

Cass. civ., Sez. I, ord. 30 giugno 2021, n. 18602 – Pres. Acierno, Cons. Rel. Iofrida

Si ha sottrazione internazionale se è violato l'accordo tra i genitori per l'esercizio del diritto di custodia

Non si può legittimamente derogare al contenuto ed alle pattuizioni stabilite in un accordo fra i genitori in ordine all'esercizio del diritto di custodia del minore e, in particolare, procedere allo spostamento della sua residenza, così come espressamente ivi previsto, senza l'accordo con l'altro genitore, titolare ed esercente la responsabilità genitoriale.

La violazione dell'accordo e del diritto di custodia anche del padre ivi consacrato determina l'illecito di sottrazione di minore contestato.

L'ordine di rientro del minore può essere rifiutato, quindi, solo in presenza delle condizioni ostative di cui all'art. 13 della Convenzione dell'Aja, consistenti o nel mancato esercizio del diritto di affidamento in sede di trasferimento o di rientro o nel fondato rischio di un pregiudizio per il minore.

Sottrazione internazionale - **Rif. Leg.** artt. 12 e 13 della Convenzione de L'Aja del 1980

**CORTE SUPREMA DI
CASSAZIONE SEZIONE PRIMA
CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ACIERNO Maria - Presidente -

Dott. PARISE Clotilde - Consigliere -

Dott. IOFRIDA Giulia - rel. Consigliere

-Dott. CAIAZZO Rosario - Consigliere -

Dott. CARADONNA Lunella - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 37720/2019 proposto da:

L.F.P.A., nella qualità di padre della minore L.L., elettivamente domiciliato in Roma, Via..., presso lo studio dell'avvocato..., rappresentato e difeso dall'avvocato..., giusta procura in calce al ricorso;

- *ricorrente* -

contro

D.S., in proprio e nella qualità di genitore esercente la patria potestà della minore L.L., elettivamente domiciliata in Roma, Via G. Ferrari n. 2, presso lo studio dell'avvocato..., rappresentata e difesa dagli avvocati..., giusta procura in calce al controricorso;

- *controricorrente* -

contro

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Milano;

- *intimato* -

avverso il decreto del TRIBUNALE PER I MINORENNI di MILANO, del 08/10/2019;

udita la relazione della causa svolta nella Camera di consiglio del 19/04/2021 dal Cons. Dott. IOFRIDA GIULIA.

Svolgimento del processo

Il Tribunale per i minorenni di Milano, con decreto n. cronol. 7171/2019, depositato l'8/10/2019 e rettificato, per errore materiale, il 7/11/2019, ha respinto il ricorso proposto da L.F.P.A., cittadino belga, dinanzi alle Autorità Centrali Convenzionali Dipartimento giustizia Minorile del Belgio, in data 3/4/2019, cui aveva fatto seguito il ricorso del PM presso il Tribunale per i minorenni di Milano, in data 2/8/2019, al fine di ottenere ordine di rientro, in (OMISSIS), della figlia minore L., nata a (OMISSIS), dall'unione con D.S., stante la denunciata avvenuta sottrazione internazionale della minore ad opera della madre, che l'aveva portata in Italia il 3/3/2019, per passare ivi le vacanze di carnevale, senza più fare ritorno in (OMISSIS).

In particolare, i giudici di merito, all'esito di audizione dei genitori (non essendo stato possibile sentire anche la minore, stante la sua tenera età), hanno sostenuto che, in ordine al preliminare

requisito della residenza abituale della minore, esso non risultava chiaramente individuato, avendo la stessa minore - salvo un periodo in cui il padre l'aveva portata (OMISSIS), dove il medesimo stava lavorando, in (OMISSIS), nel (OMISSIS), contro la volontà della madre che aveva denunciato l'episodio (unitamente a maltrattamenti personali subiti) - sempre vissuto con la madre, seguendola nei viaggi che quest'ultima effettuava periodicamente per assicurare la continuità dei rapporti della figlia con il padre, fermandosi alcuni periodi in (OMISSIS), altri in (OMISSIS), altri in (OMISSIS), considerato che la madre non aveva un lavoro stabile e la minore non aveva ancora obbligo scolastico; in definitiva, non potendo dirsi accertato che la minore avesse "il centro dei propri legami affettivi" in (OMISSIS), sussistendo anzi elementi per ritenere che la stessa avesse residenza prevalente in Italia con la madre (affidataria in via esclusiva della figlia, in forza di provvedimento provvisorio del Tribunale di Monza del 18/10/2018, su ricorso del 3/7/2018 da parte della stessa D., provvedimento intervenuto successivamente alla stipula, in (OMISSIS), il 16/10/2018, di un accordo transattivo tra i legali delle parti, dinnanzi al giudice di Bruxelles adito dal padre dopo un primo tentativo della madre di portare la figlia in Italia, tra il (OMISSIS) ed il (OMISSIS), accordo recepito, il 24/10/2018, in sentenza del Tribunale della famiglia di Bruxelles, di conciliazione), non sussistenzala denunciata sottrazione internazionale.

Avverso il suddetto decreto, L.F.P.A. propone ricorso per cassazione, notificato il 6/12-12-2019, affidato a quattro motivi, nei confronti di D.S. (che resiste con controricorso) e del Procuratore Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Milano. Entrambe le parti hanno depositato memorie.

Motivi della decisione

1. Il ricorrente lamenta: a) con il primo motivo, l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in punto dell'accertamento della residenza abituale della minore L., ex art. 3, lett. a) e b) e art. 12 Convenzione dell'Aja del 1980, che doveva invece individuarsi in (OMISSIS), ove la minore aveva vissuto ininterrottamente dall'aprile 2015 fino all'illecita sottrazione ad opera della madre, nel marzo 2019; b) con il secondo motivo, la violazione e falsa applicazione dell'art. 3, lett. a) e art. 12 Convenzione dell'Aja del 1980, sempre in ordine alla residenza abituale della minore; c) con il terzo motivo, sia la violazione e falsa applicazione dell'art. 3, lett. a) della Convenzione dell'Aja del 1980, sia l'omesso esame di fatto decisivo, rappresentato sempre dal luogo di abituale residenza della minore, in rapporto all'accordo transattivo sottoscritto tra le parti avanti al Tribunale di Primo grado di Bruxelles il 24/10/2018, confermativo del fatto che L. avesse sempre vissuto in (OMISSIS) e della decisione dei genitori di mantenere ivi la sua residenza all'indirizzo di residenza del padre; d) con il quarto motivo, sia la violazione di legge per falsa ed erronea applicazione degli artt. 315 bis e 336 c.c., art. 3 della Convenzione di Strasburgo del 25/1/1996, sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, resa esecutiva in Italia con L. n. 77 del 2003, in ordine al diritto della minore di essere informata e di essere ascoltata, negato dal provvedimento impugnato, senza debita motivazione.

2. Nelle memorie, le parti hanno ulteriormente illustrato gli sviluppi di altri procedimenti giudiziari pendenti tra le parti:

-A) La D. ha dedotto che: a) il Tribunale di Monza, da essa adito (proc.to n. r.g. 3092/2018), con ricorso, ex art. 337 ter c.p.c., depositato il 2-3/7/2018 e notificato al L. il 19/7/2018, ha confermato, con provvedimento del 19/12/2019-6/2/2020, "passato in giudicato il 10/4/2020", i provvedimenti provvisori adottati il 18/10/2018, affidando in via esclusiva la figlia minore alla madre, con l'aggiunta della sospensione del diritto di visita da parte del padre; b) il procedimento instaurato dal L., sempre per regolamentare i rapporti tra genitori e figlia, con ricorso del 20/7/2018, dinanzi al Tribunale della Famiglia di Bruxelles, nell'ambito del quale le parti avevano sottoscritto un accordo nell'ottobre 2018, sarebbe stato definito con sentenza del 25/7/2019, con la quale il Tribunale di Bruxelles, ritenendo preventivamente adito il giudice italiano, ha rimesso le parti dinanzi al Tribunale di Monza, ritenuto competente ai sensi dell'art. 19, comma 3, Regolamento Bruxelles II bis; c) in sede penale, a seguito di denuncia della D., il L. sarebbe stato rinviato a giudizio, per il delitto ex art. 574 bis c.p., sottrazione della minore da parte del L. alla responsabilità genitoriale della madre, trattenendola all'estero in (OMISSIS) ed in (OMISSIS), nel corso del 2018, procedimento penale tuttora pendente;

B) il L., in particolare, ha dedotto che la Corte d'appello di Bruxelles con sentenza definitiva del 30/7/2020 (non riprodotta, se non per alcuni estratti), intervenuta successivamente all'instaurazione del presente giudizio, avrebbe riformato la decisione di primo grado, in punto di declinatoria della competenza del giudice belga, adito con ricorso del L. notificato il 20/7/2018, in favore del giudice italiano, adito dalla D., con ricorso del 2-3/7/2018, per la regolazione degli aspetti della filiazione; la Corte d'appello avrebbe affermato la competenza del giudice belga e penderebbe dinanzi alla Corte d'appello di Milano (con prossima udienza fissata il 5/5/2021), su ricorso della D., il giudizio avente ad oggetto il suo riconoscimento diretto sul territorio italiano.

Tali pronunce tuttavia, al di là di ogni profilo di autosufficienza e di ammissibilità delle produzioni documentali ex art. 372 c.p.c., attengono, per quanto risulta, a questioni estranee al presente giudizio, concernendo la disciplina dell'esercizio della responsabilità genitoriale da parte dei genitori rispetto alla minore ovvero riflessi penali delle condotte poste in essere dal L., nell'anno 2018.

3. Tanto premesso, le prime tre censure, da trattare unitariamente, sono fondate.

3.1. Il Tribunale nazionale ha negato l'ordine di immediato rimpatrio nel luogo ultimo di asserita residenza abituale, in (OMISSIS), rilevando che la piccola, ancora in tenera età, essendo nata a (OMISSIS), non avesse una residenza abituale, avendo sempre seguito, alcuni periodi in (OMISSIS), altri in (OMISSIS), la madre, la quale, dopo avere effettuato alcuni viaggi, dall'Italia, in (OMISSIS) ed in (OMISSIS), per assicurare la continuità dei rapporti della bambina con il padre, vive ormai stabilmente in Italia, essendosi anche organizzata per provvedere alle necessità della figlia, che ivi frequenta l'asilo, essendo rimasto del tutto indimostrato che la minore, durante il breve periodo di soggiorno con il padre in (OMISSIS), avesse ivi maturato abitudini, amicizie, consuetudini tali da sviluppare un radicamento in detto paese.

Ora il ricorrente invoca, invece, alcune denunce per maltrattamenti sporte dalla D. a proprio carico, nella quale la stessa avrebbe invece ammesso di avere risieduto con la figlia, dal (OMISSIS), nonchè un verbale, già prodotto in sede di merito, (denominato "accordo conciliativo") sottoscritto tra le parti dinanzi al Tribunale di Bruxelles, nell'ottobre 2018, nel quale la stessa D. avrebbe riconosciuto che la figlia aveva sempre vissuto in (OMISSIS).

L'accordo così recita (per quanto riprodotto in ricorso e non specificamente contestato dalla controricorrente, in relazione al suo contenuto): "poichè nel frattempo le parti vivono nuovamente insieme nell'indirizzo del concludente e sono giunte al seguente accordo in cui viene anteposto l'interesse di L. (omissis) le parti dichiarano espressamente... di tenere conto dell'obbligo scolastico legale di L. in (OMISSIS), in relazione agli orari di lavoro dell'attore: 1. Soggiogneranno provvisoriamente all'indirizzo di...; 2. Le parti esercitano congiuntamente la potestà genitoriale su L.; 3. L. avrà la sua residenza principale presso il concludente presso cui sarà considerata a carico dal punto di vista sociale, amministrativo e fiscale; 4. L. potrà soggiornare in via secondaria presso I convenuta una volta al mese per un periodo massimo di cinque giorni consecutivi... Questi periodi saranno concordati tra le parti ogni trimestre di comune accordo 5. Durante questo periodo, la convenuta potrà recarsi in Italia con L. a proprie spese purchè il concludente sappia ogni volta dove soggiognerà effettivamente sua figlia, possa contattarla in qualsiasi momento e, se necessario, visitarla. ".

La controricorrente D. ha aggiunto che, al punto 12 dell'accordo suddetto, si precisava: "le parti chiedono a codesto Tribunale di rinviare il procedimento da tenersi nel mese di gennaio 2019 ai fini della valutazione dell'accordo".

Risulta quindi, dagli atti e dalla decisione impugnata, che i legali delle parti, in data 24/10/2018, dinanzi al Tribunale della famiglia di Bruxelles, giudice adito dal L. (asseritamente, allorchè la D. aveva tentato, il 13/6/2018, di partire da Tolosa, ove la famiglia viveva in quel periodo per necessità lavorative del L., per portarla con sè in Italia, senza il consenso del padre), avevano sottoscritto un accordo transattivo, nel quale davano atto di essere tornati a vivere insieme in (OMISSIS), e che la minore L. avrebbe avuto la sua residenza principale presso il padre, salvo periodi concordati di soggiorno presso la madre, anche in Italia, compatibilmente gli obblighi scolastici della piccola in (OMISSIS), impegnandosi la D. a rinunciare agli eventuali atti e giudizi intrapresi contro il L. in Italia; le parti convenivano poi un rinvio dell'udienza al gennaio 2019, "ai fini della valutazione dell'accordo" Assume la controricorrente, in memoria, che detta udienza non si sarebbe mai tenuta.

In effetti, viene dal ricorrente allegato che l'accordo sarebbe stato recepito in un provvedimento di conciliazione dinanzi al Tribunale di Bruxelles, il 24/10/2018.

Il Tribunale di Milano ha ritenuto che il suddetto accordo non avrebbe rilievo, perchè sottoscritto "in contrasto con le domande" proposte dalla D., oltre quattro mesi prima dinanzi al Tribunale di Monza e perchè la stessa D. avrebbe dichiarato di averlo sottoscritto pur di rivedere la figlia e subordinandolo "in ogni caso a revisione".

3.2. Ora, la disciplina sulla sottrazione internazionale, di cui alla Convenzione dell'Aja del 1980, resa esecutiva in Italia nel 1994, mira a tutelare il minore contro gli effetti nocivi del suo illecito trasferimento o mancato rientro nel luogo ove egli svolge la sua abituale vita quotidiana, sul presupposto della tutela del superiore interesse dello stesso alla conservazione delle relazioni interpersonali che fanno parte del suo mondo e costituiscono la sua identità (Corte Cost. 231/2001).

L'art. 3 della Convenzione prescrive che il trasferimento o il mancato rientro di un minore è ritenuto illecito quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione o ogni altro ente, congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il

minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e se tali diritti saranno effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze. Il diritto di custodia citato al capoverso a) di cui sopra può in particolare derivare direttamente "dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa, o da un accordo in vigore" in base alla legislazione del predetto Stato.

L'art. 12 della Convenzione recita: *"Qualora un minore sia stato illecitamente trasferito o trattenuto ai sensi dell'art. 3, e sia trascorso un periodo inferiore ad un anno, a decorrere dal trasferimento o dal mancato ritorno del minore, fino alla presentazione dell'istanza presso l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato contraente dove si trova il minore, l'autorità adita ordina il suo ritorno immediato. L'Autorità giudiziaria o amministrativa, benchè adita dopo la scadenza del periodo di un anno di cui al capoverso precedente, deve ordinare il ritorno del minore, a meno che non sia dimostrato che il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente..."*. L'art. 13 stabilisce poi che l'Autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non sia tenuta ad ordinare il ritorno del minore *"qualora la persona, istituzione o ente che si oppone al ritorno, dimostri: a) che la persona, l'istituzione o l'ente cui era affidato il minore non esercitava effettivamente il diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro, o aveva consentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato ritorno; o b) che sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, ai pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile"*. L'Autorità giudiziaria o amministrativa può altresì, sempre secondo l'art. 13, 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".

Con riguardo specifico all'individuazione del concetto di "residenza abituale" recepito dalla convenzione dell'Aja e dal Regolamento UE 2003, esso non coincide, peraltro, con quello di "domicilio", quale sede principale degli affari ed interessi di una persona, accolto dal codice civile (art. 43 c.c., comma 1), dovendo intendersi, invero, il luogo in cui il minorenne, grazie anche ad una durevole e stabile permanenza ancorchè di fatto, trova e riconosce il baricentro dei suoi legami affettivi, non solo parentali, originati dallo svolgersi della sua quotidiana vita di relazione, non rivestendo alcuna importanza invece - nel giudizio di accertamento della "residenza abituale", finalizzato all'adozione del provvedimento d'urgenza in questione - "l'alibi di presunte radici culturali, la profondità e significatività del legame affettivo con l'adulto autore della sottrazione o l'avvenuto inserimento scolastico nella città di residenza di quest'ultimo". Fattori idonei a dimostrare che la presenza fisica di un soggetto in uno Stato non sia in alcun modo temporanea o occasionale e che la residenza del soggetto denoti una certa integrazione in un ambiente sociale e familiare, con riferimento ai minori, sono in particolare la durata, la regolarità, le condizioni e le ragioni del soggiorno nel territorio di uno Stato membro e del trasloco della famiglia in tale Stato, la cittadinanza del minore, il luogo e le condizioni della frequenza scolastica, le conoscenze linguistiche nonchè le relazioni familiari e sociali del minore nel detto Stato.

Una volta accertato, in capo al genitore richiedente il rimpatrio, l'effettivo esercizio del diritto di affidamento al momento del trasferimento nonchè il luogo costituente residenza abituale del minore, costituiscono pertanto condizioni ostative al rientro il fondato rischio del minore di essere sottoposto a pericoli fisici o psichici o, comunque, di trovarsi in una situazione intollerabile (art. 13, comma 1, lett. b). Altro elemento che il Tribunale dovrà imprescindibilmente valutare è la volontà del minore, quando abbia raggiunto un'età ed un grado di maturazione tali da giustificare il rispetto della sua

opinione (Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2017, n. 3319; Cass. civ., sez. I, 26 settembre 2016, n. 18846; Cass. civ., se.I, 5 marzo 2014, n. 5237).

Quando l'episodio di sottrazione internazionale rimanga circoscritto al territorio dell'Unione Europea, troverà applicazione il procedimento per il rientro del minore previsto dalla convenzione dell'Aja del 1980, integrato dalle disposizioni del successivo reg. n. 2001/2003, che prevale sulla convenzione nelle relazioni tra Stati membri dell'Ue. Va richiamata altresì la convenzione dell'Aja 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, ratificata dal nostro Paese solo di recente, con la L. 18 giugno 2015, n. 101 ed entrata in vigore il 1 gennaio 2016, che, nell'ambito della più ampia materia della responsabilità genitoriale, contiene alcune disposizioni di rilevanza processuale che riguardano la sottrazione internazionale dei minori.

Nella specie, la denunciata sottrazione internazionale ha riguardato una minore residente all'interno dell'UE. 3.3. Questa Corte sin dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 9501 del 1998 ha chiarito che *"in tema di illecita sottrazione internazionale di minori, l'art. 13, lett. b), della Convenzione dell'Aja non consente al giudice cui sia richiesto di emettere provvedimento di rientro nello Stato di residenza del minore illecitamente trattenuto da un genitore, di valutare inconvenienti connessi al prospettato rientro, che non raggiungano il grado del pericolo fisico o psichico o della effettiva intollerabilità da parte del minore, essendo questi, e solo questi, gli elementi considerati dalla predetta Convenzione rilevanti ed ostativi al rientro"* (nella specie, si è ritenuto irrilevante, ai fini della decisione sul rientro di due minori, affidati provvisoriamente alla madre e residenti in (OMISSIS), condotti in Italia dal padre per una vacanza e non riconsegnati alla scadenza stabilita alla madre, il lunghissimo periodo di tempo trascorso in Italia ed il loro stabile inserimento nell'ambiente del genitore). Il principio è stato successivamente ribadito (Cass. 2474/2004; Cass. 14792/2014; Cass. 2417/2016).

Sempre questa Corte ha precisato (Cass. 8000/2004; Cass. 5236/2007; Cass. 20365/2011) che il giudizio sulla domanda di rimpatrio 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". Il giudice, nella sostanza, deve attenersi ad un criterio di rigorosa interpretazione della portata della condizione ostativa al rientro, sicché egli non può dar peso al mero trauma psicologico o alla semplice sofferenza morale per il distacco dal genitore autore della sottrazione abusiva, a meno che tali inconvenienti non raggiungano il grado - richiesto dalla citata norma convenzionale - del pericolo psichico o della effettiva intollerabilità da parte del minore (Cass. 6081/2006).

L'accertamento sulla sussistenza delle uniche condizioni ritenute rilevanti ed ostative al rientro dall'art. 13, lett. b), della Convenzione dell'Aja del 1980 (vale a dire il grado del pericolo fisico o psichico o della effettiva intollerabilità) costituisce indagine di fatto sottratta al controllo di legittimità, esigendo la valutazione di elementi probatori, se la ponderazione del giudice di merito è sorretta da una motivazione immune da vizi logici e giuridici.

3.4. Orbene, l'accordo del 2018, intervenuto nel corso di procedimento attivato dal L. per disciplinare le modalità di affidamento e mantenimento della minore (a seguito di analogo procedimento instaurato dalla D. dinanzi al Tribunale di Monza), è stato esaminato dal Tribunale e ritenuto ininfluenza, atteso che esso "contrastava" con le domande previamente instaurate, nel luglio 2018, dalla stessa D. dinanzi al Tribunale di Monza ed era stato motivatamente smentito dalla medesima, la quale aveva dichiarato di avere accettato le condizioni ivi descritte pur di potere rivedere la figlia e subordinandolo in ogni caso ad una possibile revisione.

Deve, invece, osservarsi che l'accordo in questione, in quanto, oltretutto, incontestabilmente intervenuto nell'ambito di un procedimento giurisdizionale e perfezionatosi davanti al Tribunale di Bruxelles, doveva e deve essere valutato sul piano oggettivo del contenuto e dell'efficacia vincolante che di esso sono propri.

Ha pertanto errato il Tribunale di Milano ad escluderne ogni rilievo sulla base sia di una precedente azione giudiziaria promossa dalla D., che, avendo funzione del tutto sovrapponibile all'oggetto dell'accordo in esame, doveva ritenersi superata da esso, sia della rilevanza attribuita, ai fini della limitazione della sua efficacia, alle valutazioni, meramente soggettive e prive di peso giuridico, della stessa D..

L'accordo era ancora in vigore tra le parti, al marzo 2019 (considerato che non era intervenuto alcun provvedimento di revisione), allorché la minore, portata in Italia dalla madre con il consenso del padre, è stata ivi trattenuta contro la volontà del L., essendo la decisione del mancato rientro avvenuta senza accordo (ed in contrasto) con il suddetto genitore, titolare effettivo del diritto di custodia, al pari della madre.

L'accordo dell'ottobre 2018 aveva proprio ad oggetto, oltre alla regolamentazione delle condizioni di affidamento e di esercizio della responsabilità genitoriale, la determinazione della residenza abituale della minore e la non modificabilità della stessa senza consenso dell'altro genitore.

Ne consegue che non si poteva, legittimamente, derogare al suo contenuto ed alle pattuizioni in ordine all'esercizio del diritto di custodia da parte dei genitori e, in particolare, procedere allo spostamento della residenza della stessa minore dal (OMISSIS), così come espressamente ivi previsto, senza l'accordo con l'altro genitore, titolare ed esercente la responsabilità genitoriale.

La violazione dell'accordo e del diritto di custodia anche del padre ivi consacrato determina l'illecito di sottrazione di minore contestato; l'ordine di rientro della minore in (OMISSIS) poteva essere rifiutato, quindi, solo in presenza delle condizioni ostative di cui all'art. 13 della Convenzione dell'Aja, consistenti o nel mancato esercizio del diritto di affidamento in sede di trasferimento o di rientro o nel fondato rischio di un pregiudizio per il minore, neppure vagliate, nella specie, dal Tribunale (cfr. in motivazione, Cass. 13214/2021, ove si è evidenziato che l'accertamento della residenza abituale del minore deve essere "condotto in modo rigoroso" e seguendo i parametri normativi dettati dal sistema di protezione della Convenzione dell'Aja e come, alla luce dell'art. 3 della Convenzione dell'Aja, l'individuazione della residenza abituale della minore si fonda su indici giuridici e fattuali, predeterminati dalla stessa Convenzione, consistenti nell'accertamento del regime di affidamento e custodia vigente tra le parti e derivante dalla legge, da un provvedimento giudiziale o da un accordo, e della verifica dell'area territoriale nella quale il minore ha vissuto più

stabilmente, cosicchè, laddove viga un regime di bigenitorialità e di pari titolarità ed esercizio della responsabilità genitoriale, la residenza abituale va individuata "nella condivisa fissazione della stessa da parte dei genitori fino al trasferimento", non rilevando spostamenti successivi, salvo che la richiesta di rimpatrio pervenga oltre l'anno dal trasferimento).

Invero, le condizioni oggettive ai fini della configurazione della fattispecie della sottrazione internazionale del minore, secondo quanto stabilito dalla predetta Convenzione, sono da individuarsi nel fatto allontanamento dello stesso dalla residenza abituale (nella specie, collocabile in (OMISSIS) prima del trasferimento, secondo l'accordo in oggetto), senza consenso dell'altro genitore al trasferimento, o al mancato rientro nonchè nella titolarità ed esercizio effettivo del diritto di custodia da parte del denunciante l'avvenuta sottrazione.

Ne consegue che, ove sia invocata la Convenzione dell'Aja, compito del giudice di merito è quello di accertare la sussistenza dei requisiti per ritenere illecito il trasferimento o il mancato rientro del minore alla stregua di quanto previsto dall'art. 3 di detta Convenzione, a tenore del quale occorre che questi siano avvenuti in violazione dei diritti di custodia, derivanti direttamente "dalla legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa, o da un accordo in vigore", in base alla legislazione dello stato in cui il minore ha la residenza abituale, ed inoltre che detti diritti siano effettivamente esercitati (Cass. 3701/2000; Cass. 19544/2003; Cass. 5236/2007).

Questo è il punto dirimente della presente controversia, vale a dire la valenza e vigenza, al momento della sottrazione o del trattenimento in Italia della minore ad opera della madre senza il consenso del padre, dell'accordo tra le parti in ordine al diritto di custodia della minore ed alla fissazione della residenza abituale della piccola L. in (OMISSIS), la cui violazione integrava l'illecito contestato.

4. L'ultimo motivo è assorbito.

5. Per tutto quanto sopra esposto, in accoglimento dei primi tre motivi del ricorso, assorbito il quarto, va cassato il decreto impugnato, con rinvio al Tribunale per i minorenni di Milano in diversa composizione. Il giudice del rinvio provvederà alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie i primi tre motivi del ricorso, assorbito il quarto, cassa il decreto impugnato, con rinvio al Tribunale per i minorenni di Milano in diversa composizione, anche in ordine alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

Dispone che, ai sensi del D.Lgs. n. 198 del 2003, art. 52 siano omissi le generalità e gli altri dati identificativi, in caso di diffusione del presente provvedimento.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 19 aprile
2021. Depositato in Cancelleria il 30 giugno 2021