiche che incombono al depositario).

5.7 Riserve e dichiarazioni

L’articolo 51 paragrafo 2 della Convenzione dell’Aia sulla protezione degli adulti in combinato disposto con il suo articolo 56 permette a ogni Stato contraente di formulare una riserva concernente l’uso o del francese o dell’inglese come lingua per le comunicazioni. Come nel quadro della Convenzione dell’Aia sulla protezione dei minori, anche in questo caso la Svizzera dovrebbe astenersi dal formulare una simile riserva (cfr. supra n. 4.7). Non vi è motivo di procedere diversamente nel caso della Convenzione dell’Aia sulla protezione degli adulti.

6 La legge federale sul rapimento internazionale di minori e sulle Convenzioni dell’Aia sulla protezione dei minori e degli adulti (LF-RMA)

6.1 Autorità centrali della Confederazione e dei Cantoni (art. 1–2)

La Convenzione dell’Aia sulla protezione dei minori e la Convenzione dell’Aia sulla protezione degli adulti prevedono ambedue l’istituzione di autorità centrali e la cooperazione internazionale tra queste autorità in materia di protezione dei minori e degli adulti. La Svizzera, Stato federale, ha la possibilità di designare più di una

⁴⁶ Ad esempio la Gran Bretagna, la Spagna e gli Stati Uniti.

⁴⁷ Inoltre sostituisce la Convenzione dell’Aia del 17 luglio 1905 sull’interdizione e le misure di protezione analoghe, che la Svizzera non ha mai firmato (art. 48 Convenzione dell’Aia sulla protezione degli adulti).

autorità centrale; essa deve tuttavia designare un'unica Autorità centrale cui indirizzare ogni comunicazione che verrà poi trasmessa all'autorità centrale competente all'interno dello Stato (art. 29 par. 2 Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori). Le designazioni di queste autorità centrali vanno comunicate all'Ufficio Permanente della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato (art. 45 par. 1 Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori).

Dal momento che in Svizzera sono esclusivamente le autorità cantonali e comunali a occuparsi materialmente della protezione dei minori e degli adulti, occorre istituire – come previsto dall'articolo 2 capoverso 2 della legge federale del 22 giugno 2001 relativa alla Convenzione dell'Aia sull'adozione e a provvedimenti per la protezione del minore nelle adozioni internazionali (LF-CAA, RS 211.221.31) – autorità centrali cantonali per l'applicazione della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e della Convenzione dell'Aia per la protezione degli adulti (ma non per la Convenzione europea sull'affidamento e la Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori). Tali autorità sono segnatamente tenute a garantire la trasmissione transfrontaliera di comunicazioni e documenti alle autorità e ai tribunali direttamente interessati, in Svizzera e all'estero, e ad assicurare il reciproco scambio di pareri. Sul piano interno, inoltre, incomberà loro promuovere il coordinamento delle azioni intraprese dalle autorità cantonali e comunali incaricate della protezione dei minori e degli adulti. Al fine di accelerare la procedura, la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (ma anche la Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti) permette alle autorità competenti in materia di protezione dei minori e ai tribunali di comunicare direttamente con un interlocutore all'estero chiaramente designato, per accordarsi, ad esempio, sulla competenza, per scambiare informazioni necessarie a valutare la pertinenza delle misure volte a proteggere il minore, attribuire la responsabilità genitoriale, chiedere un rapporto su un minore all'estero o anche soltanto per verificare l'opportunità e la proporzionalità di una misura. Le suddette autorità manterranno, per principio, anche la competenza di occuparsi delle procedure – previste dalla Convenzione – di riconoscimento (facoltative) e di esecutività delle misure di protezione adottate all'estero e di collocamento all'estero.

L'Autorità centrale della Confederazione assumerà una funzione di coordinamento e di centro di contatto. In seno alla Confederazione è già attiva un'Autorità centrale in materia di rapimento internazionale di minori (integrata nel Servizio di protezione internazionale di minori presso l'Ufficio federale di giustizia). Essa non è soltanto incaricata di vegliare all'applicazione della Convenzione dell'Aia del 1961 e della Convenzione dell'Aia del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e di occuparsi della cooperazione in materia di adozione internazionale, bensì anche, conformemente alla Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori e alla Convenzione europea sull'affidamento, di trattare i casi di rapimento internazionale di minori e i conflitti transfrontalieri in materia di diritto di visita. Appare dunque giustificato attribuire a questa autorità anche compiti legati all'informazione e al coordinamento nell'ambito delle relazioni internazionali risultanti dalla ratifica della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti, nonché di rappresentare la Svizzera in occasione di incontri internazionali, come già avviene nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sul rapimento di minori, della Convenzione europea del 1980 sull'affidamento e della Convenzione dell'Aia del 1993 sull'adozione. In veste di interlocutrice delle autorità centrali e dei servizi stranieri, l'Autorità centrale della Confederazione dovrà inoltre trasmettere le comunicazioni alle autorità competenti all'estero o in Svizzera e fornire alle autorità estere informa-

zioni sulla legge svizzera nonché su autorità e istituzioni elvetiche specializzate in materia di protezione dei minori. Infine l'Autorità centrale della Confederazione deve assistere le autorità centrali dei Cantoni, assolvendo alla sua funzione di consulenza e di coordinamento, come già avviene in modo efficace per l'attuazione della Convenzione dell'Aia del 1993 sull'adozione. Essa deve in particolare vegliare affinché le nuove Convenzioni vengano applicate in modo uniforme. Tuttavia, l'Autorità centrale della Confederazione si occupa soltanto marginalmente dei procedimenti nei casi concreti poiché quest'ultime restano di competenza dei Cantoni.

Secondo gli articoli 40 della Convenzione dell'Aia del 1996 e 38 della Convenzione dell'Aia del 2000, le autorità degli Stati contraenti sono libere di rilasciare al detentore della responsabilità genitoriale, su sua richiesta, un certificato attestante la sua qualità e i poteri che gli sono conferiti. Un siffatto documento⁴⁸ dovrebbe assumere una certa rilevanza dal punto di vista pratico vista la sempre maggiore mobilità che caratterizza la nostra società e, in particolare, nei casi in cui il minore o l'adulto bisognoso di protezione possiedono beni all'estero. È dunque giudizioso che i Cantoni, per facilitare la presentazione di queste domande, designino una o più autorità competenti per il rilascio del certificato.

6.2 Specialisti e istituzioni (art. 3)

L'Autorità centrale della Confederazione provvede, in collaborazione con i Cantoni, a mettere a disposizione specialisti e istituzioni qualificate di cui avvalersi per consulenza, conciliazione e mediazione, in particolare nell'ambito di casi di rapimento di minori (art. 7 par. 2 lett. c della Convenzione dell'Aia sul rapimento di minori, art. 31 lett. b della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori) o per rappresentare gli interessi del minore. Per la Confederazione non si tratta di finanziare la formazione del personale incaricato di fornire consulenza o di mediatori, bensì di istituire e mantenere una sorta di rete formata da istituzioni e specialisti già esistenti e provvedere affinché sia possibile attuare un reale scambio di esperienze. L'Autorità centrale della Confederazione può affidare questo compito anche a un ente privato (cpv. 2). L'onere finanziario previsto per la Confederazione dovrebbe ammontare a circa 30 000 franchi all'anno. Questo importo permetterebbe di creare e mantenere una cooperazione istituzionalizzata nella forma di una rete di specialisti, ma anche di coprire i costi risultanti da alcune conciliazioni in casi specifici ed eventualmente anche nel caso di rapimenti dalla Svizzera o da Stati non contraenti della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori e della Convenzione europea sull'affidamento oppure verso il territorio di tali Stati.

Nel singolo caso, in una prima fase, occorre creare i contatti con tutte le persone disposte a cooperare e con gli specialisti adatti, in Svizzera e all'estero, effettuando in seguito un'analisi di base della situazione e del conflitto, in modo da identificare i problemi chiave posti nel caso concreto. In una seconda fase sarà possibile strutturare la vera e propria consulenza, conciliazione o mediazione, in cui potranno essere coinvolte anche le autorità e i tribunali esteri che si occupano del caso. Gli specialisti della rete dovranno restare a disposizione anche dopo la conclusione del procedi-

⁴⁸ Si raccomanda di utilizzare sempre il medesimo modulo per il certificato ricorrendo, ad esempio, al modello allestito dalla Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato (www.hchc.net).

mento, qualora occorresse chiarire determinati punti o appianare dissidi, così da giungere a una soluzione del conflitto in via amichevole e duratura.

6.3 Procedura di conciliazione o di mediazione (art. 4)

I litigi legati al ritorno di minori rapiti sono estremamente opprimenti per tutte le persone coinvolte e possono dare origine a procedimenti lunghi e onerosi. Una composizione rapida, in via amichevole e duratura del conflitto è prioritaria, non da ultimo per considerazioni legate al bene del minore. L'iniziativa può partire dall'autorità centrale. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, spetterà al tribunale agire, non appena gli è stata notificata la domanda in vista della consegna (dall'autorità centrale o direttamente dal richiedente, art. 8 cpv. 1).

Va attribuita particolare importanza alla partecipazione attiva di tutti gli interessati. Anche il minore va coinvolto. Potrebbe talvolta rivelarsi difficile persuadere a venire in Svizzera anche il genitore residente in un Paese lontano (a causa per esempio degli ingenti costi di viaggio o della necessità di assentarsi dal lavoro). Oltre ai costi del viaggio, un altro ostacolo per tali persone può essere costituito dal timore di essere coinvolto in un procedimento penale (denunce per mancato versamento degli obblighi alimentari, accuse di maltrattamenti ai danni del minore ecc.). La presenza del genitore agevolerebbe tuttavia la composizione del caso, anche se oggi esistono mezzi di comunicazione efficaci (ad esempio la videoconferenza). Nel limite del possibile, gli impedimenti del genitore vanno chiariti (in particolare le autorità di perseguimento penale possono valutare l'opportunità del rilascio di un salvacondotto) e in casi eccezionali va accordato anche un sostegno finanziario, considerando che una composizione amichevole del conflitto permette di conseguire notevoli risparmi, in particolare di spese di giustizia e di patrocinio.

6.4 Ritorno e interesse del minore (art. 5)

Al fine di garantire un'applicazione della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori conforme all'interesse del minore, è necessario che il legislatore chiarisca in quali casi non deve essere ordinato il ritorno del minore, per evitare di porre quest'ultimo in una situazione manifestamente intollerabile. La disciplina prevista dall'articolo 5 non intende sostituire quella dell'articolo 13 paragrafo 1 lettera b della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori. Con l'espressione «in particolare» si vuole indicare che si tratta soltanto di un caso di applicazione, per quanto importante, che non impedisce però la possibilità di avvalersi della norma di diritto internazionale.

La precisazione legislativa si riferisce ai casi in cui il collocamento presso il genitore che chiede il ritorno non corrisponde manifestamente all'interesse del minore (art. 5 lett. a). Altrimenti, in particolare se il richiedente è il genitore detentore unico dell'autorità genitoriale o se a tale genitore potrebbe essere affidata questa responsabilità, in linea di principio non ci si deve attendere che in caso di ritorno il minore verrebbe a trovarsi in una situazione intollerabile, e non vi è quindi motivo di rifiutare il ritorno. La situazione è ben diversa se il tribunale giunge al convincimento che il richiedente non è manifestamente in grado di prendersi cura del minore.

Se l'alloggio del minore presso il richiedente non entra manifestamente in linea di conto, la problematica relativa all'eventuale ritorno del minore nel Paese di provenienza assume contorni diversi, a seconda che il genitore rapitore (molto spesso la madre) sia o no in grado di riaccompagnare il figlio (art. 5 lett. b). Se non è in grado di accompagnarlo, poiché ad esempio in tale Paese il genitore rapitore deve attendersi di scontare una pena detentiva che comporterebbe la separazione dal minore, o se esiste una relazione familiare molto intensa con la Svizzera (ad esempio in seguito a matrimonio o a causa dello stato di necessità in cui versa un altro membro della famiglia residente in Svizzera), la situazione può rivelarsi pericolosa per l'equilibrio psicofisico del minore, il quale in caso di ritorno dovrebbe vivere separato da entrambi i genitori. Una tale separazione può essere sostenibile unicamente in casi estremi e rappresenta una vera e propria *ultima ratio*.

Un secondo gruppo di casi nei quali il ritorno del minore può essere valutato soltanto alla luce della sua relazione con il genitore rapitore concerne le situazioni in cui, considerate le circostanze complessive, non si può manifestamente pretendere che il genitore rapitore si prenda cura del figlio nello Stato in cui il minore ha vissuto immediatamente prima del rapimento (art. 5 lett. b). Non è sufficiente che il genitore rapitore o che trattiene il minore dichiari semplicemente di rifiutarsi di far ritorno in tale Paese. Deve trattarsi di una situazione d'emergenza, nell'ambito della quale non ci si può oggettivamente aspettare che il genitore rapitore ritorni con il figlio nel luogo della sua precedente dimora per attendervi una decisione giudiziaria riguardo al regolamento definitivo dell'autorità parentale. Da un lato si pensa ai casi in cui, in caso di ritorno, alla madre non può essere garantita un'accoglienza sicura e finanziariamente sopportabile al di fuori dell'abitazione dell'ex partner. D'altro lato la situazione concerne anche i casi in cui è manifesto che il genitore che richiede il ritorno non può assumersi l'affidamento del minore o non può ottenerlo in via giudiziaria, mentre il genitore rapitore è chiaramente quello che esercita a titolo primario il diritto di custodia. In un simile caso, di regola, il minore dovrebbe essere riaccompagnato nel Paese di provenienza per attendervi l'attribuzione definitiva dell'autorità parentale al genitore rapitore, con cui far quindi immediato ritorno in Svizzera. La causa di un simile andirivieni è unicamente la necessità di rispettare la normativa eccessivamente severa che attribuisce la competenza alle autorità del precedente luogo di dimora abituale. La lettera e lo spirito della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori non contemplano una simile soluzione, inconciliabile con il bene del minore. La situazione deve tuttavia essere chiara per il tribunale svizzero che si occupa della domanda in vista del ritorno. Se la situazione di fatto non è chiara, il tribunale statuirà che il ritorno del genitore rapitore nel Paese di provenienza è ragionevolmente esigibile e che, di conseguenza, non ne risulterà per il minore una situazione intollerabile tale da configurare il motivo di rifiuto previsto dall'articolo 13 paragrafo 1 lettera b della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori.

Se il ritorno comporta una separazione dal genitore rapitore o che lo trattiene (perché quest'ultimo non può ritornare o ciò non può essergli imposto), il ritorno è ragionevole soltanto se dei terzi potranno prendersi cura del minore. Una simile soluzione può essere perseguita e ordinata dal tribunale svizzero soltanto se non è manifestamente contraria all'interesse del minore (art. 5 lett. c). Questa terza condizione presuppone che la separazione dal genitore rimasto in Svizzera sia sopportabile dal minore, ciò che può essere il caso qualora anche la relazione con tale genitore sia conflittuale e la famiglia d'accoglienza sia in grado di offrire al minore migliori

garanzie di protezione e sviluppo. Resta il fatto che una simile soluzione deve entrare in linea di conto unicamente quale *ultima ratio*.

Un ritorno conforme al bene del minore e in particolare le condizioni enumerate nell'articolo 13 della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori presuppongono sotto diversi aspetti una conoscenza della situazione giuridica e di fatto nel Paese di provenienza. Per l'accertamento dei fatti, le parti e in particolare entrambi i genitori sono tenuti a fornire la loro collaborazione. In questo contesto assume particolare rilevanza l'audizione personale, effettuata per legge dal tribunale (art. 9 cpv. 1–2). Le nuove disposizioni sulla procedura e la collaborazione con le autorità competenti nel Paese di provenienza sono altrettanto importanti. Il tribunale deve accertarsi se e quando il ritorno del minore potrà essere eseguito (art. 10 cpv. 2). La mancata riuscita di tale accertamento o la riuscita parziale influirà indirettamente sulla valutazione delle conseguenze per il minore di un eventuale ritorno. La situazione può essere analoga quando le autorità competenti nel Paese di provenienza non sono in grado di dare solide garanzie riguardo all'accoglienza e alla protezione del minore, in particolare se vi sono fondati dubbi quanto alla capacità del richiedente di assumersi da solo la presa a carico del minore. La corrispondente disposizione dell'articolo 10 è direttamente in relazione con l'applicazione pratica dell'articolo 5.

6.5 Misure di protezione (art. 6)

Se necessario, il tribunale disciplina per tutta la durata della procedura di ritorno anche il diritto di visita del genitore rimasto nel Paese di provenienza. Questo primo contatto serve anche a instaurare un clima di fiducia con il tribunale e può facilitare eventuali colloqui di conciliazione futuri.

Se un minore portato o trattenuto illecitamente in Svizzera è minacciato fisicamente e/o psichicamente, se rischia di essere nascosto o trasferito in uno Stato terzo o se, a causa della litigiosità dei genitori, su di lui incombe un procedimento lungo e inutilmente oneroso che si protrae fino a un ritorno forzato, occorre adottare e ordinare rapidamente tutte le misure di protezione o i provvedimenti cautelari necessari.

Il tribunale adito, oltre a regolare le relazioni personali durante la procedura e a nominare un rappresentante del minore, ordina in linea di principio anche le misure necessarie a proteggere il minore, segnatamente anche i provvedimenti cautelari (art. 6 cpv. 1).

In alcuni casi può rivelarsi opportuno nominare al minore un curatore per la durata della procedura (art. 9 cpv. 3) o adottare altre misure di protezione, anche se al tribunale cantonale competente non è stata ancora presentata una domanda in vista del ritorno. Se si tratta di un caso di rapimento di cui è venuta a conoscenza, l'autorità centrale e le parti interessate devono essere in grado di chiedere a tale tribunale di adottare le misure di protezione necessarie (art. 6 cpv. 2). Ciò dovrebbe in particolare permettere al minore di disporre di un rappresentante in grado di tutelare i suoi interessi nell'ambito di una procedura di conciliazione o di mediazione ordinata dall'autorità centrale.

Nel caso di rapimento di un minore, la durata spesso ancora eccessiva delle procedure giudiziarie e di esecuzione – nella maggior parte vengono adite più istanze – è contraria al principio di celerità (art. 2 e 11 par. 2 della Convenzione dell’Aia sul rapimento dei minori, art. 14 della Convenzione europea sull’affidamento) e non favorisce il bene del minore. A livello cantonale dovrà essere pertanto prevista un’istanza unica (art. 7 cpv. 1). Poiché i procedimenti nell’ambito della Convenzione dell’Aia sul rapimento dei minori e della Convenzione europea sull’affidamento possono essere impugnate fino dinanzi al Tribunale federale, l’istanza in questione deve essere l’autorità cantonale di ricorso (Tribunale superiore, Tribunale cantonale)⁴⁹.

La competenza di questa istanza cantonale si estende a tutte le decisioni che devono essere emanate in relazione a un figlio portato o trattenuto illecitamente in Svizzera. Oltre all’esame delle domande in vista del ritorno, tali decisioni comprendono anche tutte le misure di protezione necessarie, inclusa la regolamentazione delle relazioni personali tra genitori e figlio durante la procedura e, fino alla conclusione di un’eventuale procedura di esecuzione, la nomina di un rappresentante del minore nonché le decisioni relative all’esecuzione del ritorno. Se la decisione cantonale relativa al ritorno del minore viene impugnata dinanzi al Tribunale federale, quest’ultimo è competente per l’adozione di eventuali misure cautelari fino alla fine della procedura di ricorso (art. 104 LTF). Contrariamente all’auspicio espresso dal Tribunale federale, non è opportuno derogare al principio dell’unità della procedura di ricorso, visto che una simile deroga potrebbe complicare e prolungare la procedura che, di norma, dura al massimo sei settimane. La corte cantonale è competente per nuove proposte ai sensi degli articoli 14 e 15. Se il ritorno viene definitivamente rifiutato, la competenza di tutelare gli interessi del minore è trasferita ai tribunali ordinari.

È competente per territorio il tribunale del Cantone nel quale il minore soggiornava abitualmente (art. 7 cpv. 1). Anche qui vale il principio secondo cui la competenza, una volta determinata dal trasferimento del criterio di collegamento decisivo, resta acquisita (*perpetuatio fori*). In alcuni casi ciò può rivelarsi poco pratico, soprattutto quando il nuovo luogo di dimora del minore si trova in un’altra regione del Paese. Il tribunale competente deve pertanto avere la possibilità di chiedere alla corte preposta al rapimento di minori nel nuovo luogo di dimora se è disposta ad assumersi il caso. Se la risposta è affermativa e se anche le parti acconsentono a trasmettere il caso al tribunale del nuovo luogo di dimora, la competenza può essere assunta dalla nuova corte (art. 7 cpv. 2).

La possibilità di trasferire un caso in un altro Cantone, con il consenso delle parti e del tribunale richiesto, è data anche se si tratta di un caso estremamente complesso per il quale il tribunale competente non dispone delle conoscenze specifiche necessarie. In simili casi è meglio cedere la competenza del caso al tribunale preposto di un Cantone confinante, se dispone di maggiori conoscenze specifiche e se tale corte e le parti acconsentono (art. 7 par. 2).

⁴⁹ Cfr. art. 75 cpv. 2 della legge federale del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale (LTF), entrata in vigore il 1° gennaio 2007 (RS 173.110).

6.7

Procedura giudiziaria (art. 8)

Il tribunale è tenuto ad avviare una procedura di conciliazione o di mediazione al fine di giungere rapidamente a una soluzione in via amichevole del conflitto, a meno che non vi abbia già provveduto l'Autorità centrale della Confederazione (art. 8 cpv. 1). Nell'impostare la procedura di conciliazione o di mediazione, gli interessati si attengono alle direttive fissate dall'autorità e alle modalità di negoziazione acquisite nella prassi. In tale contesto occorre tenere in particolare considerazione la sensibilità del minore e le sollecitazioni emozionali dei genitori. Conformemente al principio di celerità sancito dalla Convenzione dell'Aia (nel limite del possibile, l'insieme della procedura non dovrebbe durare più di sei settimane; cfr. art. 11 della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori) il tribunale deve fissare dei limiti di tempo per questi tentativi. Il tribunale viene informato della conclusione della procedura di conciliazione o di mediazione. Elementi di fatto o affermazioni degli interessati possono essere comunicati al tribunale soltanto con il consenso delle persone coinvolte.

Se il tentativo di conciliazione o di mediazione non ha successo, inizia la vera e propria procedura giudiziaria di accertamento dei fatti, che secondo il principio di celerità (art. 11 par. 2 della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori, art. 14 della Convenzione europea sull'affidamento) va conclusa con una procedura semplice e rapida. In attesa dell'entrata in vigore del Codice di procedura civile svizzero, è prevista l'applicazione di una procedura sommaria (art. 8 cpv. 2, cfr. anche art. 297 lett. a D-CPCS).

I richiedenti possono anche rivolgersi direttamente ai tribunali, senza passare per le autorità centrali in Svizzera o all'estero (art. 29 della Convenzione dell'Aia sul rapimento di minori). L'Autorità centrale della Confederazione può svolgere correttamente la sua funzione informativa, di mediazione e di collegamento soltanto se viene costantemente informata sui casi pendenti e sull'avanzamento del procedimento. Il tribunale è pertanto tenuto a riferire riguardo alle fasi essenziali del procedimento e a comunicare la decisione all'Autorità centrale (art. 8 cpv. 3). In vista di procedimenti secondo la Convenzione dell'Aia del 1980, l'Autorità centrale può inoltre, di sua iniziativa o su richiesta dell'Autorità centrale del Paese di provenienza, esigere un'esposizione dei motivi per cui il caso non ha potuto essere archiviato entro il termine di sei settimane (art. 11 par. 2 della Convenzione dell'Aia sul rapimento di minori). L'Autorità centrale ha anche il diritto di partecipare alla procedura cantonale, nella misura in cui la decisione potrebbe violare la legislazione federale applicabile al suo campo d'attività (art. 111 cpv. 2 LTF).

6.8

Audizione e rappresentanza del minore (art. 9)

Se possibile, il tribunale sente personalmente le parti (art. 9 cpv. 1). Il viaggio in Svizzera del genitore richiedente che vive all'estero va agevolato, se del caso anche finanziariamente. La presenza di entrambi i genitori può essere decisiva per la comprensione della situazione del minore. Al genitore che vive lontano dal nostro Paese va possibilmente risparmiato un doppio viaggio in Svizzera. La procedura va pertanto organizzata in modo che, qualora fallissero i tentativi di conciliazione, si possa immediatamente dare avvio alla procedura di accertamento dei fatti mediante l'audizione delle parti.

L'audizione del minore avviene d'ufficio (art. 9 cpv. 2), a meno che la sua età o altri motivi gravi vi si oppongano. Per il resto, per quel che concerne l'attuazione dell'audizione ed eventuali eccezioni, va osservata la prassi sviluppatasi in relazione agli articoli 144 capoverso 2 e 314 numero 1 CC. Il tribunale può affidare l'audizione a specialisti che dispongono della necessaria esperienza (ad esempio secondo l'art. 3).

Il tribunale è tenuto a designare una persona che rappresenti il minore (art. 9 cpv. 3). In qualità di curatore va designata una persona esperta in questioni assistenziali e giuridiche che può proporre conclusioni e interporre rimedi giuridici nonché rappresentare il minore nel corso dell'intera procedura, fino al momento dell'eventuale esecuzione del ritorno. Il curatore non soltanto deve disporre delle conoscenze giuridiche applicabili ai casi di rapimento di minori, ma deve essere anche adatto a prestare loro consulenza, deve sapere ascoltare il minore e deve dimostrare sensibilità per la sua origine culturale, sociale e familiare. Nella scelta del rappresentante del minore, i tribunali devono verificare questi requisiti e vegliare affinché, in virtù della sua esperienza, il curatore sia in grado di tutelare gli interessi del minore in modo indipendente e senza subire eccessivamente l'influsso dei genitori. Gli specialisti e le istituzioni menzionate nell'articolo 3 devono facilitare l'accesso a persone qualificate in grado di rappresentare i minori.

6.9 Collaborazione internazionale (art. 10)

Un modo particolarmente utile per ottenere informazioni sulla situazione che attende il minore in caso di ritorno è la presa di contatto con le autorità locali, solitamente mediata dalle autorità centrali svizzere. Il tribunale cantonale competente può in particolare aver bisogno di ottenere da una fonte neutrale le informazioni sulle condizioni di accoglienza del minore presso il richiedente o in un altro luogo in cui il figlio dovrà vivere dopo il ritorno, oppure nel luogo in cui potrebbe essere collocato presso terzi. Se tali informazioni non si rivelano soddisfacenti al fine di tutelare il bene del minore, occorre chiedere alle autorità competenti dello Stato di provenienza se sono disposte a ordinare o a garantire l'adozione delle misure necessarie alla protezione del minore. La decisione concernente la domanda in vista del ritorno esige una conoscenza quanto più completa della situazione che attende il minore.

L'accertamento giudiziario dei fatti consiste essenzialmente nello stabilire se e in che modo il minore può essere ricondotto nello Stato in cui dimorava abitualmente immediatamente prima di essere trasferito o trattenuto illecitamente (art. 10 cpv. 2). Anche se l'audizione personale degli interessati permette di acquisire importanti informazioni, occorre sfruttare tutti i canali disponibili. A tal proposito è particolarmente utile il contatto garantito dall'autorità centrale e quello con gli specialisti per facilitare la raccolta di informazioni relative alla situazione nel Paese di provenienza. Al fine di garantire un ritorno del minore rapido e sicuro, il tribunale dovrà pure chiarire chi lo accompagnerà in occasione del viaggio di ritorno nonché esaminare le future condizioni di collocamento, di mantenimento e le misure di protezione necessarie.

6.10 Decisione di ritorno (art. 11)

Se decide in favore della parte richiedente, e ordina quindi il ritorno del minore, il tribunale regola anche i dettagli dell'esecuzione in modo che non occorra un nuovo procedimento giudiziario (art. 11 cpv. 1). La decisione di ritorno e l'ordine di esecuzione valgono per tutta la Svizzera (art. 11 cpv. 2) e non possono più essere messi in discussione, nemmeno in caso di trasferimento del domicilio in un altro Cantone.

Le misure di esecuzione vanno ordinate in modo che possano essere messe in atto anche in caso di ritardo causato da un ricorso al Tribunale federale. Se non possono essere messe in atto, il Tribunale federale adotta i nuovi provvedimenti necessari. Nella definizione delle singole misure va tenuto conto che l'esecuzione deve essere effettuata in considerazione del bene del minore e che all'organo preposto all'esecuzione vanno concessi l'opportunità e il tempo necessari al fine di favorire un ritorno spontaneo (art. 12 cpv. 2). Si raccomanda di consultare l'autorità cantonale d'esecuzione competente e l'autorità centrale.

6.11 Esecuzione (art. 12)

Per quanto riguarda in particolare l'esecuzione del ritorno all'estero di un minore rapito, le autorità comunali e distrettuali a volte dispongono di scarsa esperienza o non ne dispongono affatto. Il disegno prevede che i Cantoni designino un'autorità unica in grado di acquisire le conoscenze specifiche e le competenze necessarie per eseguire queste decisioni di ritorno (art. 12 cpv. 1) e le misure di protezione previste dall'articolo 6.

Come il ritorno in quanto tale, anche la sua esecuzione deve avvenire in modo da non causare traumi al minore e non mettere a repentaglio il suo equilibrio psicofisico. Per questo va tenuto conto dell'interesse del minore (art. 12 cpv. 2).

L'esecuzione spontanea è il miglior modo per tutelare l'interesse del minore. Le parti sono invitate ad adoperarsi in via amichevole in favore del ritorno, evitando in tal modo che l'esecuzione sia affidata a terzi.

6.12 Modifica della decisione di ritorno (art. 13)

Analogamente alle misure di protezione dei minori in generale, entro certi limiti ben definiti deve essere possibile rivalutare anche una decisione che ordina il ritorno. Se vi sono state chiare lacune nell'accertamento delle circostanze che fondano la decisione, resta aperta la via della revisione prevista dal diritto procedurale applicabile. Possono insorgere però anche nuovi fatti che mutano le circostanze in modo essenziale, tanto da rendere necessaria una nuova valutazione (art. 13 cpv. 1). La nuova valutazione non deve però andare oltre i limiti fissati dalla Convenzione. Come in ogni altro procedimento in materia di rapimento di minori, anche in questa fase valgono gli stessi motivi contrari al ritorno. Di regola si verifica una situazione che potrebbe comportare una modifica della decisione di ritorno soltanto se tra tale decisione e la sua esecuzione (fallita o non richiesta) è trascorso un certo tempo. Le nuove circostanze possono riguardare un mutamento essenziale della situazione familiare del minore per quel che concerne uno dei due genitori o addirittura entrambi, della situazione della persona o dell'istituzione chiamata a occuparsene o

ad accoglierla, o concernere un importante peggioramento delle condizioni nello Stato estero in cui il minore dovrebbe far ritorno. In simili casi va anzitutto sospesa l'esecuzione della decisione originaria di ritorno. La nuova procedura soggiace alle disposizioni della Convenzione e della legge. Se il tribunale ritiene che i nuovi fatti adottati non siano sufficienti per rifiutare un ritorno, la decisione originaria è confermata e le misure di esecuzione vengono conseguentemente adeguate. Se si decide in via definitiva di rifiutare il ritorno, l'esecuzione viene annullata e la decisione di ritorno in quanto tale viene revocata.

In presenza di circostanze straordinarie e imprevedibili, può verificarsi una situazione in cui l'esecuzione deve essere sospesa o differita. Si pensi ad esempio a una malattia del minore o di una persona vicina che è stata designata per accompagnarlo. Può trattarsi anche di difficoltà imprevedute verificatesi nel Paese verso cui è previsto il ritorno, quali guerre, catastrofi naturali o malattia che colpiscono le persone designate per l'accoglimento del minore.

6.13 Spese (art. 14)

Questa disposizione si riferisce all'articolo 26 della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori e all'articolo 5 della Convenzione europea sull'affidamento, che stabiliscono che per gli interessati l'attività dell'autorità centrale e dei tribunali è in linea di principio gratuita. Occorre rilevare inoltre che, nel quadro delle procedure che rientrano nel campo d'applicazione della Convenzione dell'Aia sul rapimento di minori, la prassi svizzera in materia non garantisce la gratuità se lo Stato che esige il ritorno del minore ha a sua volta presentato una riserva a questo principio (art. 26 par. 2 in combinato disposto con art. 42 della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori: cosiddetto principio di reciprocità). L'articolo 14 della LF-RMA – costituendo una modifica rispetto alla giurisprudenza del Tribunale federale – che l'articolo 26 paragrafo 2 della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori si applica anche alle procedure di ricorso davanti al Tribunale federale⁵⁰. I miglioramenti procedurali previsti possono comportare costi supplementari, in particolare per quel che concerne l'organizzazione della rete di specialisti (art. 3), i tentativi di conciliazione e di mediazione (art. 4) e l'assistenza finanziaria al richiedente, in modo da permettergli di comparire di persona in Svizzera. A tali costi va tuttavia contrapposto un guadagno proporzionalmente molto più rilevante in caso di conseguimento di una soluzione amichevole del conflitto. Non soltanto si risparmiano grosse sofferenze al minore, ma anche gli organi statali, i servizi sociali e le assicurazioni vengono sgravati dai costi che un ritorno forzato comporta e che possono insorgere anche dopo l'esecuzione del ritorno, quando il fanciullo subisce danni psichici o fisici che immancabilmente si ripercuotono sullo Stato o sulle assicurazioni.

⁵⁰ Considerato mezzo di ricorso straordinario, il ricorso di diritto pubblico era finora escluso dal campo d'applicazione di questa disposizione; DTF 131 III 334 segg., 344. Questa prassi è stata oggetto di critiche; cfr. Carla Schmid, *Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen. Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998–2002*, AJP 2002 pag. 1325–1339 (1337); Bema. A. Bucher, *SZIER 2002 pag. 312 seg.*, 2003 pag. 419–421, 2005 pag. 425, AJP 2002 pag. 478 seg., 2005 pag. 115, 751.

6.14

Modifiche del diritto vigente

L'articolo 85 capoverso 1 LDIP fa riferimento alla Convenzione dell'Aia del 5 ottobre 1961 concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minorenni. Questo rinvio andrà sostituito con quello relativo alla Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori. Secondo il vigente articolo 85 capoverso 2 LDIP, la Convenzione del 1961 si applica per analogia anche a questioni relative alla protezione degli adulti. Questo rimando va rivisto sotto un duplice aspetto. Da un lato, come detto, il rimando non si riferirà più alla Convenzione del 1961, bensì a quella del 1996. Dall'altro, oggi la protezione degli adulti è espressamente disciplinata dalla Convenzione del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti. Non è quindi più necessario applicare per analogia le disposizioni previste per la protezione dei minori. Per quel che concerne la protezione degli adulti, il rinvio deve riferirsi alla citata Convenzione del 2000. La Convenzione del 1961 resta applicabile in relazione agli Stati contraenti che non hanno ratificato la Convenzione del 1996 (art. 51 Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori).

Secondo l'articolo 85 capoverso 3 LDIP, i tribunali o le autorità svizzeri sono inoltre competenti se lo esige la protezione di una persona o dei suoi beni. Questa disposizione viene mantenuta. In tal modo le autorità svizzere potranno continuare ad adottare misure nei confronti di minori e adulti bisognosi di protezione residenti all'estero (come prevede l'attuale art. 4 della Convenzione del 1961), purché ciò sia concesso dalle autorità dello Stato in cui i minori o gli adulti hanno la dimora abituale. Sono soprattutto interessate da questa norma le persone di cittadinanza svizzera che hanno la loro dimora abituale in uno Stato non contraente.

Per quel che concerne la competenza di adottare misure nonché il riconoscimento e l'esecuzione di misure e decisioni estere, l'applicazione delle due Convenzioni si limita essenzialmente ai rispettivi Stati contraenti. Nella LDIP vi è quindi una lacuna nel riconoscimento di misure e decisioni estere adottate in Stati non contraenti, lacuna colmata grazie al nuovo capoverso 4.

7

Motivazione e valutazione della soluzione proposta

La protezione dei minori e degli adulti bisognosi di protezione è un'esigenza fondamentale di ogni ordinamento giuridico. In considerazione della crescente mobilità, la Svizzera è interessata a non perdere di vista questo obiettivo anche nell'ambito del diritto internazionale privato. È pertanto positivo il fatto che le Convenzioni dell'Aia del 1996 e del 2000 e la legislazione di attuazione in materia di rapimento internazionale di minori stabiliscano in modo vincolante la disciplina di diritto internazionale privato in materia di protezione del minore e degli adulti. Non da ultimo uno dei vantaggi delle Convenzioni dell'Aia è che non prevedono un campo d'applicazione limitato all'Europa.

Analizzate nell'ottica del diritto internazionale privato, sia la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori sia la Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti corrispondono al diritto svizzero vigente nonché al pensiero giuridico del nostro Paese. Ciò vale in particolare per il sempre più sensibile ridimensionamento della

nozione di cittadinanza nell'ambito della protezione dei minori e degli adulti. Se nel quadro della Convenzione del 1961 rivestiva ancora un ruolo importante (cfr. n. 1), questo principio è tuttavia sempre più sovente oggetto di critiche. Nella Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e nella Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti questa nozione viene sostituita dalla regola secondo cui l'autorità competente e il diritto applicabile sono quelli dello Stato contraente nel quale il minore o l'adulto ha la sua residenza abituale. Ambedue le Convenzioni tengono dunque conto del fatto che i tribunali e le autorità amministrative di tale Stato sono generalmente più adatte a garantire una protezione ideale dei minori e a fornire un'assistenza idonea agli adulti bisognosi di protezione.

Il ridimensionamento della nozione di cittadinanza comporta una diminuzione degli usuali conflitti di diritto internazionale privato⁵¹. In contropartita, la cooperazione tra le autorità che si occupano della protezione dei minori e degli adulti nei diversi Paesi assume sempre maggiore rilevanza.

Con la ratifica della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti, la Svizzera s'impegna a riconoscere il «mandat d'inaptitude» (art. 15). Anche questo riconoscimento è perfettamente in linea con la prevista revisione del Codice civile (cfr. n. 1), che intende disciplinare in modo esplicito sia il mandato precauzionale sia anche le direttive anticipate del paziente (art. 360–373 D-CC, FF 2006 6526). Se vi fosse un conflitto tra gli impegni internazionali assunti dalla Svizzera e le disposizioni imperative del diritto interno, prevarrebbero comunque quest'ultime, poiché l'articolo 20 della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti dichiara esplicitamente salva la loro applicabilità (art. 20).

Nella misura in cui regolano questioni attinenti alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e delle misure, le Convenzioni sulla protezione dei minori e degli adulti sono immediatamente applicabili («self executing»). In altri termini, non è necessario attuarle e concretizzarle in una legge federale. Come sinora è sufficiente un rinvio all'articolo 85 LDIP. Diversa è la situazione per quanto concerne le disposizioni delle due Convenzioni sull'istituzione delle autorità centrali e sulla cooperazione internazionale tra autorità in materia di protezione dei minori e degli adulti. In questo caso occorre dunque che una legge federale chiarisca le modalità secondo le quali la Svizzera intende adempiere gli impegni internazionali assunti nell'ambito della protezione dei minori e degli adulti. Questa legge permetterà di definire in modo chiaro e preciso le varie competenze e responsabilità, anche perché nelle due Convenzioni sono sovente regolate in termini molto generici. Una disciplina simile figura anche nella legge federale relativa alla Convenzione dell'Aia sull'adozione e a provvedimenti per la protezione del minore nelle adozioni internazionali (segnatamente negli art. 2–3 LF-CAA). Infine, l'emanazione di una legge per l'attuazione delle Convenzioni sulla protezione dei minori e degli adulti permette di garantire un coordinamento ottimale con l'esecuzione della

⁵¹ Sono fatti salvi gli strumenti internazionali meno recenti che obbligano la Svizzera a tenere conto del principio della cittadinanza in misura più ampia di quanto non sia previsto dalla Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e dalla Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti (art. 52 par. 1 della Convenzione dell'Aia del 1996 e art. 49 par. 1 della Convenzione del 2000). Concretamente si pensi ad esempio a disposizioni che disciplinano il diritto delle persone e il diritto di famiglia contenute nella Convenzione di domicilio del 25 aprile 1934 tra la Confederazione Svizzera e l'impero di Persia (art. 8 par. 3 e 4; RS **0.142.114.362**; DTF **130 III 410** segg.).

Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori e la Convenzione europea sull'affidamento.

8 Ripercussioni finanziarie e sull'effettivo del personale

8.1 Per la Confederazione

In caso di approvazione delle Convenzioni sulla protezione dei minori e degli adulti, l'Autorità centrale della Confederazione assumerà compiti supplementari che genereranno un maggior onere di lavoro per i servizi incaricati. Sulla base delle precedenti esperienze in materia di rapimenti internazionali di minori e adozioni nonché di applicazione della Convenzione del 1961, acquisite dall'Autorità centrale insediata nell'Ufficio federale di giustizia, i nuovi compiti renderanno necessaria la creazione di un posto supplementare a tempo pieno.

Inoltre, per mantenere attiva la rete di esperti e istituzioni, si stima che saranno necessari circa 30 000 franchi (cfr. n. 6.2.).

8.2 Per i Cantoni e Comuni

I Cantoni saranno chiamati a trattare direttamente, come già avviene nel caso dell'esecuzione della Convenzione del 1961, i casi concreti in materia di protezione dei minori e degli adulti con implicazioni a livello internazionale. I Cantoni che sinora dispongono di strutture decentralizzate dovranno designare un'autorità centrale. Nella maggior parte dei casi si tratterà di un servizio amministrativo già esistente, ad esempio l'autorità centrale che attualmente si occupa dell'applicazione della CAA. La ripartizione delle competenze in base a regole chiare e il rafforzamento della cooperazione internazionale dovrebbero permettere di agevolare l'adempimento dei compiti delle autorità cantonali previsti dalla Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e dalla Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti. Inoltre, i Cantoni che raramente sono chiamati a trattare casi con implicazioni internazionali avranno la possibilità di collaborare con altri Cantoni che in materia dispongono di maggiore esperienza e, come già avviene per la CAA, di procedere allo scambio delle esperienze acquisite in seno ai gruppi di lavoro intercantonali. Il principio della gratuità ai sensi dell'articolo 38 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e dell'articolo 36 della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti non si applica né alle procedure giudiziarie né al gratuito patrocinio.

Sebbene rimangano competenti in materia di organizzazione giudiziaria, i Cantoni saranno comunque tenuti a procedere ad alcuni adeguamenti di natura organizzativa, necessari per l'attuazione della nuova legge federale. Tuttavia la designazione dei tribunali cantonali superiori come istanze uniche, e dunque la rinuncia alle vie di ricorso sul piano cantonale, dovrebbe comportare un'economia di personale e minori oneri finanziari. L'obbligo di tentare una composizione in via amichevole dei conflitti (procedura di conciliazione e di mediazione) prima dell'avvio di un procedimento giudiziario e d'esecuzione potrebbe accorciare quest'ultimo o renderlo addirittura superfluo, permettendo di attuare notevoli risparmi. V'è invece da attendersi

un aumento dei costi risultante dalla nomina di un curatore al minore incaricato di difenderne gli interessi.

8.3 Per l'economia

L'istituzione di un'autorità centrale a livello di Confederazione e di tutti i Cantoni nell'ambito della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti si tradurrà in maggiori spese per le finanze pubbliche. Tuttavia a questo inconveniente si contrappongono i benefici, non quantificabili, che il rafforzamento della cooperazione internazionale e l'agevolazione dell'assistenza giudiziaria reciproca in questo ambito comporterà per i minori e gli adulti bisognosi di protezione nonché per le autorità incaricate di prendere le misure.

Le nuove regole procedurali applicabili nel caso di rapimento internazionali di minori permetteranno di risolvere i conflitti in modo più rapido e adeguato al bene del minore. Esse potranno pure contribuire a una composizione in via amichevole e duratura, così da evitare ai minori interessati ripetuti sradicamenti, la rottura dei rapporti con uno dei genitori o misure d'esecuzione forzate traumatiche.

9 Programma di legislatura

Il disegno di legge sul rapimento dei minori non è stato menzionato nel programma di legislatura 2003–2007. Tuttavia, come già menzionato nei numeri da 2.2. a 2.4, è imperativo legiferare in materia al fine di permettere l'attuazione delle Convenzioni sul rapimento internazionale dei minori. In considerazione della somiglianza materiale dei testi, è stata presa la decisione di approvare contemporaneamente la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e la Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti.

10 Aspetti giuridici

10.1 Competenze della Confederazione

Il decreto di approvazione si fonda sull'articolo 54 capoverso 1 della Costituzione federale⁵² che affida alla Confederazione l'intera competenza degli affari esteri e le accorda il diritto di concludere trattati internazionali con l'estero. Ai sensi dell'articolo 166 capoverso 2 della Costituzione federale, ambedue le Convenzioni necessitano dell'approvazione dell'Assemblea federale.

La competenza legislativa della Confederazione di emanare la legge proposta si fonda sull'articolo 122 della Costituzione federale.

⁵² RS 101

10.2 Referendum facoltativo

Giusta l'articolo 141 capoverso 1 lettera d della Costituzione federale, i trattati internazionali sono sottoposti al referendum facoltativo se sono di durata indeterminata e indenunciabili, se prevedono l'adesione a un'organizzazione internazionale, se comprendono disposizioni importanti che contengono norme di diritto o per l'attuazione dei quali è necessaria l'emanazione di leggi federali. Sulla base dell'articolo 22 capoverso 4 della legge sul Parlamento del 13 dicembre 2002⁵³, contiene norme di diritto una disposizione che, in forma direttamente vincolante e in termini generali ed astratti, impone obblighi, conferisce diritti o determina competenze. Una norma è quindi importante quando dovrebbe essere oggetto di una procedura legislativa formale ai sensi del diritto interno conformemente all'articolo 164 capoverso 2 della Costituzione federale. Ambedue le Convenzioni dell'Aia sono denunciabili in ogni momento e non prevedono l'adesione a un'organizzazione internazionale. Per applicarle è tuttavia necessario emanare regolamentazioni a livello di leggi, ad esempio la designazione di autorità centrali (art. 29–30 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori, art. 28–29 della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti). Di conseguenza le Convenzioni sottostanno a referendum facoltativo.

Dal punto di vista formale la nuova legge federale proposta costituisce parte integrante del decreto che approva e attua le due Convenzioni sulla protezione dei minori e degli adulti (Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori, Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti). Tale modo di procedere si fonda sull'articolo 141a capoverso 2 della Costituzione federale. Tuttavia sarebbe anche stato ipotizzabile sottoporre separatamente la legge e le due Convenzioni dell'Aia summenzionate all'approvazione delle Camere, visto che tale legge comprende disposizioni per l'attuazione della Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori e della Convenzione europea sull'affidamento che la Svizzera ha già ratificato. Dal momento però che il disegno di legge comprende anche norme volte a concretizzare le due Convenzioni sottoposte al Parlamento per approvazione, abbiamo preferito adottare la soluzione prevista dall'articolo 141a capoverso 2 della Costituzione federale.

10.3 Compatibilità con gli obblighi internazionali della Svizzera

Nell'ambito della protezione dei minori la Svizzera è legata ad altri Stati unicamente dalla Convenzione del 5 ottobre 1961 concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori, che verrà esplicitamente sostituita dalla Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (art. 51). La Convenzione del 1961 continuerà ad applicarsi nelle relazioni tra la Svizzera e gli Stati non contraenti alla Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori.

Il presente disegno di legge federale tiene segnatamente conto delle garanzie procedurali sancite dagli articoli 6 e 8 CEDU. La nuova legge, prendendo spunto dalla Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo (cfr. segnatamente l'art. 12 Conv. diritti del fanciullo), accorda anche maggiore rilevanza all'audizione del minore e

⁵³ RS 171.10

alla rappresentanza dei suoi interessi rispetto a quanto non faccia attualmente il Codice civile (cfr. art. 144 segg.).

La ratifica della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori e della Convenzione dell'Aia sulla protezione degli adulti come pure il presente disegno di legge non pongono problemi dal profilo del diritto europeo. In seno all'Unione europea, il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2007, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (cosiddetto «Bruxelles II bis»)⁵⁴ è in vigore dal 1° marzo 2005. Tuttavia tale regolamento non sostituisce e non è in concorrenza con la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori, visto che non disciplina il riconoscimento di decisioni prese dalle autorità di Stati terzi e non comprende norme di conflitto volte a determinare la legge applicabile.

⁵⁴ GUL 338 del 23.12.2003, pag. 1