

Suprema Corte di Cassazione

sezione I

sentenza 22 luglio 2014, n. 16648

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella – Presidente

Dott. DIDONE Antonio – Consigliere

Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria – Consigliere

Dott. CRISTIANO Magda – Consigliere

Dott. ACIERNO Maria – rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 19516/2013 proposto da:

(OMISSIS) (c.f. (OMISSIS)), elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso l'avvocato (OMISSIS), che la rappresenta e difende, giusta procura a margine del ricorso;

– ricorrente –

contro

(OMISSIS) (c.f. (OMISSIS)), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso l'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato (OMISSIS), giusta procura in calce al controricorso;

– controricorrente –

contro

PUBBLICO MINISTERO PRESSO IL TRIBUNALE PER I MINORENNI DI FIRENZE, PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE;

– intimati –

avverso il decreto del TRIBUNALE PER I MINORENNI di FIRENZE, depositato il 23/04/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 29/04/2014 dal Consigliere Dott. MARIA ACIERNO;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato (OMISSIS) che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per il controricorrente, l'Avvocato (OMISSIS) che ha chiesto l'inammissibilità o il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CARESTIA Antonietta, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

### **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Ai sensi della Legge n. 64 del 1994, articolo 7, la madre del minore (OMISSIS) presentava all'Ufficio Centrale per la Giustizia Minorile la richiesta volta ad ottenere il rientro in Brasile del proprio figlio. Il Pubblico Ministero avviava il procedimento. L'autorità Centrale Italiana accertava che il minore risultava residente a (OMISSIS) con il padre nell'abitazione familiare ove l'intero nucleo familiare, composto anche della moglie e di un altro figlio minore, era anagraficamente residente. I genitori, regolarmente coniugati ed i figli minori avevano vissuto a (OMISSIS) fino all'(OMISSIS). In tale periodo l'istante per esigenze di lavoro si recava in Brasile con tutto il nucleo familiare e rientrava in Italia nel (OMISSIS). Secondo la prospettazione dell'istante, il rientro aveva il solo scopo di vendere l'abitazione familiare ma, fallita questa possibilità, il padre unilateralmente, pur avendo richiesto ed ottenuto un visto permanente in Brasile ed avendo concordato con la moglie di lavorare e risiedere in Brasile, rimaneva in Italia con il figlio (OMISSIS) mentre la madre rientrava con l'altro figlio minore più piccolo.

Il padre forniva una versione del tutto diversa. Produceva certificato medico in data (OMISSIS), copia del passaporto del figlio con visto turistico e telegrammi inviati alla moglie al fine di richiedere il rientro in Italia dell'altro figlio.

Nel giudizio davanti al Tribunale per i minorenni si costituivano entrambe le parti.

L'istante riferiva che si era recata unitamente al marito presso la scuola del figlio per richiedere il nulla osta al trasferimento del figlio presso istituto scolastico brasiliano. Denunciava che l'iscrizione successiva alla scuola italiana era avvenuta senza il suo consenso.

Il marito contestava di aver richiesto insieme alla moglie il predetto nulla osta nonche' di aver manifestato la volonta' di trasferirsi in Brasile. Sosteneva infine che entrambi i genitori erano d'accordo sull'iscrizione del minore alla scuola di (OMISSIS). Veniva acquisita la richiesta di nulla osta che risultava sottoscritta esclusivamente dalla madre.

In conclusione, la parte istante sosteneva che il marito era stato pienamente consenziente al trasferimento dell'intera famiglia in Brasile, tanto da aver sostenuto l'esame di portoghese e richiesto l'omologazione del titolo universitario oltre ad aver inviato curricula lavorativi e sostenuto colloqui.

Il marito invece sosteneva che la residenza abituale del minore era sempre stata quella di (OMISSIS) Nella cittadina era ben integrato ed aveva relazioni amicali e sociali molto soddisfacenti. Era stata la moglie ad aver progettato unilateralmente il rientro in Brasile in vista della scadenza dell'aspettativa decennale dal suo lavoro. Il minore (OMISSIS) era stato iscritto ad una scuola in Brasile solo al fine di non perdere l'anno scolastico in Italia. Egli non aveva mai richiesto il nulla osta per il trasferimento scolastico, ne' voleva trasferirsi definitivamente in Brasile. La moglie a sua insaputa aveva iniziato a predisporre la documentazione necessaria per trasferirsi con i figli in via definitiva in Brasile. Il figlio minore (OMISSIS) era cittadino italiano ed aveva soltanto un visto turistico di 90 giorni per il Brasile.

Il tribunale per i minorenni con decreto depositato il 23 aprile 2013 ha stabilito:

- a) Il ricorso e' tempestivo in quanto proposto entro l'anno dalla denunciata sottrazione.
- b) Presupposto della sottrazione illegale e' il trasferimento del minore in luogo diverso dalla residenza abituale.

L'individuazione della residenza abituale e' conseguentemente di cruciale importanza per individuare il luogo da cui il minore non deve essere allontanato e, nel caso cio' avvenga, dove deve essere riportato;

c) Nella specie difettano i requisiti di cui all'articolo 3 della Convenzione dell'Aja, non essendovi violazione del diritto di custodia, dal momento che il minore e' affidato congiuntamente ai genitori in costanza di matrimonio ne' del diritto di affidamento che spetta congiuntamente ad essi, in mancanza di un diverso accordo tra i genitori o di una decisione giudiziaria. Precisa il Tribunale che al momento della decisione, pur essendo stato proposto ricorso per separazione personale da parte del (OMISSIS), nessuna statuizione in ordine all'affidamento e' intervenuta.

d) Non risulta che le parti si siano accordate in ordine al trasferimento del nucleo familiare in Brasile ma al contrario su questo aspetto risulta un insanabile contrasto. Dalle versioni opposte dei fatti emerge una diversita' sostanziale d'impostazione della vita in comune e delle aspettative relative alla vita personale e familiare.

e) Risulta soltanto che le parti abbiano compiuto l'ultimo viaggio insieme in Brasile per verificare se vi fossero le condizioni per un trasferimento della famiglia, al fine di assumere la decisione finale di rimanervi o di continuare a vivere in Italia. Cosi' dovevano essere interpretati in particolare i colloqui di lavoro e l'iscrizione temporanea alla scuola brasiliana del minore stesso.

f) Risultano comportamenti unilaterali contrastanti volti a forzare la fissazione della vita familiare in Italia od in Brasile ed un contrasto aperto nel periodo successivo all'ultimo rientro a (OMISSIS) del nucleo familiare, tuttora in atto.

g) Vi e' stata in conclusione soltanto un'ipotesi di trasferimento assunta in comune, piu' apparente che reale, di sperimentazione di vita familiare in Brasile ma la verifica delle condizioni non ha dato esito positivo.

h) Pertanto la residenza abituale deve ritenersi fissata in Italia a (OMISSIS) in quanto il periodo di permanenza a (OMISSIS) abbraccia l'intera vita del minore ed e' da considerarsi del tutto prevalente rispetto a quello vissuto in Brasile, di durata limitata. Il rientro in Italia non ha in conclusione determinato uno sradicamento ma al contrario la ripresa della vita nella residenza abituale nella casa da sempre adibita a residenza familiare e all'interno della consolidata rete affettiva, sociale e scolastica preesistente.

Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione (OMISSIS) affidandosi ad otto motivi.

Ha resistito con controricorso il (OMISSIS). Il controricorrente ha altresì depositato memoria ex articolo 378 cod. proc. civ..

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Nel primo motivo di ricorso viene dedotta la violazione degli articoli 1, 2, 4, 8, 12 e 13 della Convenzione dell'Aja per avere il Tribunale per i minorenni adottato il criterio della residenza prevalente, peraltro desunta dal mero dato temporale, senza prendere le mosse da un esame puntuale della situazione di fatto dalla quale desumere la c.d. residenza effettiva del minore ovvero il luogo in cui custodisce e coltiva i suoi legami affettivi ed interessi. La finalita' della Convenzione dell'Aja e' quella d'introdurre uno strumento celere per restituire il minore al luogo in cui si siano localizzati i propri affetti e la propria vita personale, prima del trasferimento illecito. Nella specie, di conseguenza, doveva aversi riguardo alla condizione di stabilita' complessiva della vita del minore prima dell'ultimo spostamento in Italia. Con la censura proposta e' stata contestata l'individuazione in (OMISSIS) della residenza abituale del minore. La sentenza impugnata ha raggiunto tale conclusione sulla base di un'analitica ricostruzione delle circostanze di fatto accertate, fondando la propria scelta non soltanto sul criterio quantitativo ma anche sull'effettivo radicamento del minore a (OMISSIS) e sulla mancanza di una decisione comune dei genitori in ordine al trasferimento del nucleo familiare in Brasile. Tale ricostruzione fattuale risulta incensurabile, dovendosi rilevare che la parte ricorrente nella sostanza, pur con la veste formale del vizio di violazione di legge, ne propone una alternativa fondata su una valutazione contrapposta delle circostanze accertate. Peraltro, viene sottolineato dal Tribunale che (OMISSIS) ha costituito l'univoca residenza abituale del minore fino al recente breve soggiorno in Brasile. Il rientro in Italia del minore non risulta, infine, secondo l'incensurabile accertamento

eseguito dal giudice di merito, disposto unilateralmente dal padre. E' la successiva ripartenza per il Brasile che sarebbe frutto di decisione materna esclusiva.  
Ne consegue l'inammissibilit  del motivo (S.U. 24148 del 2013).

Nel secondo motivo viene dedotta la violazione delle norme che stabiliscono il criterio di residenza abituale nonch  quelle riguardanti il diritto di custodia, dal momento che il Tribunale avrebbe omesso di considerare ai fini della residenza abituale il periodo trascorso in Brasile, ovvero la situazione antecedente l'ultimo trasferimento.

Il motivo deve essere rigettato dal momento che il decreto impugnato ha correttamente applicato i criteri di determinazione della residenza abituale, cos  come richiesto dalla Convenzione dell'Aja del 25/10/1980 ratificata con la Legge n. 64 del 1994, secondo l'elaborazione del predetto parametro fornita dalla giurisprudenza di legittimit  (Cass. n. 16549 del 2010) con riferimento ai procedimenti relativi alla sottrazione internazionale del minore e pi  in generale a quelli riguardanti la titolarit  e l'esercizio della potest  genitoriale. Per residenza abituale deve, infatti, intendersi, anche ai fini dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione (Cass. S.U. 1984 del 2012) o ai fini dell'individuazione del giudice competente (Cass. 17746 del 2013) il luogo del concreto e continuativo svolgimento della vita personale del minore, senza che possa essere dato rilievo preminente all'ultimo trasferimento del minore (Cass. 21750 del 2012) quando sia prossimo all'accertamento della lamentata sottrazione internazionale ed abbia caratteristiche temporali e di radicamento quantitativamente e qualitativamente molto inferiori alla situazione fattuale anteriore. Nella specie, il giudice del merito con accertamento di fatto incensurabile ha individuato in (OMISSIS) il luogo in cui il minore senza soluzione di continuit  prima dell'ultimo soggiorno in Brasile (durato solo alcuni mesi) si   interamente radicato, rilevando che nessuna decisione comune sulla modifica della residenza abituale (familiare) era stata medio tempore assunta.

Nel terzo motivo viene dedotta la violazione dell'articolo 4 della Convenzione dell'Aja, la violazione degli articoli 115 e 116 cod. proc. civ., nonch  il vizio di motivazione per non avere il Tribunale per i minorenni ritenuto che alla luce delle complessive risultanze istruttorie vi fosse la volont  comune dei genitori del minore di fissare la residenza familiare in Brasile.

Il motivo riproduce le censure gi  prospettate nel primo motivo, ancorch  sotto la veste formale della violazione dell'articolo 4 della Convenzione dell'Aja. Ne consegue la sua inammissibilit  alla luce delle considerazioni gi  svolte, di recente ribadite in S.U. 24148 del 2013.

Nel quarto motivo viene dedotta la violazione dell'articolo 3 della Convenzione dell'Aja in correlazione con l'articolo 12, per avere il Tribunale per i minorenni ritenuto che non sussistesse il presupposto per l'applicazione della Convenzione dell'Aja relativo alla violazione del diritto di custodia. Al riguardo la ricorrente evidenzia che non deve necessariamente preesistere un provvedimento formale di custodia, essendo sufficiente una violazione di fatto. Nella specie la ricorrente   titolare del diritto di affidamento sebbene esercitato congiuntamente da entrambi i coniugi, ragione per cui pu  invocare la tutela della Convenzione dell'Aja nell'ipotesi di sottrazione del figlio minore. La violazione pu  riguardare anche soltanto l'effettivo esercizio del diritto di affidamento, come avvenuto nella specie.   sufficiente la modifica unilaterale ed arbitraria della residenza del minore che impedisca il rapporto di effettiva cura da parte del genitore affidatario.

La censura ha ad oggetto una delle rationes decidendi del decreto impugnato che, tuttavia, deve ritenersi assorbita dal rigetto delle censure mosse nei confronti dell'altra relativa alla individuazione in (OMISSIS) della residenza abituale. Essa, pertanto, deve essere ritenuta inammissibile.

Nel quinto motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione degli articoli 1, 3, 4 e 12 della Convenzione dell'Aja nonch  l'error in procedendo per avere il giudice del merito fondato la propria decisione su un'analisi parziale dei fatti.   stata omessa l'indagine sull'effettivo centro dei legami affettivi del minore anche non solo parentali. Tale indagine   stata fondata soltanto sulla condizione del minore dopo l'illecito trasferimento in Italia senza considerare la sua situazione in Brasile, cos  violando i principi normativi che richiedono l'esame della situazione

antecedente. La residenza del minore in Brasile non era ne' temporanea ne' occasionale ma al contrario rispondeva a tutti i criteri fissati dalla Corte di giustizia. Uno degli elementi di fatto trascurati e' stata l'iscrizione nella scuola brasiliana effettuata dallo stesso padre e l'acquisto della cittadinanza brasiliana da parte di quest'ultimo, oltre che la rete relazionale e parentale esistente in Brasile. E' stato, infine, omesso di considerare che il fratello minore vive stabilmente in Brasile.

Anche questa censura deve ritenersi inammissibile, in quanto al pari del primo e del terzo motivo richiede alla Corte un riesame delle circostanze di fatto, puntualmente esaminate dal tribunale minorile. Al riguardo deve osservarsi che, quando sia sostenuta da motivazione adeguata, l'eventuale selezione dei fatti compiuta dal giudice del merito risulta incensurabile in sede di legittimita' (Cass. 7065 del 2007). Peraltro, nel caso di specie, nessuna delle circostanze indicate e' stata omessa. E' stato il giudizio di decisivita' dei fatti allegati dalle parti ad essere radicalmente divergente da quello prospettato dal ricorrente. La valutazione finale effettuata dal Tribunale avente ad oggetto la constatazione della mancata determinazione comune della fissazione della residenza familiare si fonda esclusivamente su di un accertamento di fatto del tutto non censurabile.

Nel sesto motivo viene censurata la violazione e falsa applicazione degli articoli 1, 2, 3, 4, 8, 12 e 13 della Convenzione dell'Aja nonche' dell'articolo 8 della CEDU e articolo 117 Cost..

Secondo la parte ricorrente, il Tribunale per i minorenni non ha tenuto nella debita considerazione il parametro del superiore interesse del minore posto dalla CEDU alla base delle decisioni ad esso inerenti, trascurando di esaminare il rapporto che il minore aveva con la madre ed il fratello rimasti in Brasile. L'indagine compiuta non e' stata adeguata rispetto ai parametri CEDU. Il Tribunale si e' limitato a riscontrare la situazione del minore al rientro in Italia. In particolare la Corte EDU richiede che sia soppesato da parte del giudice nazionale il rapporto affettivo tra la madre ed il minore, dando spazio all'ascolto di quest'ultimo. Nel provvedimento impugnato manca qualsiasi valutazione o riferimento inerente al rapporto affettivo tra la madre ed il figlio rientrato in Italia, ne' viene affrontato il tema delle conseguenze pregiudizievoli della mancanza di tale rapporto. Ugualmente in ordine al rapporto con il fratello minore. Manca inoltre l'indicazione delle modalita' della continuazione del rapporto madre - figlio nella mutata condizione, su cui molto insistono i giudici di Strasburgo. E' sintomo di un processo decisionale inadeguato rispetto ai parametri della Corte Edu l'aver ignorato la gravita' dell'improvvisa rottura dei rapporti tra madre e minore, il non aver indicato soluzioni alternative, l'aver in conclusione trascurato di ponderare l'interesse superiore del minore stesso.

Nel procedimento relativo alla sottrazione internazionale del minore, instaurato ai sensi dell'articolo 12 della Convenzione dell'Aja del 25/10/1980 secondo le modalita' stabilite nella Legge di ratifica n. 64 del 1994, articolo 7, deve essere accertato se il minore, in mancanza del consenso dell'altro genitore ed in violazione del diritto di affidamento, sia stato trasferito in uno Stato diverso da quello della residenza abituale. La modulazione concreta dell'esercizio dell'affidamento e del diritto di visita e' estranea al sindacato del giudice della sottrazione internazionale, chiamato a rimuovere in presenza delle condizioni ed in mancanza delle deroghe tipizzate dalla Convenzione una situazione illecita.

Le deroghe al ripristino della situazione ex qua ante sono contenute nell'articolo 13 della Convenzione, secondo il quale puo' non essere disposto il rientro presso lo Stato della residenza abituale qualora il richiedente non eserciti effettivamente il diritto di affidamento, vi sia un fondato rischio di compromettere l'interesse superiore del minore, o il minore capace di discernimento si opponga. In primo luogo deve osservarsi che i predetti criteri, come gia' rilevato, si applicano in deroga ad una legittima richiesta di rientro, ovvero in una situazione diversa da quella formante oggetto del presente accertamento nel quale non si e' consumata alcuna sottrazione internazionale del minore dalla sua residenza abituale. Nella specie, correttamente, il giudice del merito in mancanza della condotta illecita non ha applicato la norma sopra descritta. Peraltro, il parametro della residenza abituale, posto a salvaguardia della continuita' affettivo - relazionale del minore, non e' in contrasto ma, al contrario, valorizza la preminenza dell'interesse del minore. Il giudice del merito, nel privilegiarlo, ha escluso che

sussistessero condizioni fattuali ostative alla scelta della conservazione del luogo ove si era svolta in passato la sua vita (pag. 13 decreto impugnato).

Non è stato, di conseguenza, trascurato il parametro CEDU costituito dall'articolo 8 della Convenzione in quanto si è ritenuto, con valutazione incensurabile che la vita privata e familiare del minore dovesse svolgersi nel luogo di radicamento del tutto preminente. La censura deve, in conclusione, ritenersi infondata.

Nel settimo motivo viene dedotta la violazione degli articoli 3, 6, 8 e 12 della Convenzione di New York nonché dell'articolo 13 della Convenzione dell'Aja del 25/10/1980, dell'articolo 111 Cost. e articolo 6 della CEDU, nonché error in procedendo per le modalità di ascolto del minore. Nel verbale d'udienza del 31/3/2013 risulta che sia stato attribuito l'incarico ai servizi territoriali di verificare la situazione del minore. Il tribunale ha omesso di adempiere all'obbligo di ascoltare il minore sia direttamente che per delega. Si è invece delegata la mera verifica della situazione senza specifica indicazione dei confini e dell'oggetto della delega medesima. Dalla relazione dei servizi sociali emerge che il minore è stato ascoltato ma non si comprende cosa egli abbia effettivamente riferito. Il Tribunale ha comunque anche omesso di precisare le ragioni per cui l'ascolto diretto non dovesse essere eseguito.

Il motivo deve ritenersi infondato. La giurisprudenza di legittimità (anche di recente, ha sottolineato come anche nei procedimenti relativi all'accertamento della sottrazione internazionale di minore quest'ultimo debba essere ascoltato, ancorché tale adempimento non sia previsto espressamente dalle norme regolative del procedimento stesso come cogente. (Cass. 17201 del 2011; 7479 del 2014). Nella specie come riferito nel ricorso attraverso la puntuale riproduzione del verbale d'udienza del 31/3/2013, ai servizi territoriali è stata delegata espressamente la verifica della situazione del minore. Tale richiesta, a contenuto ampio, si fonda ineludibilmente sull'audizione del minore, come riferito peraltro anche nel motivo di ricorso, non potendo non costituire tale adempimento il punto di partenza dell'accertamento delegato (come precisato nel controricorso). Essa, pertanto, è del tutto coerente con le esigenze di speditezza e di urgenza di tale procedimento ed è idonea ad integrare l'esigenza di ascolto del minore da conformarsi, nella specie, alle caratteristiche dell'accertamento giudiziale (Cass. 1527 del 2013; 7479 del 2014).

La soluzione non muta alla luce dell'articolo 315 bis cod. civ., introdotto dalla Legge n. 219 del 2012, ed entrato in vigore il 1/1/2013, non potendosi escludere alla luce di questa norma la delegabilità dell'adempimento.

Nell'ottavo motivo di ricorso viene dedotta la violazione e falsa applicazione degli articoli 1, 2, 3, 4, 8 e 12 della Convenzione dell'Aja del 1980; dell'articolo 8 CEDU, nonché degli articoli 112, 113 e 114 cod. proc. civ., anche come error in procedendo per avere il Tribunale per i minorenni omesso di pronunciarsi su quanto espressamente richiesto dalla ricorrente. Era stato richiesto un provvedimento d'urgenza che prescindesse dalla titolarità dell'affidamento. Su questo assetto nulla si è risposto. Il meccanismo creato dalla Convenzione porta ad un procedimento a carattere cautelare che tende a ricostituire con carattere d'urgenza lo status quo ante prima della sottrazione. Il giudice di merito invece ha ritenuto sussistente un insanabile dissidio tra le parti con una valutazione estranea al limitato ma urgente carattere del giudizio, rimettendo ad altro giudice la decisione su tale dissidio. Il tribunale in conclusione da un lato è stato carente sulla richiesta di provvedimento urgente dall'altro è andato ultrapietista rinvenendo un contrasto insanabile ed indicando le sedi per dirimerlo.

Il motivo deve ritenersi manifestamente infondato. Il tribunale per i minorenni ha limitato la propria cognizione alla domanda proposta, rientrando specificamente nell'ambito del procedimento relativo alla sottrazione internazionale del minore. Non ha assunto alcuna statuizione né provvisoria né definitiva sulla titolarità dell'affidamento, in quanto estranea alla sua cognizione, ed ha trattato del conflitto tra i genitori del minore solo al fine di escludere che si fosse radicata la residenza abituale del figlio e della famiglia in Brasile. Nella parte finale della pagina 13 è stata espressamente esclusa qualsiasi statuizione relativa all'affidamento. Infine non è comprensibile quale ulteriore provvedimento urgente dovesse essere assunto in un

procedimento intrinsecamente caratterizzato dall'urgenza come quello relativo alla sottrazione internazionale del minore.

Al rigetto del ricorso segue la soccombenza della parte ricorrente. L'esenzione dal contributo unificato giustifica la non applicazione del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1 quater e successive modificazioni.

**P.Q.M.**

LA CORTE

rigetta il ricorso. Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese del presente procedimento che liquida in euro 4000 per compensi; euro 200 per esborsi oltre spese forfettarie ed accessori di legge.

In caso di diffusione del provvedimento omettere le generalita'.