



TRIBUNALE PER I MINORENNI
20123 MILANO – Via G. Leopardi n°18

n. **2855/10 (ex 3957/08)** r.gen. /e

Il Tribunale per i Minorenni di Milano, riunito in camera di consiglio nella persona dei signori:

<i>Dr. Mario Zevola</i>	<i>Presidente</i>
<i>Dr. Luca Villa</i>	<i>Giudice rel.</i>
<i>Dr.ssa Maria Domenica Maggi</i>	<i>Giudice onorario</i>
<i>Dr. Andrea Deliberto</i>	<i>Giudice onorario</i>

Ha pronunciato il seguente

DECRETO

nel procedimento ex art 7 L. 64/94 relativo ai minori

R. L. nato a Monaco di Baviera il xx.xx.1998, **R. N.** nato a Monaco di Baviera il xx.xx.2002

figli legittimi di

R. J. nato a Marburg an der Lahn (Germania) il xxx e residente in Blüten-Weg xxx (Germania) con l'assistenza dell'avv Matthias Alessandro Strauss del foro di Roma, e presso il cui studio ha eletto domicilio e di

C. M. G. nata a Milano il xxx ed ivi residente in Milano xxx, con l'assistenza dell'avv Laura Cossar e Francesca Cunteri con studio in Milano via Carlo Ravizza n. 16 e presso il cui studio ha eletto domicilio

a) premessa.

Il presente procedimento deriva dall'annullamento con rinvio da parte della Corte di Cassazione (I^a sezione, sentenza 12293/10, 17.3.2010-19.5.2010) del decreto n. 3957/08 emesso da questo Tribunale il 10.12.2008 con il quale veniva accolta l'istanza proposta il 16.9.2008 dal padre dei minori, **R. J. T.** ai sensi dell'art 7 della legge 15.1.1994 n. 64 e dell'art 8 della Convenzione de l'Aja del 25.10.1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, volta ad ottenere il ritorno degli stessi in Germania.

La Corte di Cassazione, nell'accogliere il ricorso, ha accolto alcuni dei motivi di ricorso (ritenendone assorbiti altri) individuando in particolare due profili di annullamento:

- a) il mancato ascolto dei minori;
- b) la necessità di *«verificare se il genitore che lamenta la violazione del suo diritto di affidamento abbia in concreto esercitato tale diritto, da intendersi, nel caso di titolarità congiunta, nel senso non solo che l'iniziativa del trasferimento all'estero abbia arbitrariamente variato il luogo di residenza del minore prima concordato con l'altro genitore, e, dunque, il suo collocamento, ma che abbia anche pregiudicato il rapporto di effettiva cura del minore da parte del genitore coaffidatario, impedendo a quest'ultimo di continuare a soddisfare con assiduità, stabilità ed anche impiego di risorse economiche le molteplici esigenze fondamentali di vita del figlio, e a questi di trarne beneficio, di mantenere, cioè, consuetudini e comunanza di vita ancorché in misura inferiore rispetto all'altro genitore (cfr cass. 2004/08000), espressivi di dedizione del genitore per contenuti e tempi non equiparabile a discontinui accudimenti, di fatto parificabili ad un mero diritto di visita, soggetto a tutela differenziata (art. 21 della Convenzione. Cfr tra le altre, cass. 2007/14960; 2006/07864; 2005/06014). Altrimenti, l'ordine di ristabilimento della custodia verrebbe indebitamente ad integrare tutela del solo diritto del genitore di stabilire o concordare la residenza del minore, violato a seguito di trasferimento illegittimo, ed, inoltre, si risolverebbe in un non consentito ampliamento delle modalità concrete di esercizio del diritto di custodia, con sostanziale modifica ampliativa del regime di affidamento e delle condizioni anteatte di vita quotidiana del minore stesso (in tema, cfr cass. 2007/17648), al di là di qualsiasi verifica della loro conformità al suo superiore interesse»*

b) l'odierno procedimento

1. Il presente procedimento è stato instaurato a seguito di ricorso per rinvio al giudice di primo grado depositato dalla difesa C. il 14.9.2010. Il 16.9.2010 il tribunale ha chiesto alla Cancelleria della Corte di Cassazione la trasmissione del fascicolo di primo grado e gli atti sono pervenuti il 2.10.2010. Con decreto 8.10.2010 è stata fissata l'udienza in camera di Consiglio del 27.10.2010.
2. All'udienza del 27 ottobre 2010 sono comparse le parti ma avendo preannunciato il signor R. la propria intenzione di partecipare unicamente il giorno prima, si è disposto il rinvio all'udienza del 10 novembre 2010 non essendo presente l'interprete.
3. il 10 novembre 2010 sono stati sentiti i genitori ed il Tribunale ha rinviato il procedimento all'udienza del 23.11.2010 per l'ascolto dei minori presso il centro CTIF (per consentire un ascolto in apposita stanza da parte di un componente del collegio con possibilità per le parti ed il tribunale di assistere all'audizione da altri locali) disponendo che la madre

provvedesse al loro accompagnamento. Non si accoglieva la richiesta della difesa C. di un rinvio dell'udienza per esaminare i documenti depositati dalla difesa R. non venendo comunque discussa ed esaurita la procedura in tale udienza ed avendo pertanto la parte la facoltà di esaminare la documentazione depositata.

4. Il 22 novembre 2010 la madre ha preannunciato la propria decisione di non far presenziare i minori (allegando DVD contenente dichiarazioni dei figli) e, con comunicazione dello stesso giorno, il Tribunale confermava la già fissata udienza disponendo che avesse luogo presso il Tribunale. All'udienza del 23 novembre 2010 si verificava che la ditta che aveva registrato l'udienza del 10 novembre 2010 non aveva ancora proceduto alla relativa trascrizione e si comunicava che il PM aveva depositato nuova richiesta di rimpatrio con riferimento alla sottrazione dei minori avvenuta il 19.2.2019 (procedimento n. 3660/10 parimenti definito in data odierna con pronuncia di inammissibilità difettando la competenza del tribunale per i Minorenni non essendo noto il luogo ove si trovano i minori all'atto del ricorso del PM così come presto dall'art 7 co 2 L. 64/94). Si rinviavano pertanto entrambi i procedimenti all'udienza odierna all'esito della quale le parti hanno concluso chiedendo: la difesa del signor R. ed il PM per l'accoglimento del ricorso (chiedendo il PM altresì l'adozione dei provvedimenti cautelare necessari ex art 20 del Regolamento CE n. 2201/2003; la difesa della signora C. (con memoria 10.12.2010 depositata per entrambi i procedimenti e qui sintetizzata nelle conclusioni solo per la parte che concerne il procedimento in esame):
 - a. Dichiarare la liceità del trasferimento in Italia di madre e figli;
 - b. Sospendere l'esecutività del provvedimento emesso dal TM il 9.12.2008;
 - c. Rigettare l'istanza di rimpatrio:
 - i. prendendo atto della volontà dei minori come dichiarato dai minori all'autorità tedesche e nel DVD prodotto in udienza
 - ii. violando lo stesso il diritto alla bi genitorialità (art 20 conv Aja);
 - iii. violando l'ordinamento tedesco i principi fondamentali della normativa europea sulla protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali
 - iv. violando il diritto costituzionalmente garantito alla libera circolazione del cittadino (sa sul versante italiano, art 16 Cost, che europeo, art 3, 14, 17-21 del Trattato CE);
 - v. sussistendo i presupposti di cui all'art 13 lett a) e b) conv Aja 1980;
 - d. Regolamentare il diritto di visita paterno nelle modalità ritenute più tutelanti e comunque in Italia

- e. Dichiarare la residenza abituale dei minori e la conseguente competenza del tribunale per i Minorenni di Milano e che tale mutamento è seguito al lecito trasferimento del settembre 2008;
- f. Affidare i minori in via esclusiva alla madre;

c) l'ordinamento giuridico tedesco

Per comprendere alcuni passaggi in fatto, si devono sintetizzare alcuni principi del diritto di famiglia tedesco¹.

Secondo il codice civile la potestà genitoriale comprende (art 1626 cc) «*la cura della persona del figlio (potestà sulla persona) e del patrimonio del figlio (potestà sul patrimonio)*». Si prevede che i genitori tengano conto delle inclinazioni e della crescente capacità del figlio (art 1626 co 2) e per il benessere del figlio «*è richiesta di regola la frequentazione di entrambi i genitori*». All'art 1684 si illustra il diritto/dovere di frequentazione dei figli con possibilità di intervenire limitando la potestà o il diritto di frequentazione.

L'art 1631 descrive la potestà sulla persona: essa comprende «*il dovere ed il diritto di curare, educare, sorvegliare il figlio e fissarne la dimora*» ed in seguito vengono indicati ulteriori principi legati all'istruzione (art 1631a), internamento/privazione della libertà (1631b), sterilizzazione (1631c), restituzione del minore trattenuto da terzi o il diritto a determinare le frequentazioni (1632).

Conformemente all'ordinamento italiano (316 cc) la potestà è esercitata in «*reciproco accordo*» e se vi è contrasto «*devono cercare di raggiungere un accordo*» (art 1627). Se vi è disaccordo «*su singole questioni o su determinati tipi di questioni*» il Tribunale, adito da uno dei genitori, «*può trasferire il potere di decisione ad un genitore*» e tale trasferimento può essere sottoposto a limiti e oneri. (art 1628)

Anche la rappresentanza del figlio è “congiunta” (art 1629) e solo su provvedimento del Tribunale può essere attribuita in via esclusiva ad uno solo di essi.

Se viene limitata la potestà sulla persona o sul patrimonio il Tribunale procede alla nomina di un curatore (art 1630).

«*Se i genitori, ai quali spetta congiuntamente la potestà genitoriale, vivono non solo temporaneamente separati, ogni genitore può domandare che il Tribunale della famiglia gli trasferisca in via esclusiva la potestà o una parte della potestà genitoriale*» (art 1671). Non è prevista pertanto una preventiva causa di separazione e la normativa disciplina già lo stato di fatto ed è rimessa ai genitori la decisione o meno di rivolgersi al Tribunale. Nei commi successivi si indicano altresì le ipotesi di accoglimento della domanda (il consenso dell'altro genitore o l'interesse del minore).

¹ Cfr doc 7 fascicolo R.: contenente la traduzione e presentazione del Codice Civile tedesco ad opera di Salvatore Patti (edita da Giuffrè)

L'art 1687 disciplina l'esercizio della potestà congiunta in caso di vita separata, prevedendo che sulle questioni di "*particolare importanza*" la potestà sia congiunta, mentre sulle questioni della vita quotidiana (descritte come «*quelle che si presentano frequentemente e che non hanno particolari ripercussioni sullo sviluppo del figlio*») le decisioni spettano al genitore con il quale il minore dimora abitualmente.

d) i fatti oggetto del procedimento.

Ciò premesso si ritiene necessario ricostruire, alla luce della documentazione offerta dalle parti e dell'istruttoria svolta nell'udienza di rinvio, le vicende in esame seguendone l'ordine cronologico.

1. i genitori dei minori si sono sposati il 17.6.1997 e la convivenza si è protratta fino al febbraio 2007² quando prendevano un accordo libero relativamente all'esercizio del diritto di visita (con fine settimana alternati con pernottamento anche presso l'abitazione del padre)³. In realtà ben presto si sono manifestate delle difficoltà ed il 23.5.2007⁴ doveva intervenire una prima pronuncia del Tribunale di Monaco di Baviera su ricorso del padre che disciplinava il diritto di visita per le vacanze di Pentecoste (26-29 maggio 2007) prevedendo che in tali giorni i due minori stessero con il padre pernottando a casa sua. Nella motivazione si dà atto che la madre aveva tentato, con una lettera, di «*accorciare di un giorno la durata della visita rispetto a quanto concordato*». Si riferisce che la madre sosteneva che L. non voleva dormire dal padre ma il tribunale riteneva che ciò dipendesse dall'interruzione dei rapporti avvenuta per un mese consecutivo. Quanto a N. lo stesso pareva (dalle indagini dei servizi sociali) influenzato dal fratello. Si dava atto dell'importanza della frequentazione del padre, del desiderio del padre di trascorrere con i figli la "*prima comunione di L.*" evidenziando come per l'ordinamento tedesco (si cita una sentenza della Corte Costituzionale) l'esclusione dei pernottamenti per bambini che hanno più di tre anni, costituisca una limitazione della potestà e che era necessario procedere all'ascolto dei minori dopo aver consentito una regolare frequentazione («*i bambini devono essere nuovamente ascoltati durante il contatto con il padre*»). Il 21.5.2007 il Tribunale di Monaco disponeva invece che il padre fornisse le informazioni necessarie circa i propri redditi relativi agli ultimi 3 anni;
2. con decreto 30 maggio 2007⁵ il Tribunale di Monaco limitava la potestà di entrambi i genitori nominando un curatore speciale⁶ che regolamentas-

² Cfr tra gli altri doc 14 fascicolo R.

³ Una bozza (no firmata) di tale accordo è contenuta al doc 23 fascicolo C.. Nell'ultimo paragrafo si

⁴ Cfr doc 14 fascicolo R.

⁵ Cfr doc 15 fascicolo R.

⁶ *Umgangspflegler* che la difesa R. assume essere soggetto estraneo allo Jugendamt, caratteristica che la difesa C. non contesta. In udienza la difesa C. sosteneva che fosse un "controllore delle visite" ovvero che

se il diritto di visita, dava una prima disciplina (con pernottamento), vietava alla madre di avvicinarsi a meno di 100 metri dall'appartamento del padre durante il periodo di visita (si fa riferimento ad un episodio avvenuto il 26.5.2007), disponeva una perizia psicologico familiare. Nella motivazione si dava atto del "fallimento" del precedente decreto e di come entrambi i genitori non fossero in grado di esercitare in maniera responsabile i loro doveri anche per le discussioni che avvenivano in presenza dei bambini. Poco dopo il curatore speciale stilava un calendario⁷ (dal 30.6.1007 al 19.12.2008) nel quale fissava le visite dei minori al padre: 57 visite, comprensive sia di fine settimana (tendenzialmente alternati e con pernottamento) sia di visite infrasettimanali e di periodi di vacanza (dal 10 al 28 agosto 2007, dal 1 all'8 settembre 2007 nonché in altri periodi quali Natale e Pasqua, vacanze di pentecoste). Quanto all'estate del 2008 si prevedeva che i minori stessero con il padre dal 23 agosto al 14 settembre 2008 dopo essere stati con la madre dal 23 luglio al 23 agosto;

3. il 25.6.2007 la Pretura di Monaco deliberava che il R. era obbligato a pagare, da aprile 2007 gli alimenti per i minori (rispettivamente 257 e 199 euro) non ritenendo esaustiva la dichiarazione del padre di aver soddisfatto in precedenza tali obblighi versando le somme sul conto comune.
4. il 27.11.2007 il «Kreisjugendamt» (corrispondenti ai nostri servizi sociali ma, parrebbe, non dipendente dall'ente locale e quindi maggiormente somigliante all'USSM che dipende dal nostro dipartimento per la giustizia minorile) rilasciava un primo parere socialpedagogico⁸ con il quale si concordava con il parere del perito⁹. Si riteneva adeguato un regime che prevedesse fine settimana alternati con pernottamento per entrambi e una visita infrasettimanale solo per L.. Sia i servizi, che il perito ritenevano che entrambi i minori avessero un buon rapporto con il padre e che «*il padre abbia buone capacità educative e di sviluppo*». Vi era però un permanente conflitto tra i genitori ed il Tribunale riteneva necessario supportare i genitori con una consulenza;
5. il 21.1.2008¹⁰ la madre depositava istanza per consentire di trasferire con provvedimento d'urgenza l'esclusivo diritto di determinare la dimora per entrambi i figli e tale istanza è stata rigettata con decreto 19.6.2008¹¹. La difesa R. ha allegato anche il verbale di udienza durante la quale i giudici

le visite del padre dovessero con "modalità controllate", ma l'interprete a escluso che potesse tradursi con tale termine la parola tedesca confermando la traduzione come "curatore" (cfr verb udienza pag 23-24)

⁷ Cfr doc 16 fascicolo R. e doc 4 fascicolo C.

⁸ Cfr doc 17 fascicolo R.

⁹ Si deve dare atto che entrambe le parti non hanno ritenuto necessario o utile produrre copia di tale perizia ritenendo sufficienti le conclusioni riportate nei provvedimenti e l'audizione del perito effettuata dal Tribunale.

¹⁰ Cfr doc 19 fascicolo R.

¹¹ Ibidem e doc 10 fascicolo C. .

tedeschi hanno proceduto all'ascolto dei minori¹². Nel decreto si ribadisce che la potestà genitoriale era “*congiunta*”, che la madre si voleva trasferire perché «*le sarebbe stato offerto un posto di lavoro a Milano a partire dal giugno 2008 con uno stipendio lordo annuale di € 100.000*», che il R. non le pagava il mantenimento. Il padre era contrario evidenziando che la madre parla 6 lingue e avrebbe trovato facilmente un nuovo lavoro e che i bambini sarebbero stati radicati dal loro contesto di vita. Il Tribunale ha rigettato l'istanza della madre richiamando (sul punto si ritornerà in seguito) le dichiarazioni dei minori e le valutazioni del perito che consigliava di «*rimandare il trasloco di un anno e di rendere più intenso il contatto con il padre*». Evidenziava il tribunale come la madre non avesse documentato né la ricerca infruttuosa di un lavoro in Germania e di come il trasferimento in Italia avrebbe potuto pregiudicare il consolidamento del rapporto che si stava faticosamente costruendo con il padre (nella traduzione si riferisce che ancora non si era potuto «*instaurare un buon rapporto*»);

6. anche nel successivo processo d'appello avverso la citata decisione venivano sentiti all'udienza del 4.8.2008 i minori¹³ e i genitori¹⁴ (in tale occasione al madre dichiarava che se si fosse trasferita a Milano avrebbe portato i figli a Monaco 1 volta al mese), mentre il 2.9.2008¹⁵ venivano sentiti dapprima i genitori, poi il perito. Con decreto 3-5.9.2008¹⁶ il reclamo della madre veniva respinto. La corte d'appello evidenziava come la dichiarazione relativa al licenziamento ed ai motivi professionali che dettavano la necessità del trasferimento non fossero convincenti¹⁷;
7. tra il 14.9.2008 e il 15.9.2008, al termine delle vacanze estive, la madre portava entrambi i bambini in luogo sconosciuto ed in seguito in Italia ove li iscriveva alla scuola elementare
8. il 16.9.2008 il padre avanzava istanza di rimpatrio;
9. il 17.9.2010¹⁸ la Pretura di Monaco, in via d'urgenza, trasferiva in capo al padre il diritto di determinare la dimora di entrambi i figli vietando alla madre di asportare abbigliamento, oggetti personali e oggetti personali del bambini dalla casa di Taufekirchen e di portarli in Italia;

¹² Cfr doc 18 fascicolo R. (v. infra per una sintesi il paragrafo e.9.e)

¹³ Cfr doc 21 fascicolo C. (v. infra per una sintesi il paragrafo e.9.e)

¹⁴ Cfr doc 20 fascicolo R.

¹⁵ Cfr doc 21 fascicolo R.

¹⁶ Cfr doc 22 fascicolo R.; doc 11 fascicolo C.

¹⁷ In effetti nel verbale di udienza 2.9.2010 la C. era stata molto confusa e imprecisa e non risulta dalla lettura del verbale e del decreto (che sottolinea tale aspetto) che sia stato depositato alcun documento sull'intimato licenziamento o su una non meglio precisata causa di lavoro. Nel fascicolo odierno è stata invece depositato una copia del contratto di assunzione tra la madre e la SML 4.2.2008 (cfr doc 2 fasc C.) senza allegata traduzione giurata (sono state tradotte solo alcune righe a pagina 2 relativamente alla necessità di un trasferimento ad altra sede entro il giugno 2008). Anche nella presente causa – nonostante quanto affermato a pagina 4 del ricorso per riassunzione 14.9.2010, non è stato depositato alcun atto di licenziamento.

¹⁸ Cfr doc 37 fascicolo R., doc 12 fascicolo C.

10. il 24.9.2008 veniva emesso un mandato d'arresto europeo¹⁹ per la sottrazione dei minori. La madre veniva arrestata a Milano il 27.10.2010²⁰ e la Corte d'appello, il giorno stesso, convalidava l'arresto applicando la misura dell'obbligo di presentazione²¹
11. nel settembre 2008 la C. iscriveva i figli a scuola a Milano²²
12. il 12.11.2008 il PM presso il Tribunale per i Minorenni di Milano depositava ricorso ex art 7 l. 64/94;
13. il 20.11.2008²³ la Pretura di Monaco, su ricorso della madre, rigettava l'istanza di modifica dell'ordinanza 17.9.2008 con la quale si riteneva che per i minori l'unica soluzione trasferire in capo al padre la scelta della dimora²⁴;
14. il 10.12.2008 il tribunale per i Minorenni di Milano ha accolto l'istanza di rimpatrio dei minori;
15. il 19.12.2008²⁵ la Corte d'appello di Monaco rigettava il reclamo proposto dalla C. avverso il decreto 20.11.2008 della Pretura di Monaco, confermando il trasferimento in capo al padre del diritto di determinare la dimora di entrambi i figli. Nella sentenza si riserva alla fase di merito una decisione circa la concreta futura residenza dei bambini «*solo dopo un chiarimento scrupoloso e coscienzioso*» di tutte le circostanze connesse al diritto di affidamento, evidenziando che fino ad allora i Tribunali «*non possono tollerare che una delle parti arbitrariamente forzi le decisioni a suo favore*». Alla decisione è allegata relazione del Kreisjugendamt 19.12.2008²⁶ nella quale si sottolineava nelle conclusioni la necessità per i minori di mantenere comunque i rapporti con la madre²⁷ anche se vi era

¹⁹ Cfr doc 25 fascicolo R.. La difesa C. incentra gran parte delle sue attenzioni su un evidente errore materiale contenuto in alcuni atti (cfr doc 28,29, 30,31,32,33 fascicolo R. e docc 5 fascicolo C.) di esecuzione di tale atto (tutti successivi al 9.9.2008), ma il collegio ritiene tale aspetto assolutamente privo di rilevanza essendo in atti il documento originario e non essendovi dubbi su tale data (unica che abbia corrispondenza con la logica). Il PM sul punto ha prodotto anche una dichiarazione della Procura di Monaco di Baviera (cfr doc 46°) fascicolo R.. In realtà la data del 24.8.2008 è stata inserita da quale funzionario dell'INTERPOL nel modulo della divisione S.I.R.E.N.E (ve ne è una copia allegata alla comunicazione 28.10.2008) ed a prima facie è evidente la contraddizione interna posto che il reato indicato è successivo alla data del mandato di arresto

²⁰ Cfr doc 31 fascicolo R..

²¹ Cfr doc 30 fascicolo R..

²² Cfr doc 9 fascicolo C.

²³ Cfr doc 24 fascicolo R.

²⁴ Sul punto si sofferma anche la Corte di Cassazione (pag 7) sull'errata traduzione del provvedimento laddove nel doc prodotto già in primo grado della difesa R. il termine *aufenthaltsbestimmungsrecht* è stato tradotto come "affidarli esclusivamente al padre" mentre lo stesso termine, riferito al provvedimento 19.12.2008 (doc 37, versione italiana pag 4) è stato più correttamente tradotto "*diritto di determinare la residenza*". Cfr altresì doc 12 fasc C.

²⁵ Cfr doc 37 fascicolo R.

²⁶ Cfr doc 38 fascicolo R.

²⁷ "*Ogni intervento dovrebbe evitare un continuo impedimento del contatto con la madre, in quanto da un punto di vista socialpedagogico questo potrebbe essere pregiudizievole per il bene dei minori, proprio come l'attuale situazione*"

- la fondata ragione di temere un nuovo rapimento²⁸ non parendo la madre disposta a accettare le altrui decisioni²⁹;
16. il 16.2.2009³⁰ con provvedimento di urgenza la Pretura di Monaco di Baviera trasferiva l'affidamento del diritto di determinare la residenza i minori in favore del padre. Si sottolineava nel provvedimento che la madre stava tenendo nascosti i figli dopo che in Italia era stato emesso il provvedimento da parte del TM e ciò «*contrasta in maniera grave con il bene dei figli*» ed anche se i figli fossero tornati a breve in Germania «*attualmente non è possibile l'esercizio congiunto*» e quindi si doveva trasferire al padre la potestà genitoriale;
17. nel marzo 2009³¹ si sviluppano delle trattative tra le parti per definire stragiudizialmente la vicenda ma senza esito se non che il padre si rendeva disponibile a ritirare le querele e la madre a agevolare le visite
18. l'8.5.2009 i minori venivano prelevati dalla scuola e condotti in Germania;
19. il 19.5.2009 la Corte di Cassazione accoglieva con rinvio il ricorso proposto dalla madre;
20. il 19.6.2009³² il Tribunale di Monaco emetteva un ordine di protezione che vietava alla madre di avvicinarsi a meno di 200 metri dai luoghi abitualmente frequentati dai minori
21. il 15.2.2010³³ la madre veniva obbligata a contribuire al mantenimento dei minori (334 e 272 euro). Per tale provvedimento è stato emesso anche il relativo certificato previsto dal regolamento CE 44/2001³⁴
22. il 19.2.2010³⁵ la madre si recava in Germania e sottraeva una seconda volta i minori prelevandoli all'esterno di una biblioteca e portandoli in località tuttora ignota (all'udienza odierna ha riferito di averli condotti in Polonia);
23. il 6.5.2010³⁶ il Pretore di Monaco emetteva sentenza definitiva relativamente alla responsabilità genitoriale che veniva affidata al padre. Si dà atto in tale sentenza che «*dopo il rientro in Germania dei bambini si riambientavano bene presso il padre. N. frequentava la prima elementare e nonostante l'anno scolastico fosse già iniziato, riusciva a passare in seconda, L., che si trovava nel primo anno di ginnasio, dopo il cambio dell'anno scolastico ripeteva la quinta. Durante il periodo in cui i bambini abitavano con il padre,*

²⁸ «*si teme che potrebbe reagire nuovamente con il rapimento dei bambini*»

²⁹ «*Il comportamento della madre rafforza nuovamente l'impressione che con lei sia praticamente impossibile prendere accordi vincolanti, che non rispecchino esattamente le sue idee*»

³⁰ Cfr doc 41 fascicolo R.

³¹ Cfr doc 38 fascicolo C., contenente un'annotazione di PG della Questura di Milano relativo ad un incontro tra i legali (non erano presenti i genitori).

³² Cfr doc 39 fascicolo C.

³³ Cfr doc 39 fascicolo R.

³⁴ Cfr doc 40 fascicolo R.

³⁵ Cfr doc 36 fascicolo R. oltre agli articoli di stampa allegati dalle parti

³⁶ Cfr doc 44 fascicolo R.

avevano regolari contatti telefonici con la madre. Alla madre non era possibile recarsi in Germania per il diritto di visita, in quanto pendeva un ordine di arresto nei suoi confronti. Da parte del padre dei bambini venivano però fatte diverse proposte di incontro all'estero, che non avevano però luogo. Dopo che agli inizi di febbraio 2010 l'ordine di arresto contro la madre veniva revocato, la madre dei bambini si recava in Germania e rapiva nuovamente i bambini il 19.2.2010». Tali comportamenti vengono severamente censurati e per tali ragioni la potestà veniva affidata esclusivamente al padre;

24. il 6.5.2010³⁷ il Pretore di Monaco emetteva altresì una “*sentenza parziale, contumaciale e definitiva*” con la quale è stato sciolto il matrimonio con conseguente assunzione di decisioni di natura patrimoniale (aspettative pensionistiche e regime patrimoniale). Anche tale decisione è munita del certificato CE 2201/2003³⁸
25. il 23.7.2010³⁹ la Pretura di Monaco di Baviera ha dichiarato l'illiceità del trasferimento dei minori effettuato il 19.2.2010, ai sensi dell'art 3 della Convenzione Aja 25.10.1980;
26. il 7.10.2010⁴⁰ la Pretura di Monaco di Baviera ha dichiarato l'illiceità del trasferimento dei minori effettuato il 14/15.9.2008, ai sensi dell'art 3 della Convenzione Aja 25.10.1980;

e) Motivi della decisione

- 1) Deve innanzi tutto rigettarsi la richiesta formulata dalla difesa C. nel ricorso 14.9.2010⁴¹ di «*sospendere l'esecutività del provvedimento*» emesso il 9.12.2008 dal tribunale per i Minorenni. Tale provvedimento è già stato cassato dalla suprema corte e, non essendo attualmente in esecuzione trovandosi i minori con la madre, non vi è alcuno spazio per applicare quanto disposto dall'art 389 cpc, essendo già venuto meno l'effetto di tale pronuncia che non sarebbe pertanto eseguibile in caso di rintraccio dei minori (per evitare malintesi, con l'ordinanza 10.11.2010, con cui si disponeva l'udienza per l'ascolto dei minori innanzi al TM, si era già chiarito tale principio).
- 2) Oggetto del presente procedimento è unicamente il primo episodio di sottrazione, ma dovranno essere presi in considerazione alcuni fatti successivi per verificare se sussista l'ipotesi di cui all'art 13 della Convenzione Aja ritenendo che tale valutazione debba essere effettuata nell'attualità.
- 3) L'ordinamento tedesco, al pari dell'ordinamento italiano, concepisce l'esercizio della potestà come un coacervo di diritti/doveri che riguardano più aspetti: l'educazione, la cura, la salute, l'istruzione, il diritto a sta-

³⁷ Cfr doc 42 fascicolo R.

³⁸ Cfr doc 43 fascicolo R.

³⁹ Cfr doc 36 fascicolo R.

⁴⁰ Cfr doc 23 fascicolo R.

⁴¹ Pag 25

bilire la residenza, nonché i diritti di natura patrimoniale. Non si ritiene contestabile che, sia per la legge tedesca, che per i provvedimenti emessi all'epoca della prima sottrazione, la potestà genitoriale fosse esercitata congiuntamente. Difformemente dall'ordinamento tedesco, per l'ordinamento italiano il diritto a stabilire la residenza non rientra espressamente tra le decisioni tipiche dell'affidamento condiviso (art 155 cc), tant'è che solo nell'art 155-quater (introdotto con la legge 54/2006) se ne fa menzione, ma come possibilità, per l'altro coniuge, "*Nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio*", di "*chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici*". In Italia si riconosce pertanto al genitore collocatario la possibilità di mutare residenza, anche se alcuni autori ritengono che il mutamento della residenza costituisca una delle decisioni di "maggiore interesse" previste dall'art 155 cc (così come l'art 144 cc prevede, per le coppie coniugate, la scelta della residenza come tipica decisione congiunta derivante dal matrimonio). In tale logica si iscrive anche la recente giurisprudenza (citata nell'ultima memoria depositata dalla madre⁴²) che però non affronta, ovviamente, gli aspetti di merito, confermando il trasferimento che in quel caso aveva operato il genitore principale collocatario in virtù del radicamento ormai maturato dal minore e non riconoscendo, in astratto il diritto del genitore collocatario di trasferire ovunque la residenza dei minori. Diversamente dall'ordinamento italiano, il regolamento CE n. 2201/2003 (c.d. Bruxelles II bis) e l'ordinamento tedesco prevedono esplicitamente quale tratto tipico della responsabilità genitoriale il diritto di stabilire la residenza dei figli. Quanto all'ordinamento tedesco si è sopra esposta la normativa sull'esercizio della potestà, sia nella fase antecedente la separazione, che successiva. Quanto al regolamento CE (normativa nel caso di specie prevalente ex art 60 del reg CE stesso) l'art 2, contenente le definizioni, al paragrafo 9) così descrive il "diritto di affidamento": «*i diritti e doveri concernenti la cura della persona di un minore, in particolare il diritto di intervenire nella decisione riguardo al suo luogo di residenza*». Nel successivo paragrafo 11 così descrive il «*trasferimento illecito o mancato ritorno del minore*»:

«*a) quando avviene in violazione dei diritti di affidamento derivanti da una decisione, dalla legge o da un accordo vigente in base alla legislazione dello stato membro nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento*

e

b) se il diritto di affidamento era effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti tali eventi. L'affidamen-

⁴² Ci si riferisce a Cassazione sezione I, 13619, CC 21.4.2010, dep 4.6.2010

to si considera esercitato congiuntamente da entrambi i genitori quando uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente ad una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale».

- 4) Ritiene il collegio che sia ampiamente provata la ricorrenza di entrambi i presupposti. Quanto al punto a) sia la legge, che l'accordo intervenuto tra le parti, che il provvedimento del Tribunale, attribuivano anche al padre l'affidamento dei minori con specifico riguardo alla decisione sulla residenza. Quanto al punto b), la norma indica come "effettivo esercizio" dell'affidamento, l'ipotesi - come accaduto nel caso di specie in esecuzione della legge e della decisione 19,6.2008 – in cui l'altro genitore (nel nostro caso la madre) non possa decidere il luogo di residenza "senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale" (nel nostro caso il padre). Una interpretazione diversa del diritto di affidamento si porrebbe pertanto in contrasto sia con l'ordinamento comunitario, che con l'ordinamento tedesco.
- 5) Nel caso di specie, inoltre, l'esercizio del diritto di visita nelle sue modalità concrete, non era esercitato dal padre con le modalità sopra riportate per una rinuncia da parte dello stesso ad essere maggiormente presente nella vita dei figli, ma a seguito di un intervento dell'autorità giudiziaria che ha ritenuto che la madre ostacolasse il legittimo diritto del padre a frequentare, e con la dovuta ampiezza, L. e N.. Per raggiungere tale scopo il Tribunale tedesco ha ritenuto necessario intervenire limitando sul punto la potestà di entrambi i genitori, nominando un curatore speciale (un avvocato) e disponendo specifica perizia conferita a soggetto che non risulta far parte dei servizi minorili.
- 6) Il padre non si è sottratto al dovere di mantenere i minori. Si è visto che il Tribunale tedesco è intervenuto ben presto (dopo neanche un mese) a dirimere il contrasto tra i genitori, non riconoscendo come sufficientemente provato che il padre avesse adempiuto ai suoi doveri nei primi tre mesi (aprile-giugno 2007). Successivamente non risulta che il padre abbia ommesso di contribuire al mantenimento, e lo stesso ha dichiarato di aver sempre puntualmente pagato recuperando i tre mesi che il Giudice tedesco aveva considerato in arretrato, fino al mese della sottrazione (settembre 2008)⁴³. Lo stesso ha dichiarato di aver fatto altre spese (biciclette, vestiti, lego). Il padre al TM ha negato di aver ricevuto contestazioni successive⁴⁴, la difesa C. non ha prodotto alcun documento al riguardo, e la madre non ha contestato tale circostanza limitandosi ad ammettere che il padre non aveva dato «*un centesimo di più*» e che si era detta tra sé e sé: «*me li mantengo io i miei figli, ho voluto io la separazione, sto in piedi*

⁴³ Cfr verb ud 10.11.2010 pag 14

⁴⁴ Cfr verb ud 10.11.2010 pag 17

*sulle mie gambe, e non fa niente»*⁴⁵. Non trova pertanto conferma quanto assunto dalla difesa della madre nel ricorso in Cassazione e nella memoria 23.11.2010 (pag 5)

- 7) Sempre per restare nei limiti fissati dalla pronuncia della Cassazione il padre non si è limitato, nell'esercitare la potestà, ad attivarsi, anche giudizialmente, per vedere garantito il diritto di frequentazione, o a resistere (sia stragiudizialmente che in giudizio) per poter esercitare la potestà relativamente al diritto di determinare la residenza, o ad adempiere al dovere di contribuire al mantenimento, ma ha altresì continuato ad occuparsi dei minori nei tempi e nei modi consentiti dalla situazione data. In udienza ha dichiarato che l'intervento del curatore non gli impediva di esplicitare le altre sfere della cura dei minori e di aver continuato ad avere rapporti *“con gli insegnanti, con l'asilo, con i medici, con il maestro di ginnastica e questo continuamente”*⁴⁶. Anche nelle relazioni del Servizio Sociale e nei verbali del perito si conferma la positività del rapporto tra i minori ed il padre nonostante l'evidente conflittualità. Deve ritenersi pertanto che il padre non si sia limitato ad esercitare unicamente il diritto di visita, ma abbia esercitato – nonostante le difficoltà e la conflittualità di coppia - l'affidamento congiunto continuando ad esercitare la potestà congiunta in ogni ambito di vita dei minori.
- 8) Quanto all'ascolto dei minori non si è potuto procedere a quanto prescritto dalla Corte di Cassazione per scelta della madre che non solo non ha portato in udienza i minori ma ha dapprima dichiarato che non intendeva riferire dove si trovassero, per poi affermare (ma sul punto si tratta di mera dichiarazione ad oggi non riscontrata) che i due figli si troverebbero in luogo sicuro in Polonia⁴⁷.
- 9) La madre ha allegato un CD ROM contenente dichiarazioni dei minori, ma non ritiene il collegio che le stesse possano essere utilizzate trattandosi di dichiarazioni che palesemente violano la normativa convenzionale in materia di ascolto del minore, ed in particolare dell'art 12 della convenzione di New York del 24.11.1989 che prevede che il minore debba esprimere la sua posizione *“liberamente”* e della convenzione di Strasburgo 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori⁴⁸ che all'art 10 prevede che prima di decidere l'autorità giudiziaria debba *«assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti, nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, permettere al minore di esprimere la propria opinio-*

⁴⁵ Cfr verb ud 10.11.2010 pag 40

⁴⁶ Cfr verb ud 10.11.2010 pag 14

⁴⁷ Cfr memoria C. 10.10.2010

⁴⁸ Ratificato con L. 20 marzo 2003, n. 77

ne». Nel caso di specie non vi è alcuna garanzia su come tali dichiarazioni siano state raccolte e vi sono serie perplessità sulla loro genuinità (i minori sono trattenuti dalla madre o per conto della madre in località ignota ormai da 10 mesi). È inoltre principio generale (art 2702 cc riguardante peraltro le scritture private) che tali dichiarazioni debbano essere integrate con la testimonianza del terzo⁴⁹. Solo di recente (L. 18.6.2009 n. 69) è stata ammessa la testimonianza scritta. Al di là dell'aspetto formale (la testimonianza audio non è previsto dalla norma), non risulta comunque che il padre abbia dato il consenso alla stessa. Sono pertanto utilizzabili unicamente le dichiarazioni rese nel corso dei procedimenti svolti in Germania e li si esaminerà in seguito.

- 10) Deve pertanto ritenersi che il trasferimento dei minori abbia avuto natura illecita.
- 11) Verificato tale presupposto, il combinato disposto della convenzione Aja del 1980 e dell'art 11 del Regolamento CE 2201/2003 impone l'effettuazione di ulteriori verifiche ed in particolare: **a)** che la domanda sia compatibile con i principi fondamentali dello stato richiesto (art 20 conv Aja); **b)** che rispetto al ricorso introduttivo non sia decorso un anno dal trasferimento illecito (art 12 co 1 conv Aja); **c)** qualora la decisione sull'illiceità dipenda da un'attività giurisdizionale, in via incidentale, che nel procedimento a quo sia stato garantito il contraddittorio (ex art 23 lett c reg CE 2201/2003); **d)** qualora la decisione sull'illiceità dipenda da un'attività giurisdizionale, in via incidentale, che il minore non sia stato ascoltato nel procedimento a quo in violazione dei principi fondamentali di procedura dello stato richiesto e fatti salvi i casi d'urgenza (ex art 23 lett b reg CE 2201/2003); **e)** che il minore non si opponga al suo rientro se ha *“raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere”* (art 13 co 3); **f)** che non sussista 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 (art 13 lett b) con la limitazione di cui *infra*, derivante dall'applicazione, nel caso di specie, dell'art 11.4 del regolamento di Bruxelles II.
- 12) tutte le condizioni sopra esposte debbono ritenersi soddisfatte.
 - a) La domanda non contrasta con i principi fondamentali dello stato italiano essendo previsto anche dal nostro ordinamento l'affidamento monogenitoriale (ora disposto dall'autorità giudiziaria tedesca), potendo rientrare le condotte della madre in una delle fattispecie previste dall'art 155 bis cc per poter disporre l'affidamento esclusivo;
 - b) il ricorso è stato introdotto immediatamente dopo l'illecito trasferimento (indifferenti invece i tempi successivi della procedura, potendo

⁴⁹ Cfr Sez. 1, Sentenza n. 23554 del 12/09/2008 (Rv. 604457)

- dar luogo unicamente a richieste di chiarimento (art 11 co 2 conv A-ja);
- c) premesso che il diritto di custodia da parte del padre era già effettivamente esercitato, conformemente alla legislazione nazionale, nel procedimento pendente presso le autorità tedesche la madre era regolarmente costituita;
 - d) fatta analoga premessa di cui al paragrafo precedente, i minori sono stati sentiti nel procedimento tedesco anche in sede giudiziaria oltre che dal perito nominato dal Tribunale;
 - e) non essendosi potuto procedere all'ascolto dei minori non si è potuta verificare né la materialità di un'eventuale opposizione dei minori, né la maturità di tale opposizione. Nel procedimento tedesco i minori sono stati sentiti ed hanno dichiarato, prima della sottrazione, all'udienza del 19.6.2008 (quando avevano rispettivamente 10 e 6 anni e venivano sentiti alla sola presenza del curatore): L. che andava d'accordo con il padre e che lo voleva vedere "regolarmente". Quanto alla scelta della madre, che sapeva che *«la mia mamma vorrebbe andare a Milano e noi dovremmo andare con lei. Voglio rimanere con la mia mamma, per questo vado a Milano. Per il resto non voglio decidere inequivocabilmente, dove voglio vivere»*. N. sul punto dichiarava: *«voglio andare a Milano perché ci si vuole trasferire la mia mamma. Per il resto non voglio dire niente»*. All'udienza del 4.8.2008 si dà atto che i minori si mostravano *«piuttosto chiusi. N. non ha parlato quasi per niente»* limitandosi a comunicazioni non verbali muovendo il capo. L. alla domanda su dove volesse andare a vivere ha risposto *«Italia»*. Inizialmente non ha fornito spiegazioni poi si è limitato a dire che *«in Italia è più bello»*. Alla successiva domanda se non gli sarebbero mancati Monaco e il papà, ha risposto *«la mamma ci ha promesso di portarci qui ogni quattro settimane»*. Fatto notare che il papà sarebbe stato triste con loro così lontani ha *«alzato le spalle»*. N. a quel punto cercava il contatto fisico con il fratello più grande. Si aggiunge: *«L. ha anche raccontato che in occasione dell'ultima visita non voleva andare dal papà, non sapeva più perché, semplicemente non voleva. E poi non è stato bello per niente»*. Riferiva di conoscere il sistema scolastico italiano, che con la mamma non ne aveva parlato molto. Annuendo alle affermazioni del fratello N., sempre annuendo, ha aggiunto di avere degli amici in Italia. Hanno poi laconicamente dichiarato, alla domanda su come avrebbero trovato l'alternativa di restare in Germania, che l'avrebbero trovata *«stupida»*. Davanti alla laconicità e, per certi versi, scarsa professionalità di tale ascolto (con minori così piccoli ed in presenza di conflitti così elevati tra gli adulti, non li si espone mai al conflitto di lealtà con domande dirette sull'oggetto della controversia, dovendo ricorrere piuttosto a percorsi più laterali, tesi a sondare il mondo emo-

tivo ed inoltre, proprio per evitare ruoli gregari come quelli manifestati da N., è opportuno procedere ad ascolti separati), è stato opportuno che l'autorità tedesca si sia avvalsa dell'ausilio di un perito. Abbastanza evidente peraltro dal primo verbale come entrambi i minori abbiano espresso una preferenza alla scelta della madre perché sapevano che era la scelta della madre e non intendevano separarsi dalla stessa. Quanto alla perizia – che le parti non hanno inteso produrre – dalla deposizione del dr Fichtner⁵⁰ e dalle decisioni dei giudici tedeschi emerge come il Perito avesse chiarito che elemento pregiudizievole per i minori era l'elevato conflitto e come il trasferimento della residenza a Milano, senza prima aver consolidato la relazione con il padre, sarebbe stato fonte di pregiudizio, ma in particolare si evidenziava il tentativo dei minori di “distanziarsi” dal conflitto non assumendo posizione. Il Perito non approvava una separazione dalla madre, con conseguente collocamento presso il padre, perché era «*la principale figura di riferimento*». Ha chiarito il perito che a suo parere la soluzione migliore «*sarebbe posticipare di un anno il trasloco in Italia e intensificare la relazione tra padre e figli. Se il contatto (tra padre e figli n. d. est) migliorasse, si potrebbe anche pensare di trasferire alla madre il diritto di determinare la residenza e potrebbe aver luogo un trasloco in Italia*».

Tali conclusioni sono riprese nel provvedimento del Tribunale⁵¹ nel quale si sottolineava che la permanenza in Germania era la migliore soluzione «*in questo momento*», evidenziando che non vi era l'urgenza lavorativa affermata dalla madre e che con il trasferimento dei minori della madre vi era il rischio concreto che aumentasse la conflittualità e i minori non avrebbero più avuto «*alcun contatto con il padre e che il padre non possa più far valere il suo diritto a frequentare i figli. Cosa che si è anche già verificata in passato*».

Nell'udienza innanzi al Giudice di appello⁵² il perito evidenziava che il legame con il padre era migliorato ed era profondo, ma che era necessario trovare una soluzione accettabile anche per la madre perché i bambini stavano vivendo una difficile fase di adattamento e, se si fossero trasferiti immediatamente in Italia, sarebbe stata ancora più difficile. In ogni caso riteneva che vi sarebbero stati dei danni per i minori, ma al momento maggiori sarebbero stati quelli derivanti da un trasferimento. Si precisava (a domanda della difesa della madre) che nei colloqui con i bambini «*il legame con l'Italia non era così intenso*» e che, in particolare L., avesse dell'Italia una «*fotografia trasfigurata*» senza riuscire a «*rappresentare in modo conforme alla sua età i pregi e i difetti di un trasferimento*».

⁵⁰ Cfr doc 18 fascicolo R.

⁵¹ Cfr doc 19 fasc R.

⁵² Cfr doc 21 fasc R.

Nella sentenza 6.5.2010 con cui il Pretore di Monaco ha definito in primo grado la causa di separazione e affidamento dei minori⁵³ si dà atto che dopo il rientro dei minori dal padre i bambini si erano riambientati *«bene presso il padre. N. frequentava la prima elementare e nonostante l'anno scolastico fosse già iniziato, riusciva a passare in seconda. L., che si trovava nel primo anno di ginnasio, dopo il cambio dell'anno scolastico ripeteva la quinta. »*

Ciò premesso dalle dichiarazioni dei minori raccolte a suo tempo e dalle valutazioni dei periti, si ritiene che le stesse fossero state prese in debita considerazione. Non vi sono invece elementi per poter ritenere che i minori si oppongano ad un loro ritorno con affermazioni e considerazioni che possano essere prese in considerazione.

- f) ultimo profilo da esaminare è la sussistenza di un *“fondato rischio”* per i minori, di essere esposti, causa il ritorno in Germania, a *«pericoli fisici o psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile»* (art 13 lett b) conv. Aja 1980). Tale norma deve peraltro essere interpretata tenendo conto di quanto disposto dal reg. CE 2201/2003, che all'art 11.4 impone l'impossibilità di rifiutare l'ordine di ritorno *«qualora sia dimostrato che sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno»*.

- f.1 Si deve premettere, e ribadire sul punto, che il Tribunale adito per la procedura di ritorno, non può riesaminare il merito del provvedimento, fatti salvi i limitati aspetti ora trattati. Dagli atti allegati emerge come autorità tedesca sia giunta a disporre l'affidamento dei minori al padre, ma prima di arrivare tale decisione erano stati emessi una serie di provvedimenti che tenevano ben in considerazione l'interesse dei minori e le ragioni della madre. La difesa della madre, e la madre stessa con una serie di iniziative extraprocessuali allegare agli atti, sostiene che l'istituto dello Jugendamt sia istituzione *“costantemente”* votata a tenere *«atteggiamenti di totale discriminazione nei confronti dei genitori stranieri di minori con doppia cittadinanza»*⁵⁴. Per illuminare di luce negativa tale istituto si riferisce che si tratta di istituto risalente al periodo nazista⁵⁵. Di fatto si descrive una magistratura poco indipendente da tale servizio affermando⁵⁶ che il curatore dei minori, che doveva regolamentare le visite, era un *«funzionario dello Jugendamt»*, che anche il dr Fichtner era *«perito nominato dallo Jugendamt»*⁵⁷. Infine nella memoria 10.12.2010 si riportano una serie di vicende, portate

⁵³ Cfr doc 44 fasc R.

⁵⁴ Cfr ricorso 14.9.2010 C. pag 7

⁵⁵ Ibidem, pag 7: ove si riferisce di *«istituzione strutturata nella sua attuale organizzazione dal gerarca Himmler, ministro degli affari famigliari sotto il cancelliere Hitler, che interviene de lege in tutti i casi di separazione tra i coniugi con figli minori»*.

⁵⁶ Ibidem pag 2

⁵⁷ Ibidem pag 3,

all'attenzione del Parlamento Europeo o della Corte Cedu, nelle quali tale istituto avrebbe posto in essere atteggiamenti discriminatori. Questo Tribunale non può esaminare tale complesso di documenti, dovendosi soffermare al caso concreto, ed opportunamente è la Commissione europea⁵⁸ ad essersene occupata. Ma i casi illustrati nel documento citato paiono aver ben poco in comune con quello in esame (si trattava di minori allontanati dal genitore, di divieti di contatti, di errate diagnosi psichiatriche). Intanto si deve osservare che né il perito, né il curatore nominati dal tribunale erano funzionari dello *Jugendamt*. In secondo luogo nelle due relazioni allegate non si rinviene alcuna affermazione di inidoneità della madre alla funzione genitoriale ed anzi si riconosceva l'opportunità di mantenere i minori collocati presso la stessa. Nella relazione 27.11.2007 (quando ancora non si discuteva dell'istanza di trasferimento della residenza) il funzionario del *Kreisjugendamt* si limitava a concordare con le osservazioni del perito concordando per i fine settimana alternati e suggerendo solo per L. una visita infrasettimanale. Non si riteneva dannosa per i minori la relazione con il padre (ma anche i minori confermavano ciò nella successiva udienza), si sosteneva unicamente che il padre aveva «buone capacità educative e di sviluppo», per poi evidenziare come entrambi i bambini avessero mostrato «evidenti segni di oppressione, che vengono acuiti dal conflitto tra i genitori» suggerendo una consulenza per i genitori per migliorarne la capacità cooperativa. Che i minori fossero “oppressi” l'avevano poi direttamente constatato in udienza i giudici tedeschi, che il conflitto tra i genitori fosse assai elevato l'ha potuto ampiamente constatare anche questo tribunale.

f.2 Anche nella successiva relazione inviata dallo *Kreisjugendamt* al Giudice tedesco il 19.12.2008 (emessa pertanto dopo che la madre aveva compiuto la prima sottrazione e dopo il primo provvedimento del Tribunale per i Minorenni che ne disponeva il rimpatrio, ma prima che i minori facessero effettivamente rientro in Germania)⁵⁹ non si rinvennero passaggi che possano ritenersi discriminatori. Veniva riassunta l'intera vicenda sottolineando in particolare come la madre non avesse favorito l'introduzione del pernottamento adottando una strategia che apparentemente rimetteva ai minori tale decisione, ma che li esponeva facilmente al «pericolo che i genitori esercitassero sui bambini in modo conscio o inconsciamente un influsso manipolativo». In tutta la relazione il servizio svolge una riflessione che a questo collegio pare assolutamente equilibrata e serena dei fatti, ribadendo le difficoltà derivanti ai minori, che non si sentivano invogliati dalla madre

⁵⁸ Cfr doc 54 fascicolo C.: Documento di lavoro della Commissione per le petizioni 22.12.2008

⁵⁹ Cfr doc 38 fascicolo R.

nel frequentare il padre, richiamandosi a quanto comunicato e rappresentato del curatore e dal perito ed osservando infine che era paradossale che la madre addossasse al padre il peso della conflittualità derivante dal mancato consenso al trasferimento, quando *«dal punto di vista socialpedagogico sembra che causa ed effetto siano stati invertiti»*, e che se la stessa avesse invece favorito il rapporto *«con grande probabilità non le sarebbe nemmeno stato proibito di trasferirsi in Italia con i bambini»*. Ora il servizio sociale doveva prendere atto dell'atto di forza della madre, e del tentativo della madre di addossare al padre la responsabilità per i traumi che sarebbero potuti derivare da un intervento della Polizia, ma anche qui causa ed effetti venivano invertiti avendo dato corso con il suo comportamento a tale situazione. Proprio tali agiti facevano sorgere *«l'impressione che con lei sia praticamente impossibile prendere accordi vincolanti, che non rispecchino esattamente le sue idee»*, che si trattava di madre che poco intendeva condividere la responsabilità genitoriale. Nonostante ciò lo *Kreisjugendamt* era consapevole che in caso di trasferimento della residenza dalla madre al padre *«ci sarà un'irritazione dei bambini»*, ma si riteneva che tale trasferimento non avrebbe causato un "trauma" in quanto sarebbero stati presi in custodia dal padre con il quale avevano un forte legame. Si esprime però preoccupazione per come si sarebbe potuto esercitare tale affidamento non conoscendo le reazioni della madre anche innanzi ad un rientro forzato. La speranza era che la madre accettasse la decisione ma si temeva che la stessa potesse *«reagire nuovamente con il rapimento dei bambini»*, comportamento che come si è visto ha effettivamente realizzato. Ciò nonostante si ribadiva: *«ogni intervento dovrebbe evitare un continuo impedimento del contatto con la madre, in quanto dal punto di vista socialpedagogico questo sarebbe pregiudizievole per il bene dei minori proprio come l'attuale situazione»*, per poi concludere con una considerazione di assoluto buon senso: *«è in definitiva responsabilità dei genitori, mettere i propri bisogni dietro a quelli dei bambini ed addivenire ad una decisione o se del caso accettare una decisione giudiziaria, utile al bene dei bambini»*.

f.3 Da tali relazioni non si evince alcun atteggiamento aprioristicamente sfavorevole alla madre, né alcun intento di favorire il cittadino tedesco e non si ritiene pertanto che sussistano i presupposti di cui all'art 13 conv Aja.

f.4 Né si può sostenere che possa integrare gli estremi di cui all'art 13 conv Aja, la limitazione della libertà personale che attualmente grava a carico della madre. Intanto si deve osservare che anche per l'ordinamento italiano la sottrazione internazionale costituisce grave reato. Con la legge 15 luglio 2009, n. 94 è stato introdotto il reato di cui all'art 574 bis cp, con il quale si punisce severamente la sottrazio-

ne internazionale dei minori, e si prevede altresì che la «condanna comporta la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori». Decadenza che ben potrebbe trovare i suoi presupposti nella condotta di una madre che ha palesemente violato le esigenze dei minori, costringendoli ormai da 10 mesi a vivere in condizioni di clandestinità assolutamente inadeguate a garantirne uno sviluppo sereno, senza far frequentare le scuole e i pari, inducendoli con grande probabilità ad una strutturazione del pensiero del mondo esterno come popolato da pericoli e minacce.

f.5 Il fatto che la madre si sia deliberatamente e consapevolmente posta, con la nuova condotta in tale difficile situazione, non può pertanto influire sulla decisione del Tribunale. Osserva il Tribunale tedesco, nella sentenza 6.5.2010 con cui è stato definito in primo grado il procedimento di separazione e affidamento del minore⁶⁰, che durante «il periodo in cui i bambini abitavano con il padre, avevano regolari contatti telefonici con la madre⁶¹. Alla madre non era possibile recarsi in Germania per il diritto di visita, in quanto pendeva un ordine di arresto nei suoi confronti. Da parte del padre venivano però fatte diverse proposte di incontro all'estero, che non avevano però luogo. Dopo che agli inizi di febbraio 2010 l'ordine di arresto contro la madre veniva revocato, la madre dei bambini si recava in Germania e rapiva nuovamente i bambini il 19.2.2010».

f.6 Dalla sentenza e dagli atti allegati dalle parti, non risulta che la madre abbia avanzato in quel periodo istanze per vedersi regolamentato il diritto di visita e che le stesse siano state respinte. E' stata invece accolta l'istanza del padre di proteggere i minori con un ordine di non avvicinamento, ma si ritiene che tale provvedimento (abbastanza tipico anche nel nostro ordinamento per situazioni simili) non sia sintomatico di una volontà del padre di impedire contatti, ma unicamente di impedire sottrazioni o incontri non regolamentati. Irrilevante infine quanto accaduto – stando alle produzioni della difesa C. e al di là della loro irrivalenza - alla nonna materna in quanto è comprensibile che in un contesto del genere il padre fosse preoccupato per un incontro tra la nonna e i minori al quale, a dire del padre, la nonna si era presentata con “quattro sconosciuti”⁶².

f.7 Non ritiene pertanto il tribunale che le esigenze dei minori e della madre non siano state prese in debita considerazione. Una volta eseguito il provvedimento di rientro è probabile che la madre debba affrontare un percorso giudiziario per veder revocate le misure coerciti-

⁶⁰ Cfr doc 44 fasc R.

⁶¹ Che vi fossero dei contatti telefonici (seppure in vivavoce) lo conferma la stessa madre nella sua missiva del 4.5.2010 (cfr doc 42 fasc C.) e l'avvocato della madre nella missiva 23.7.2009 (fasc 40 R.)

⁶² Cfr doc 41fasc C. missiva del console FASOL

ve e per veder accolte le sue richieste di regolamentare il diritto di visita, ma si ritiene che avendo dato causa lei stessa con un comportamento illecito alla probabile futura regolamentazione restrittiva dei rapporti, non possa invocare tale elemento quale “*situazione intollerabile*”;

- 13) Entrambe le parti, a diversi fini, hanno chiesto al tribunale di adottare provvedimenti cautelari ex art 20 del Reg. CE 2201/2003. Ritiene il tribunale che tali provvedimenti debbano essere adottati al fine di gestire con le modalità più opportune (da determinarsi ad opera del PM e dell'autorità centrale convenzionale) il rientro dei minori in Germania. In particolare si ritiene opportuno che i minori siano collocati in idonea comunità educativa, il cui indirizzo dovrà essere mantenuto riservato, attivando un immediato sostegno psicologico per i due minori, ed una regolamentazione paritaria del diritto di visita dei due genitori
- 14) Debbono dichiararsi integralmente compensate le spese del giudizio di Cassazione attesa la novità delle questioni processuali sottoposte

PQM

Visti gli artt. 7 e segg legge 15.1.1994 n. 64, 1 e segg conv Aja 25.10.1980, 11 e segg reg CE 2203/2003 e 741 cpc, deliberando **in via definitiva**,

accoglie

la richiesta avanzata dal signor R. J. e per l'effetto

dichiara

il ritorno dei minori **R. L.** e **R. N.** presso il padre in Germania;

dichiara

il presente decreto immediatamente esecutivo ai sensi dell'art 7 IV° c l. 64/94

Spese del giudizio di cassazione compensate

visto l'articolo 20 Reg CE 2201/2003,

dispone

che una volta individuato l'attuale collocamento dei minori in Italia, gli stessi siano collocati – in attesa dell'esecuzione del rientro in Germania, in idonea comunità educativa, il cui indirizzo dovrà essere mantenuto riservato, attivando un immediato sostegno psicologico per i due minori, ed una regolamentazione paritaria del diritto di visita dei due genitori

Si comunichi al **PM** sede

Si notifichi ai **genitori** presso i rispettivi difensori domiciliatari

Si comunichi **con urgenza all'autorità centrale convenzionale:**

Milano 10 dicembre 2010

Il giudice est

Il Presidente