

Suprema Corte di Cassazione – Sezione I civile

Sentenza

20 gennaio - 21 marzo 2005, n. 6014

(testo non originale)

Svolgimento del processo

Con ricorso in data 19 marzo 2004, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Roma, dietro richiesta del cittadino messicano Reguera Rodriguaz José Luis inoltrata per il tramite delle autorità del proprio paese, domandava al medesimo Tribunale di ristabilire l'esercizio effettivo del diritto di visita sancito dall'autorità giudiziaria messicana in sede di separazione giudiziale a favore del Reguera nei riguardi dei figli minori Reguera Cumming José Manuel e Reguera Cumming Juan Pablo.

L'adito giudice, con decreto del 14 aprile 2004, accoglieva la richiesta, osservando che: era illegittima la decisione della madre affidataria Cumming Ortega Laura di stabilirsi nell'agosto 2003 con i figli in Italia, in quanto non concordata con l'ex marito e non indotta dal fondato rischio per i minori di essere esposti a situazioni intollerabili ovvero a pericoli fisici e Psichici derivanti dall'esercizio del diritto di visita riconosciuto al padre; a quest'ultimo veniva impedito di mantenere un rapporto costante con i figli nel luogo dove avevano vissuto stabilmente e risultavano inseriti e integrati; non sussistevano rischi gravi per i minori ricollegabili al ripristino del diritto di visita; il trasferimento non aveva determinato la modifica della residenza abituale in Messico dei minori, non potendosi ritenere mutato il centro principale dei loro interessi quale conseguenza diretta e automatica del reperimento di un lavoro in Italia da parte della madre; non poteva essere presa in considerazione la richiesta della madre di modificare la modalità di visita alla luce dell'intervenuto trasferimento in Italia, vertendosi sulla sussistenza dell'ipotesi di sottrazione internazionale dei minori e la conseguente applicazione della Convenzione de L'Aja. Avverso tale decreto ha proposto ricorso per Cassazione Cumming Ortega Laura ai sensi dell'articolo 7 della legge 64/1994, deducendo tre motivi.

Motivi della decisione

Con il primo motivo, si denuncia violazione e falsa applicazione degli articoli 3, 5 e 13 della Convenzione da L'Aja del 25 Ottobre 1980, ratificata e resa esecutiva con legge 64/1994, deducendosi che: il tribunale ha erroneamente ravvisato nei fatti l'ipotesi di sottrazione internazionale di minori prevista dalla predetta convenzione, in quanto nessuna violazione del diritto di custodia, tale da consentire l'ammissione del provvedimento di cui all'articolo 1 della legge 64/1994, era stata posta in essere dalla Ortega; infatti, per un verso, costei, al momento del trasferimento in Italia, era affidataria dei minori In forza di provvedimento giudiziale messicano, con facoltà di stabilirne la residenza, e, per altro verso, in data 13 maggio 2002 il padre aveva dato il proprio consenso scritto al trasferimento dei figli all'estero davanti al giudice investito della causa di divorzio promossa dalla donna.

Con il secondo motivo, si denuncia insufficiente e contraddittoria motivazione. Stravolgendo la reale portata della definizione normativa di –“trasferimento illecito” contenuta nell’articolo 3 della Convenzione de L’Aia, il tribunale ha ritenuto illegittima la decisione della madre dei minori di trasferirsi in Italia, non ricorrendo le condizioni, di cui al successivo articolo 13, ostativo al rientro dei minori nello Stato di residenza abituale in caso di conclamata violazione del diritto di affidamento. Ove avesse correttamente inteso il concetto di trasferimento o mancato rientro dei minori riferito dall’articolo 3 alla violazione dei diritti di custodia e proceduto quindi alla verifica della condizioni indicato nell’articolo 13 (consenso dell’altro genitore al trasferimento, fondato rischio per i minori di essere sottoposti a situazioni intollerabili ovvero a pericoli fisici e psichici derivanti dall’esercizio del diritto di visita), il tribunale avrebbe dovuto qualificare legittima la decisione di trasferire la residenza abituale, anche se fosse stata determinata da ragioni diverse da quelle previste nell’ultima delle richiamate disposizioni.

Viene ancora ascritto al tribunale di avere omesso qualsivoglia indagine sulla documentata sussistenza delle condizioni ostative al rimpatrio dei minori e sui pericoli per il loro sano sviluppo psicofisico collegati a un loro rientro immediato in Messico e al ristabilimento del diritto di visita da parte del padre. In particolare, il tribunale avrebbe obliteratedo che: a) il matrimonio era stato dichiarato nullo da un tribunale ecclesiastico, in base al canone 1095 n.3 del codice di diritto canonico, a motivo dell’incapacità dell’uomo ad assumere gli onori matrimoniali per causa di natura psichica; b) i minori vivevano in Italia da nove mesi con la madre e la nonna materna, che vi si erano trasferiti per ricongiungersi alla famiglia di origine, presso la quale essi avevano trovato calore e attenzioni negato loro invece dalla famiglia del padre; c) la Ortega aveva trovato uno stabile impiego; d) gli stessi minori si erano perfettamente integrati nel nuovo paese ove frequentavano la scuola e seguivano un corso di catechesi per ricevere il sacramento della comunione sicché un brusco distacco da tale consolidato contenuto affettivo, scolastico e esistenziale avrebbe costituito un grava rischio per la loro crescita e determinato una situazione per loro intollerabile; e) dal mese di settembre del 2003 il padre non contribuiva al mantenimento dei figli. Tali circostanze, ove valutate, avrebbero dovuto far concludere per l’avvenuto mutamento della residenza abituale dei minori, negato dal tribunale in base alla considerazione che esso non poteva conseguire dal reperimento di un lavoro da parte della madre. Ha errato il tribunale a basare la sua decisione sulla sentenza di separazione, pronunciata il 25 ottobre 2001, e non su quella di divorzio emessa il 13 maggio 2002, dalla quale risultava l’autorizzazione del padre al trasferimento all’estero dei figli.

Con il terzo motivo (indicato erroneamente come quarto in ricorso), si solleva questione di legittimità costituzionale, in relazione agli articoli 19, 31, 32 e 33 Costituzione, dell’articolo 7 legge 64/1994 nella parte in cui prevede l’immediata esecutività del decreto che dispone il rimpatrio del minore per ripristinare la invocata tutela del diritto di visita del genitore, deducendosene la contrarietà al preminente interesse del minore quante volte si accerti che egli, come nel caso in specie, abbia costruito legami affettivi e stabilito il centro dei propri interessi nello stato estero in cui sia stato, sia pure illegittimamente trasferito.

E’ fondata la censura, svolta nel primo motivo e in parte ripresa nel secondo, con la quale si addebita al giudice a quo di avere ravvisato nella vicenda esaminata una sottrazione internazionale di minori e conseguentemente applicato le correlative disposizioni previste dalla Convenzione de L’Aja per la predotta ipotesi, ben diversa da quella in realtà realizzatasi nella specie e tradottasi nella violazione del diritto di visita.

Premesso di avere come obiettivo quello “di assicurare l’immediato rientro dei minori illecitamente trasferiti o trattenuti in qualsiasi Stato contraente e di assicurare che i diritti di affidamento o di visita previsti in uno Stato contraente siano effettivamente rispettati negli altri

Stati contraenti" (articolo 1), la Convenzione de L'Aia, all'articolo 5, distingue in modo netto e evidente il diritto di affidamento - definito come diritto che "comprende i diritti concernenti la cura della persona del minore, ed in particolare il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza" - dal diritto di visita. prevedendo in seguito per tali due diverse situazioni una tutela differenziata.

La Convenzione, infatti, all'articolo 12, sancisce esplicitamente l'immediato ritorno del minore esclusivamente per l'ipotesi di suo illecito trasferimento o trattenimento, che ricorre, ai sensi dell'articolo 3, solo in caso di violazione del diritto di affidamento (custody nel testo inglese). Anzi, l'intero capo 3 (titolato "Ritorno del minore"), dall'articolo 8 all'articolo 20, disciplina in modo dettagliato il rientro del minore, finalizzando tale sanzione proprio al ripristino del diritto di affidamento violato.

Il diritto di visita, definito dall'articolo 5 come "il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo", è invece disciplinato dal capo IV della Convenzione, che si compendia nell'unica norma di cui all'articolo 21. Dopo avere esteso alla domanda concernente "l'organizzazione o la tutela dell'esercizio effettivo del diritto di visita" le modalità di inoltro previste per la domanda di ritorno del minore (comma primo), la norma - per la verità molto generica - tende essenzialmente a ribadire che gli Stati contraenti devono rendere concreto il diritto di visita. Essa infatti prescrive vari adempimenti per le autorità centrali ("... sono vincolate dagli obblighi di cooperazione di cui all'articolo 7, al fine di assicurare un pacifico esercizio del diritto di visita, nonché l'assolvimento di ogni condizione cui l'esercizio di tale diritto possa essere soggetto ... faranno i passi necessari per rimuovere, per quanto possibile, ogni ostacolo all'esercizio di detti diritti ... sia direttamente, sia per il tramite di intermediari, possono avviare, o agevolare, procedura legale al fine di organizzare o tutelare il diritto di visita e le condizioni cui l'esercizio di detto diritto di visita possa essere soggetto"), ma non indica, né disciplina particolari modalità esecutive.

Tra tutte le forme di esercizio dei diritti sopra indicati, la Convenzione specifica, quindi, quelle che rilevano ai fini perseguiti. Ed è questa la prospettiva, di tipo internazionale, che occorre tenere presente nella interpretazione delle disposizioni della Convenzione, in particolare per quanto attiene alla corretta definizione delle nozioni di affidamento e diritto di visita, evitando di operare contaminazioni con significati propri dei diritti interni degli Stati. (Nella seconda riunione della Commissione speciale, tenutasi nel 1993, una delle conclusioni su alcuni punti importanti affrontati" dalla commissione stessa precisava: "I concetti chiave che circoscrivono il campo di applicazione della Convenzione, non dipendono dalla loro interpretazione all'interno di qualche sistema giuridico particolare. Per contro, il significato dell'espressione ,diritto di custodia rispetto alla Convenzione non coincide con uno qualunque dei concetti di diritto di custodia accettati dagli Stati parti, ma vede i propri contorni tracciati dalla definizioni, dalla struttura e dal fine della Convenzione stessa").

Se la chiave interpretativa delle norme della Convenzione deve ricavarsi dal complesso della definizioni e degli obiettivi in essa esplicitati, è evidente che per stabilire se il genitore sia legittimato a chiedere il rientro immediato del figlio occorre accertare se egli sia titolare dei diritti tenuti presenti dalla Convenzione medesima nel prevedere quella misura rimediabile e, soprattutto, del diritto di decidere sul luogo di residenza del figlio.

Ora, dal complesso delle norme pattizie si evince che per la Convenzione il trasferimento del minore all'estero può essere deciso legittimamente dal genitore affidatario, ma soprattutto, in maniera inequivoca, che la misura dell'immediato rientro non possa applicarsi al caso del mancato rispetto del diritto di visita. Invero, all'articolo 1, mentre per il caso di minori illecitamente trasferiti o trattenuti la convenzione ha lo scopo di assicurare l'immediato rientro, nel caso dei diritti di visita previsti in uno Stato contraente il fine perseguito dalla Convenzione è quello di assicurare l'effettivo rispetto negli altri Stati contraenti. Analogamente, mentre, per l'articolo 8, chi adduca che un minore sia stato trasferito o trattenuto in violazione di un diritto di affidamento può rivolgersi sia all'autorità centrale della residenza abituale del minore, sia a quella di ogni altro Stato contraente, al fine di ottenere assistenza per assicurare il ritorno del minore, all'articolo 21, con riferimento al mancato rispetto del diritto di visita, viene stabilito che le autorità centrali devono attivarsi in vario modo al fine di assicurare un pacifico esercizio, avviando o agevolando – sia direttamente, sia per il tramite di intermediari - una procedura legale al fine di organizzare o tutelare tale diritto e le condizioni a cui il relativo esercizio possa essere soggetto. Da nessun passo delle disposizioni relative al ripristino del diritto di visita si fa cenno alla possibilità che, per rendere effettiva tale tutela, venga disposto il coattivo rientro in patria del minore affidato all'altro genitore.

Ulteriore prova della differenza di trattamento a livello di tutela tra il cd. legal kidnapping, conseguente alla violazione del diritto di custodia (o affidamento), e il mancato rispetto del diritto di visita è la disposizione generale di cui all'articolo 26, inserita nel Capo V, la quale distingue i provvedimenti adottabili dall'autorità giudiziaria a seconda se si verta nella prima (ordine di rientro) o nella seconda ipotesi (delibazione sul diritto di visita). Prevede infatti la disposizione che "nell'ordinare il ritorno del minore, o nel deliberare sul diritto di visita, in conformità alla presente convenzione, l'autorità giudiziaria o amministrativa può, se del caso, porre a carico della persona che ha trasferito o trattenuto il minore, o che ha impedito l'esercizio del diritto di visita, il pagamento di tutte le spese necessarie sostenute dal richiedente, o a nome del richiedente, ivi comprese le spese di viaggio, i costi relativi all'assistenza giudiziaria del richiedente ed al ritorno del minore, nonché tutti i costi e le spese sostenute per localizzare il minore".

In definitiva, per quanto nell'articolo 1 si indichi espressamente tra la finalità della Convenzione quella "di assicurare che i diritti di affidamento e di visita previsti in uno Stato contraente siano effettivamente rispettati negli altri Stati contraenti", i meccanismi processuali diretti a garantire la celere ricostituzione della situazione preesistente alla sottrazione del minore sono destinati ad operare esclusivamente in caso di violazione di un diritto di affidamento (articolo 8). Sul piano dei presupposti dell'ordine di rimpatrio, infatti, la Convenzione attribuisce rilievo esclusivo alla violazione di un diritto di custodia, con la sola condizione che esso sia effettivamente esercitato al momento del trasferimento o del non ritorno del minore e che, a sua volta, sia stato conferito - da un'attribuzione legale, da una decisione giudiziaria o amministrativa o da un accordo. La cui sussistenza deve valutarsi secondo le norme dello stato di residenza del minore".

Il trasferimento del minore all'estero, deciso legittimamente dal genitore affidatario, non potrebbe mai qualificarsi illecito e essere disciplinato alla stregua delle disposizioni previste per il c.d. legal kidnapping, dato che la Convenzione ricollega l'illiceità del trasferimento o del mancato rientro del minore esclusivamente alla violazione di un diritto di affidamento.

Quando è il genitore affidatario a sottrarre il minore all'altro genitore, quest'ultimo non può domandare il ritorno immediato del figlio, stante la liceità del suo trasferimento in conseguenza di una decisione sulla scelta della residenza che legittimamente spetta al genitore affidatario. Egli può invece sollecitare l'Autorità centrale, a norma dell'articolo 21 della Convenzione, a compiere tutti

“i passi necessari per rimuovere, per quanto possibile, ogni ostacolo all’“esercizio del suo diritto””. Dal complesso di tali indicazioni normative, appare pertanto evidente come per le vicende relative alla sottrazione internazionale di minore siano tracciati percorsi assai differenti in ragione della natura del diritto del genitore che si assume lesa; in caso di violazione di un diritto di custodia, attribuito al genitore in via esclusiva o congiunta, obiettivo della Convenzione è ripristinare la situazione preesistente alla sottrazione, consentendo al minore di tornare il prima possibile a vivere con il genitore a cui è stato illecitamente sottratto. Nel caso invece in cui a essere compromesso con il trasferimento del minore all’“estero, sia il diritto di visita del genitore non affidatario, l’“obiettivo della Convenzione – difettando il presupposto dell’“illiceità del trasferimento a norma dell’“articolo 5 - è garantire a quest’ultimo, con l’“ausilio dell’“Autorità centrale, l’“effettività dell’“esercizio del suo diritto o, in alternativa, una ridefinizione dei suoi rapporti con il figlio alla luce del nuovo contesto ambientale in cui il medesimo si è trasferito. Tale conclusione è confermata dalla considerazione che la modalità di applicazione della Convenzione, nell’“ipotesi di accoglimento della domanda di rientro collegata alla violazione del diritto di visita, non terrebbero in conto quelle condizioni di tutela del minore che pure la Convenzione prevede quando sia violato il diritto di affidamento e sia, di conseguenza, disposto il rientro. Non si potrebbe applicare, infatti, alla diversa fattispecie la garanzia prevista dall’“articolo 12, che permetterebbe di valutare - trascorso, come nel caso in esame, più di un anno dall’“allontanamento dell’“altro genitore - l’“integrazione del minore nel nuovo ambiente.

Diversamente argomentando, si finirebbe invece con l’“affermare il principio che, a parità di situazioni di fatto, si dovrebbero applicare norme implicanti garanzie diverse. D’altra parte, se al fine di assicurare il diritto di visita si applicasse la stessa modalità di esecuzione prevista a presidio e attuazione del diritto di affidamento, cioè l’“ordine di rimpatrio, suscettibile di diventare definitivo ed esplicitare affetti simili a quelli previsti dagli articoli 8 e ss, è chiaro che si finirebbe con l’“applicare, per situazioni di differente gravità, la stessa misura rimediabile, di per sé irragionevolmente sproporzionata dal punto di vista dell’“interesse del minore, che è prima di tutto quello di vivere con il genitore cui è stato affidato. A tale ultimo riguardo, si può ulteriormente rilevare che l’“eventuale disposizione di rientro dei minori nello Stato di precedente residenza, al fine di attuarvi il diritto di visita del padre, comporterebbe la necessaria previsione del rientro nel medesimo Stato anche del genitore affidatario. Sennonché, una tale disposizione non solo non è prevista dalla Convenzione, ma è, all’“evidenza, contraria a ogni principio generale collegato alla libertà del genitore affidatario che, per garantire al figlio il mantenimento dei legami con le proprie origini e con le proprie abitudini di vita oltre che la continuità di frequentazione con l’“altro genitore, si vedrebbe costretto entro i confini di un Paese non più avvertito come il proprio.

Né può fondatamente sostenersi, in difetto di qualsivoglia indicazione normativa, che il diritto a essere consultato prima di qualunque modifica della residenza abituale del minore - (eventualmente) previsto dall’“ordinamento positivo dello Stato contraente di appartenenza in capo al genitore titolare di un diritto di visita - equivale, ai fini convenzionali, a un diritto di custodia o di affidamento congiunto, si da potersi ravvisare nel trasferimento all’“estero della residenza dei figli a opera del genitore affidatario, in mancanza di consenso dell’“altro genitore, non affidatario ma titolare del diritto di visita, una violazione delle prerogative conferite a quest’ultimo, tutelabile alla stessa stregua della violazione del diritto di affidamento. In conclusione, la Convenzione non si limita a garantire il diritto di affidamento, ma mira a tutelare anche il diritto di visita del genitore non affidatario. Tuttavia, la violazione di questo diritto non è considerata altrettanto grave, sicché non commette un legal kidnapping il genitore affidatario che si rechi all’“estero con il minore, così impedendo all’“altro il legittimo esercizio del proprio diritto a visitare il figlio.

Non si ignora che, in base all'adottata opzione ermeneutica, rimane esclusa dalla sfera di applicazione della Convenzione una particolare fattispecie di sottrazione internazionale di minori non meno frequente della altra e che il "bene-" del minore, principale obiettivo della Convenzione, può essere seriamente leso dal trasferimento in un paese diverso da quello di sua residenza abituale a opera del genitore abductor, con la conseguente interruzione di qualsivoglia rapporto con l'altro genitore e il repentino mutamento di tutte le consuetudini di vita. Tuttavia, non appaiono superabili le considerazioni incentrate sull'inequivoco tenore delle norme pattizie e sulla obiettiva sproporzione del rimpatrio immediato rispetto all'interesse da tutelare in caso di violazione del diritto di visita.

Al coniuge titolare di un tale diritto, oltre ad attivare la autorità del proprio Paese e quella dello Stato di nuova residenza dei minori, non resta che adire il giudice della separazione e chiedere di (ri)valutare le condizioni dell'affidamento alla luce del sopravvenuto (e non concordato) trasferimento della residenza del minore. Di vero, la circostanza che il genitore affidatario abbia necessità di recarsi all'estero, pur non condizionando di per sé l'affidamento, comporta indubbiamente una più complessa e delicata indagine circa l'interesse del minore, stante l'inevitabile compressione dei rapporti che il genitore non affidatario dovrà subire e le difficoltà che al medesimo deriveranno nell'espletamento del suo diritto- dovere di concorrere all'istruzione ed educazione dei figli.

Ciò posto, nella fattispecie oggetto di disamina, è in punto di fatto pacifico che, in sede di separazione davanti al giudice dello Stato del Messico, la Cumming Ortega Laura ha avuto affidati i figli minori e che circa tre anni dopo li ha portati a vivere in Italia, dove essa ha trovato stabile occupazione. Pur essendo rimasto a livello assertivo il rilievo che il trasferimento all'estero della residenza era stato espressamente autorizzato, in sede di divorzio, dal marito, padre dei minori, non vi è dubbio che a tanto la Cumming Ortega era legittimata, facendo la Convenzione (articolo 5) rientrare tra i diritti dell'affidatario anche quello di decidere riguardo al luogo di residenza del minore.

E' altresì pacifico che il padre dei minori, attraverso la sua richiesta di esercizio del diritto di visita, finisca con il chiedere una misura, e cioè il rientro definitivo dei figli minori in Messico, che la Convenzione, come si è chiarito, disciplina in relazione al(la violazione del) diritto all'affidamento, che nel caso di specie non è, invece, posto la discussione. Con l'istanza inoltrata, per il tramite delle autorità messicane, alla Procura della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni di Roma, il Reguera Rodriguaz ha, infatti, chiaramente dichiarato che il suo intendimento consiste nell'ottenere il rientro dei figli in Messico con un ordine di rimpatrio coattivo, in realtà previsto e disciplinato da quelle norme (articoli 8 e ss.) che, come si è visto, non si applicano al diritto di visita.

In definitiva, le norme summenzionate si prestano ad una diversa e più corretta disamina, che porta a conclusioni di segno difforme rispetto a quella del decreto impugnato, del quale si impone la cassazione.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, questa Corte può decidere il procedimento nel merito, ai sensi dell'articolo 384, comma 2, Cpc respingendo l'originaria domanda di rimpatrio dei minori Reguera Cumming Josè Manuel e Reguera Cumming Juan Pablo.

La novità e la delicatezza delle questioni trattate costituiscono di per loro giusti motivi per compensare la spese dell'intero giudizio.

PQM

La Corte, accoglie il ricorso, cassa l'impugnato decreto e, decidendo la causa nel merito, rigetta la domanda, compensando le spese dell'intero giudizio.