

27774

Il Presidente  
Il Vice Presidente  
Il Consigliere  
Il Segretario  
Il Procuratore  
Il Cancelliere



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
**PRIMA SEZIONE CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sig.ri Magistrati

MARIA ACIERNO	Presidente – Rel.
ROBERTO GIOVANNI CONTI	Consigliere
LOREDANA NAZZICONE	Consigliere
ROSARIO CAIAZZO	Consigliere
ANNAMARIA CASADONTE	Consigliere

Oggetto

SOTTRAZIONE  
INTERNAZIONALE  
MINORI

Ud. 05/07/2022 CC  
Cron. 27774  
R.G.N. 3159/2022

**ORDINANZA**

sul ricorso 3159/2022 proposto da:

X elettivamente domiciliata in Roma, Via D. n.46, presso lo studio dell'avvocato Petrolo Marina, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Moreschini Paola, giusta procura in calce al controricorso;

contro

-ricorrente -

Y in proprio e nella qualità di genitore co-affidatario dei minori: AA e BB, elettivamente domiciliato in Roma, Via Giuseppe Veronese n.86, presso lo studio dell'avvocato Sardella Carmela Pasqua, rappresentato e difeso dagli avvocati Di Cagno Katia e Mazzei Francesco, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

Procura Tribunale Minorenni Bari,

- intimata -

avverso il decreto del TRIBUNALE PER I MINORENNI di BARI,  
depositata il 10/01/2022;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del  
05/07/2022 dal cons. ACIERNO MARIA.

### **FATTI DI CAUSA E RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. Il padre dei minori AA e BB ha proposto istanza di rimpatrio ex art. 8 Convenzione Aja 25/10/1980 ed il PM ha richiesto di promuovere il procedimento ex art. 7 I. 64 del 1994 di sottrazione internazionale dei minori a carico della madre.

A sostegno dell'istanza è stato rilevato che in prossimità della nascita del secondogenito BB l'istante e la moglie avevano concordemente deciso di andare in Italia per il parto per precedente esperienza negativa presso il paese di residenza con il figlio AA ma non di trasferirsi in questo paese; che il padre si era temporaneamente spostato in Italia in Puglia in una località prossima alla casa dei genitori della moglie ove la stessa ed i figli erano collocati e di aver constatato la volontà unilaterale della stessa di non fare rientro in Portogallo residenza abituale del nucleo familiare ed in particolare dei minori.

Il Tribunale di Bari ha accolto la domanda rilevando che vi erano prove sufficienti ad escludere la concorde volontà dei genitori al trasferimento definitivo in Italia, essendo l'accordo comune limitato al parto e ai primi



definitivo in Italia, essendo l'accordo comune limitato al parto e ai primi mesi di vita del secondogenito. Ha aggiunto che la decisione di vivere vicino ai figli del padre non era indice univoco del consenso così come la determinazione comune di iscrivere a scuola e al Servizio Sanitario Nazionale il primogenito, non essendo contestabile che la residenza abituale della famiglia fosse il Portogallo. L'istanza era stata proposta tempestivamente entro l'anno ed il padre aveva sempre esercitato il diritto di custodia.

E' stato in conclusione ordinato il rientro dei minori presso la propria residenza abituale in Portogallo entro un termine prestabilito

2. Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione la madre dei minori, accompagnato da memoria. Ha resistito con controricorso il padre.

3. Con il primo motivo viene dedotta la violazione dell'art. 11 par.1 del Regolamento CE 2201 del 2003 e dell'art.3 della Convenzione dell'Aja 25/10/1980 per avere il Tribunale di Bari erroneamente ritenuto che la residenza abituale del minore BB fosse il Portogallo quando lo stesso era nato e vissuto in Italia per circa un anno e per aver trascurato che l'altro figlio AA aveva frequentato un intero anno scolastico in Italia, con il consenso del padre al punto che quest'ultimo si era trasferito in una località molto vicina a quella dove abitavano i minori al fine di esercitare il proprio diritto di custodia, tanto da avere una frequenza settimanale con il primogenito. Secondo la ricorrente nella specie non poteva ravvisarsi sottrazione internazionale di minori sia perché la residenza abituale di entrambi i figli doveva collocarsi in Italia, e la situazione di ciascuno di loro doveva essere valutata autonomamente e separatamente sia perché dopo la scelta comune di spostarsi in Italia, corroborata dal trasferimento anche del padre, quest'ultimo aveva proposto il divorzio radicando il giudizio in Portogallo, così mutando unilateralmente la situazione oggettiva che

aveva determinato il consenso materno al rientro dopo la nascita del secondogenito. Gli indici della non definitività della scelta del rientro risultavano peraltro da numerosi indici fattuali quali il non aver previsto un biglietto di ritorno, in funzione di una situazione di fatto non definita, l'aver iscritto il figlio maggiore a scuola e l'essere rimasto in Italia il padre in Italia vicino ai figli in vista delle soluzioni da adottare. A sostegno della mutata residenza abituale dei minori venivano, infine, citate pronunce della Corte di Giustizia anche nella memoria successivamente depositata.

4. Con il secondo motivo si deduce analoga censura ma con riferimento al primogenito AA la cui residenza abituale, secondo la ricorrente è da indicarsi in Italia come attestato dagli indicatori fattuali sopra rilevati. Precisa la ricorrente che ai fini dell'accertamento della sottrazione internazionale di minore occorre prima verificare la residenza abituale e poi esaminare la condotta e la volontà dell'uno e dell'altro genitore. Nella specie durante la ininterrotta permanenza del minore AA in Italia il padre ha richiesto la separazione personale in Portogallo ed il giudice portoghese ha sospeso, in applicazione dell'art. 15 del Regolamento 2201 del 2003, il procedimento con invito alle parti di riassumere il giudizio presso l'autorità giudiziaria italiana, ritenuta più idonea in quanto più vicina ai minori. Il giudizio è stato instaurato successivamente davanti al Tribunale di Bari. Manca, pertanto, anche in relazione al primogenito la condotta sottrattiva.

5. Con il terzo motivo viene dedotta la violazione dell'art. 15 della Convenzione Aja 25/10/1980 in relazione al fatto che il Tribunale di Bari non ha tenuto conto della decisione del giudice portoghese fondata sul riconoscimento della residenza abituale dei minori in Italia.

6. Con il quarto motivo si deduce la violazione degli art. 3,4,12 e 13 della Convenzione dell'Aja sopra citata per avere il Tribunale erroneamente ritenuto illecito il trattenimento in Italia dei minori, dal

momento che il trasferimento era avvenuto consensualmente e il mantenimento della residenza dei minori non aveva determinato la violazione del diritto di custodia e di affidamento dell'altro genitore. L'error in iudicando è stato quello di aver focalizzato l'attenzione sull'esistenza di un accordo sulla residenza abituale senza prendere atto che di fatto essa, come sottolineato anche dal giudice portoghese, era in Italia, invece di verificare se vi era stata una violazione del diritto di affidamento per condotta unilaterale di una delle parti. Decisiva al riguardo è la considerazione che le parti al momento della partenza, incontestatamente, non avevano affatto fissato una data di rientro. Dunque c'era un accordo sul trasferimento ma non un accordo (violato) sul rientro. La residenza abituale di fatto prevale sempre su quella di diritto, tenuto conto peraltro che il presente giudizio non ha ad oggetto le determinazioni relative all'esercizio della responsabilità genitoriale ma soltanto l'accertamento della condotta illecita di trasferimento o trattenimento.

7. Nel quinto motivo viene dedotta la violazione dell'art. 13 c.1 lettera b) della Convenzione sopra indicata per non aver rigettato l'istanza di rientro con riferimento a BB per gli effetti pregiudizievoli che questa decisione avrebbe prodotto sulla base di un giudizio prognostico ispirato al best interest of the child.

8. I motivi, da trattare congiuntamente, perché logicamente connessi, sono fondati.

8.1 Deve essere rilevato, preliminarmente che l'istanza di rientro riguarda entrambi i minori e che si ritiene di doverla esaminare unitariamente, avendo correttamente il Tribunale di Bari escluso una valutazione distinta anche in considerazione della convivenza comune degli stessi dalla nascita e della manifesta contrarietà rispetto al loro preminente interesse di una decisione di separazione. Questa considerazione preliminare, tuttavia, non impedirà di evidenziare la

diversa condizione dei minori stessi rispetto all'accertamento della condotta sottrattiva. La decisione impugnata ha posto a fondamento della decisione la mancata prova di una volontà comune delle parti in relazione alla protrazione od alla modifica della residenza abituale dei minori dal Portogallo in Italia. Deve, tuttavia, rilevarsi, che oggetto del presente giudizio è l'accertamento di una condotta sottrattiva unilaterale di uno dei genitori che arbitrariamente ponga in atto il trasferimento o il mancato rientro del minore presso la sua residenza abituale.

8.2 La determinazione della residenza abituale è, di conseguenza, il primo accertamento dal quale partire per verificare, l'esistenza dell'illecito sopraindicato. Nel caso di specie non può porsi in dubbio che il nucleo familiare anteriormente alla nascita di BB vivesse stabilmente in Portogallo. Risulta confermato dagli atti difensivi e dagli atti posti in essere dalle parti, tuttavia, che la relazione coniugale fosse in crisi già durante la fase della gestazione della madre e che fosse concordato il trasferimento del nucleo familiare in Italia, con collocazione della madre e del minore (nonché dell'altro dopo la nascita) presso i suoi genitori oltre che del padre nelle vicinanze in autonoma sistemazione. Dall'arrivo in Italia alla proposizione dell'istanza di rientro, i minori sono stati per circa un anno con la madre nel luogo di residenza inizialmente convenuto. Il primogenito (nato a febbraio del 2018 e spostatosi in Italia a dicembre 2020) ha frequentato un anno di scuola in Italia dal gennaio 2021, con il consenso paterno, ed è stato iscritto al SSN; il secondo è nato e vissuto in Italia fino all'esecuzione del provvedimento di rientro impugnato. La decisione comune dello spostamento in Italia è intervenuta in una fase di crisi coniugale e d'incertezza (come affermato da entrambe le parti) sul futuro dell'unità familiare, con piena condivisione dell'esercizio della responsabilità genitoriale da parte di entrambi, favorita dal

trasferimento (temporaneo) anche del padre vicino al luogo di abitazione dei figli. Il quadro fattuale, dal quale prendere le mosse per determinare la residenza abituale dei due minori è, di conseguenza caratterizzato dalla condivisione del trasferimento in Italia, dalla non determinazione di una data di rientro, dall'iscrizione e frequenza scolastica del figlio maggiore, pure in tenerissima età (2 anni); dalla responsabile e costante presenza paterna al fine di condividere l'esercizio della responsabilità genitoriale (è rimasto ininterrottamente in Italia fino all'esecuzione dell'ordine di rientro), in un quadro di crisi coniugale che si è trasformato in scelta definitiva di rottura mediante l'iniziativa giudiziaria del padre dei minori, volta ad ottenere il divorzio del marzo 2021, accompagnata da richiesta di regolamentazione dei rapporti parentali. Questo quadro fattuale fa univocamente emergere la mancanza di determinazioni comuni sulla residenza abituale definitiva versando la coppia già al momento dello spostamento in Italia in una situazione di crisi e conflittualità, anche in relazione alle scelte riguardanti l'esercizio della responsabilità genitoriale, affidate proprio dal padre alla cognizione giudiziale.

8.3 In mancanza di una determinazione comune con carattere di affidabilità (da accertarsi secondo la giurisprudenza di legittimità in modo rigoroso, Cass.13176 del 2022) in relazione alla residenza abituale, la fotografia di ciò che è stato ci mostra un nucleo familiare che per circa un anno vive in Italia, con i genitori in abitazioni diverse ma molto vicine, entrambi nel pieno esercizio della responsabilità genitoriale ed i minori, uno di tre anni e l'altro neonato che vivono stabilmente in Italia. Non può, pertanto, ravvisarsi la condotta sottrattiva imputata alla madre dei minori, neanche sotto il profilo denunciato del trattenimento dei minori stessi in Italia, per determinazione unilaterale e non condivisa di allontanamento definitivo dalla precedente residenza portoghese, dal momento che lo

spostamento in Italia, è stato frutto di una scelta comune prima della nascita di BB di tutto il nucleo familiare, tanto che il padre si è spostato anch'esso in funzione degli interessi dei figli senza indicazioni certe sul rientro né sotto il profilo temporale (non era stato acquistato da alcuno il biglietto di ritorno) né in relazione al futuro dell'unione coniugale. Contrariamente a ciò che è stato affermato dal Tribunale di Bari, manca la prova di una definitiva fissazione della residenza comune in Portogallo per determinazione comune dei due coniugi al momento del trasferimento in Italia del nucleo familiare ed ancor meno in un momento successivo, tanto che il ricorrente decide di attivare un procedimento giudiziario sia per la definitiva cessazione del vincolo che per il regime dell'affidamento dei figli minori mentre gli indici fattuali, evidenziati dallo stesso Tribunale, evidenziano il consenso paterno al trasferimento in Italia in vista delle successive determinazioni delle parti relative allo sviluppo della conflittualità tra di esse sorta.

8.4 In relazione al minore nato e vissuto in Italia fino all'esecuzione dell'ordine di rientro, oltre a quanto già evidenziato in relazione alla mancanza di una condotta sottrattiva illecita, soccorrono anche i principi elaborati dalla Corte di Giustizia al riguardo (causa C-111/17, decisione dell'otto giugno 2017). E' stato affermato, in un caso analogo a quello formante oggetto del presente giudizio che ove un minore sia nato ed abbia soggiornato ininterrottamente con la madre (nella specie anche con il padre) dalla nascita in uno Stato membro diverso da quello in cui le parti avevano in precedenza la residenza abituale, conformemente alla volontà comune dei genitori, il diniego della madre al rientro nello Stato membro non integra sottrazione internazionale perché non può più affermarsi a fronte di una situazione fattuale caratterizzata dalla mancanza di alcun collegamento territoriale del minore con la residenza precedente che quest'ultima possa ancora conservare la qualità di abituale. Per il primogenito gli indici di

stabilizzazione sopra evidenziati e la mancanza di una determinazione comune sull'an, in primo luogo, ed anche sul quando ed il quomodo del rientro, conducono alla medesima conclusione.

9. In conclusione il ricorso deve essere accolto, la pronuncia cassata con rinvio al Tribunale per i minorenni di Bari in diversa composizione.

**P.Q.M.**

Accoglie il ricorso, cassa il provvedimento impugnato e rinvia al Tribunale per i minorenni di Bari in diversa composizione anche per le spese processuali del presente giudizio.

In caso di diffusione omettere le generalità.

Così deciso nella camera di consiglio del '5 luglio 2022

La presidente est.

(Maria, Acierno)

