

Sez. 1^ Civile, Sentenza n. 13241 del 12 Aprile 2011

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Presidente -
Dott. FELICETTI Francesco - Consigliere -
Dott. PICCININNI Carlo - Consigliere -
Dott. CULTRERA Maria Rosaria - Consigliere -
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

S.F. (C.F. (omesso)), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA BOEZIO 92 - SCALA D/3, presso l'avvocato AGAMENNONE ALESSANDRO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato CARLOTTA BARBETTI, giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -
contro

M.A. (c.f. (omesso)), elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE LIEGI 34, presso l'avvocato DELLA BELLA MICHELE, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati NOLI JOLANDA, LAGONEGRO ANNA, giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso il decreto del TRIBUNALE PER I MINORENNI di FIRENZE -, depositato il 13/08/2010;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 12/04/2011 dal Consigliere Dott. MARIA CRISTINA GIANCOLA;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato BARBETTI che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato DI PAOLO, per delega, che ha chiesto il rigetto del ricorso;

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

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

11 Tribunale per i minorenni di Firenze, con decreto, immediatamente esecutivo, dei 18.06-13.08.2010, accoglieva l'istanza proposta (il 16.03.2010), ai sensi della L. 15 gennaio 1994, n. 64, art. 7 e dell'art. 8 della Convenzione de l'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, ratificata e resa esecutiva dalla citata L. n. 64 del 1994, da A..M. , residente in (omesso) , disponendo che la minore C.E..S. , nata a (omesso) , figlia dell'istante e di S.F.

, cittadino italiano, facesse ritorno immediato in Polonia presso la madre.

La vicenda trae origine dall'iniziativa assunta dal F..S. di trasferire e trattenere la figlia minore in Italia, dal marzo del 2010.

Il Tribunale per i minorenni di Milano, sentiti in camera di consiglio i genitori della bambina, vagliate tutte le argomentazioni esposte dal S. , esaminata la documentazione in atti e viste anche le conclusioni del P.M, dichiarava illegittimo il trasferimento in Italia della minore, osservando e ritenendo:

che la bambina dal marzo 2006 e sino all'allontanamento del marzo 2010, era vissuta con la sola madre in (omesso)

, ivi ottemperando all'obbligo scolastico e svolgendo attività sportiva che non era stato dimostrato il consenso della M. al trasferimento definitivo in Italia della figlia con il padre ma soltanto il consenso a fare sì che il padre recasse con sè la bambina nel fine settimana;

che significativa era stata la presentazione da parte della M. , già dal febbraio 2010, di due ricorsi dinanzi all'A.G. polacca, per la regolamentazione della potestà genitoriale e per la disciplina degli incontri del padre con la figlia;

che ai fini decisori occorre avere riguardo alla residenza abituale della bambina, immediatamente precedente il trasferimento illecito;

che destituita di fondamento era la tesi del S. secondo cui la figlia, in caso di ritorno in XXXXXXXX, sarebbe stata esposta a situazioni di pregiudizio oggettivo e soggettivo e, comunque, per lei intollerabili, non avendo lo stesso mai lamentato in passato comportamenti della M. poco adeguati al suo ruolo materno né fornito alcuna prova sul punto;

che un eventuale disagio della bambina poteva essere conseguenza di una pervicace ed ostinata condotta di appannamento della figura materna da parte del padre, più che di asseriti maltrattamenti operati dalla madre;

che non risultava essersi verificata alcuna situazione abbandonica della figlia da parte della madre;

che eventuali profili attinenti alla tutela della minore ed al migliore affidamento della stessa avrebbero potuto essere rappresentati alla competente autorità del paese di residenza abituale, essendo la competenza del T.M. in questa sede,, limitata ad una delibazione di eventuali impedimenti al ritorno della bambina in XXXXXXXX;

che non appariva necessario procedere all'audizione della minore, in considerazione della sua età e di quanto risultava dall'espletata istruttoria;

che in tema di sottrazione internazionale dei minori, il TM aveva la facoltà e non l'obbligo di provvedere all'audizione del minore capace di discernimento e trarre dal di lui ascolto elementi, da ponderare alla luce dell'intera istruttoria del caso, ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza del fondato rischio per lui di essere esposto, in caso di ritorno, a pericoli psichici o, comunque, di trovarsi in una situazione intollerabile;

che nella specie proprio la mancanza di elementi oggettivi che avessero potuto fare presumere l'esposizione della bambina a tale rischio nel caso di suo ritorno presso la madre, rendeva superfluo se non pregiudizievole un suo diretto coinvolgimento emotivo nel contrasto tra i genitori;

che, in ogni caso, l'Autorità giudiziaria, pur quando avesse considerato il minore sufficientemente maturo, non era vincolata dalla volontà contraria al ritorno dallo stesso espressa, ma conservava un potere discrezionale di valutazione che escludeva qualsiasi automatismo.

Il S. veniva anche condannato, ai sensi dell'art. 26 della citata Convenzione, al pagamento delle spese conseguenti alla sottrazione e delle eventuali spese che il Servizio sociale territoriale o il Consolato avessero dovuto affrontare per collocare madre e bambina in luogo idoneo fino alla partenza per la XXXXXXXX.

Contro questo decreto il S. ha proposto ricorso per cassazione affidato a quattro motivi, notificato al PG presso il giudice a quo ed alla M. , che ha resistito con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente in rito va dichiarata l'irricevibilità, ai sensi dell'art. 372 c.p.c., dei documenti non inerenti né alla nullità del decreto impugnato né all'ammissibilità del ricorso, a tale atto allegati dal S. nonché depositati dalla M. insieme con la memoria illustrativa.

A sostegno del ricorso il S. denuncia:

1. "Violazione e falsa applicazione degli artt. 12 Convenzione New York 1989, 3, 6 e 12 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei bambini ratificata in Italia con L. 77 del 2003, dell'art. 13, commi 1 e 2 Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 recepita in Italia con L. n. 64 del 1994 e art. 11 comma 2 Re Ce 2201/2003 sotto il profilo del mancato ascolto del minore". Si duole della mancata audizione della figlia, sostenendo che per il rubricato quadro normativo, l'audizione del minore costituisce un adempimento obbligatorio tutte le volte in cui sia accertata la sua capacità di discernimento, nei procedimenti che lo riguardano, che tale ascolto diviene " l'unica sede e l'unica opportunità per valutare direttamente dal minore se il rientro nell'altro Stato coincida con il suo interesse" e sottolineando anche che l'opinione così espressa può essere motivo per negare il rimpatrio ai sensi dell'art. 13, comma 2 della citata Convenzione dell'Aja del 1980 oppure per dare dimostrazione del pregiudizio previsto dall'art. 13, comma 1, lett. b) del medesimo testo.

2. "Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 Convenzione New York 1989, 3, 6 e 12 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei bambini ratificata in Italia con L. n. 77 del 2003, dell'art. 13, commi 1 e 2 Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 recepita in Italia con L. n. 64 del 1994 e art. 11, comma 2 Re CE 2201/2003 sotto il profilo del mancato accertamento della "sufficiente maturità" della minore.

Si duole che i giudici di merito non abbiano accertato se la minore fosse o meno sufficientemente matura, data l'assenza di discrezionalità in ordine alla scelta se procedere o meno a tale accertamento.

3. "Insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo del giudizio".

Premesso che i motivi in base ai quali può omettersi l'ascolto del minore sono legati alla sua età e capacità di discernimento, censura le ragioni esposte dai giudici di merito a fondamento della conclusione di non opportunità dell'audizione della minore, a suo parere ricondotte sia alla non utilità di tale mezzo, per essere il relativo esito privo di automatismo rispetto alla decisione, e sia alla possibilità di manipolazione paterna e, dunque, su valutazione ex ante d'inattendibilità dell'eventuale opposizione al rientro manifestata dalla bambina.

4. "Nullità del decreto e/o del procedimento".

Sostiene che la mancata audizione della minore, se non "parte processuale" almeno "parte sostanziale" del procedimento, seppure caratterizzato dall'urgenza e dalla finalità ripristinatoria, ha comportato la violazione del diritto di difesa della minore stessa, di cui il principio del contraddittorio è il maggiore corollario, violazione da sanzionare con la nullità assoluta dell'impugnato provvedimento conclusivo.

I primi tre motivi del ricorso, con i quali il decreto reso dal Tribunale per i minorenni viene censurato per più profili inerenti tutti alla mancata audizione della minore e che, pertanto, possono essere esaminati congiuntamente, non sono fondati; al relativo rigetto segue anche l'assorbimento del quarto motivo d'impugnazione. Giova premettere, per quanto in questa sede rileva:

- che la Convenzione dell'Aja del 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, dispone:

- all'art 1 che "La presente Convenzione ha come fine:

- a) di assicurare l'immediato rientro dei minori illecitamente trasferiti o trattenuti in qualsiasi Stato contraente;

- b) di assicurare che i diritti di affidamento e di visita previsti in uno Stato contraente siano effettivamente rispettati negli altri Stati contraenti";

- all'art. 13 "Nonostante le disposizioni del precedente articolo, l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non è tenuta ad ordinare il ritorno del minore qualora la persona, ... che si oppone al ritorno, dimostri:

- a) che la persona... cui era affidato il minore non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro ..; o;

- b) che sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile. L'Autorità giudiziaria o amministrativa può altresì rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere....".

che la citata L. 15 gennaio 1994, n. 64, art. 7, comma 3 dispone "... Il Tribunale decide con decreto...., sentiti la persona presso cui si trova il minore, il pubblico ministero, e, se del caso, il minore medesimo...." Sul tema va, inoltre, ribadito:

che la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 ha la finalità di tutela dell'interesse del minore dal pregiudizio derivante dai trasferimenti indebiti ed il suo scopo è il ripristino dello status quo di residenza del minore, ossia la reintegrazione della situazione di fatto in cui viveva il minore prima dell'illecita sottrazione, (cfr. cass. 2954 del 1998; n. 6235 del 1998, n. 9501 del 1998; n. 3701 del 2000, n. 2748 del 2002; n. 5944 del 2003; n. 19544 del 2003;

n. 16831 del 2006; n. 5236 del 2007);

che nel procedimento in tema di sottrazione internazionale del minore, previsto dalla citata Convenzione de L'Aja, l'art. 13 del testo internazionale introduce alcune deroghe al dovere dello Stato, che ne sia richiesto, di ordinare l'immediato rientro del minore nel proprio Stato di residenza abituale, tra cui l'ipotesi in cui la persona o l'ente che si oppone al ritorno dimostri che esiste un rischio grave per il minore, ipotesi il cui accertamento implica un'indagine di fatto, riservata al giudice del merito, censurabile in sede di legittimità soltanto se non congruamente e logicamente motivata (cfr. cass. n. 19544 del 2003 e n. 16753 del 2007);

che l'art. 13, comma 2, della medesima Convenzione de L'Aja riguarda un'ipotesi di esclusione dell'ordine di rimpatrio (per la quale non è richiesto il rischio di pericolo fisico o psichico o, comunque, di trovarsi in una situazione intollerabile), che ricorre allorché il minore vi si oppone, sempre che costui abbia raggiunto

"un'età ed un grado di maturità" tali da giustificare il rispetto della sua opinione. Tale disposizione subordina l'accertamento in concreto della maturità del minore al compimento di un'età in mancanza della quale le nozioni di comune esperienza sconsigliano la sua audizione, onde evitargli traumi psichici che la tenera età può rendere pericolosi e che sarebbero del tutto ingiustificati, non potendo comunque, in tale età, egli ritenersi capace di scelte libere e razionali, atte a prevalere sulla presunzione, sulla quale è fondata la Convenzione, del suo prevalente interesse a ritornare presso l'affidatario (cfr. cass. n. 11328 del 1997 e n. 16753 del 2007, cit.);

che nel procedimento per il mancato illecito rientro nella originaria residenza abituale, l'audizione del minore (L. n. 64 del 1994, art. 7, comma 3) non è imposta per legge, in ragione del carattere urgente e meramente ripristinatorio della situazione di tale procedura (Cass. 4 aprile 2007 n. 8481 e 19 dicembre 2003 n. 19544), e però pure in tale procedura si era ritenuta in genere opportuna, se possibile (Cass. 4 aprile 2007 n. 8481 e n. 15145 del 2003), come d'altronde ora specificamente previsto dall'art. 11, comma 2, del Regolamento CE n. 2201/2003, che dispone Nell'applicare gli artt. 12 e 13 della convenzione dell'Aia del 1980, si assicurerà che il minore possa essere ascoltato durante il procedimento se ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità (condizione quest'ultima sottesa anche all'art. 23, lett. b) ed esplicitamente ribadita dall'art. 42, comma 2, lett. a) del medesimo testo, richiamati dal ricorrente).

che l'audizione dei minori, già prevista nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardino, ai sensi degli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la L. 20 marzo 2003, n. 77 per cui ad essa deve procedersi, salvo che possa arrecare danno al minore stesso, come risulta dal testo della norma sovranazionale e dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr cass., ord., n. 9094 del 2007 e da ultimo Cass. SU n 22238 del 2009);

che conseguentemente anche nel procedimento in questione l'audizione del minore è in via generale (non facoltativa ma) necessaria onde potere valutare, ai sensi dell'art. 13, comma 2 della Convenzione, anche l'eventuale opposizione del minore al ritorno, salvo ragioni di inopportunità, per età o grado di maturità, e a fortiori di danno per quest'ultimo (cfr cass., n. 12293 del 2010).

che il tribunale per i minorenni può provvedere all'audizione del minore, purché capace di discernimento, e trarre dal di lui ascolto elementi - da ponderare alla luce dell'intera istruttoria del caso - ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza del fondato rischio, per il minore medesimo, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici o psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile, fermo restando che alla opinione espressa dal minore, contraria al rimpatrio, può attribuirsi efficacia, non di causa esclusiva del rigetto dell'istanza, bensì di elemento corroborante il convincimento del giudice sulla sussistenza del pregiudizio, quale causa autonoma e sufficiente di deroga al principio generale del rientro immediato (cfr cass. n. 6081 del 2006).

che la volontà del minore di opporsi al rientro non indica una condizione di per sé preclusiva all'emanazione dell'ordine di rimpatrio da parte del giudice dello Stato richiesto, quando esso provenga da un minore che - secondo il motivato apprezzamento del tribunale per i minorenni - non abbia ancora raggiunto l'età ed il grado di maturità tali da giustificare il rispetto della sua opinione; in tal caso, l'ascolto del minore, avente capacità di discernimento, ha una rilevanza cognitiva, in quanto l'esito di quel colloquio può consentire al giudice di valutare direttamente se sussista o meno il fondato rischio, per il minore medesimo, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile (cfr. cass. n. 16753 del 2007 cit);

che il giudizio sulla domanda di rimpatrio ai sensi della Convenzione de L'Aja del 1980 non investe il merito della controversia relativa alla migliore sistemazione possibile del minore; cosicché tale domanda può essere respinta, nel superiore interesse del minore, solo in presenza di una delle circostanze ostative indicate dagli artt. 12, 13 e 20 della Convenzione, fra le quali non è compresa alcuna controindicazione di carattere comparativo che non assurga - nella valutazione di esclusiva competenza del giudice di merito - al rango di vero e proprio rischio, derivante dal rientro, di esposizione a pericoli fisici e psichici o ad una situazione intollerabile (cfr. cass. n. 9501 del 1998; n. 5236 del 2007 cit.) Ciò premesso, l'impugnato decreto si rivela sostanzialmente aderente al dettato normativo ed ai richiamati principi di diritto, oltre che adeguatamente motivato in riferimento alle specificità del caso. La valutazione di non necessità dell'audizione della minore appare fondata su premesse in diritto ineccepibili alla luce dei precedenti

richiami, inerenti sia alla funzione meramente ripristinatoria del procedimento in discussione, che non contempla accertamenti in merito all'auspicabile migliore regime giuridico di affidamento del minore, e sia alle finalità che in esso assume l'ascolto del minore stesso, ai presupposti cui è condizionato tale non indefettibile momento istruttorio ed agli effetti che possono esservi ricollegati. A quest'ultimo riguardo, i giudici di merito, una volta accertato in fatto che dall'espletata istruttoria non era desumibile alcun elemento atto a dimostrare che il ritorno della bambina in Polonia presso la madre, con cui da tempo ella conviveva prima dell'illecita sottrazione da parte del padre, avrebbe per lei potuto comportare i fondati e gravi rischi, specificamente indicati nell'art. 13, comma 1, lett b) della Convenzione del 1980, hanno escluso l'audizione della minore legittimamente valorizzando la tenera età della stessa, nata il 6.06.2002, e, quindi all'epoca di soli 8 anni, così attendibilmente, seppure implicitamente, negandole secondo il notorio sufficiente maturità, ma anche e del pari legittimamente, privilegiando l'interesse superiore della stessa a non essere esposta al presumibile danno derivante dal suo coinvolgimento emotivo nella controversia che opponeva i genitori, ad abundantiam sottolineando pure la superfluità del suo ascolto in funzione cognitiva e richiamando ulteriormente la correlabilità di eventuali suoi meri disagi da rientro, alla pervicace ed ostinata condotta del S. di appannamento della figura materna.

Conclusivamente il ricorso deve essere respinto, con conseguente condanna del S. , soccombente, al pagamento in favore della controparte, delle spese del giudizio di legittimità, liquidate come in dispositivo. P.Q.M.

LA CORTE

rigetta il ricorso e condanna il S. a rimborsare alla M. le spese del giudizio di cassazione, che liquida in complessivi Euro 2.200,00, di cui Euro 2.000,00 per onorari, oltre alle spese generali ed agli accessori come per legge.

Così deciso in Roma, il 12 aprile 2011.

Depositato in Cancelleria il 16 giugno 2011
