

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale per i minorenni di Milano, con decreto immediatamente esecutivo, del 9-10.12.2008, accoglieva l'istanza in data 16.09.2008, proposta, ai sensi della L. 15 gennaio 1994, n. 64, art. 7 e dell'art. 8 della Convenzione de l'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, ratificata e resa esecutiva dalla citata L. n. 64 del 1994, da R.J. T., disponendo che i suoi due figli minori R.L. e N., entrambi nati a (OMISSIS), rispettivamente il (OMISSIS), dal matrimonio contratto dal R. con C.M.G., facessero ritorno immediato in Germania, presso il padre.

La vicenda trae origine dall'iniziativa assunta dalla C., cittadina italiana, la quale dopo il 13/09/2008, data in cui, al termine delle vacanze estive, il R. aveva riaccompagnato i loro due figli presso l'abitazione materna, sita in (OMISSIS), località tedesca molto vicina ad (OMISSIS), luogo, invece, di residenza del R., si era allontanata, all'insaputa di quest'ultimo, dalla sua residenza abituale per trasferirsi in Italia, a Milano, presso sua madre, recando con sè i bambini, prossimi ad iniziare la scuola in Germania, ed aveva poi proceduto, sempre di propria iniziativa, a trasferire la loro residenza in Italia e ad iscriverli a scuola.

Precedentemente la Pretura di Monaco di Baviera, con provvedimento del 19 (-24).06.2008, confermato il 2 (-3).09.2008 dalla Corte di appello, aveva respinto l'istanza con cui la C., nel gennaio 2008, aveva chiesto il "diritto di controllo di soggiorno dei figli" al fine di trasferire in Italia la loro residenza. Il giudice tedesco di primo grado, all'esito del disposto specifico accertamento (perizia del 16.04.2008) in ordine ai possibili riflessi sui minori

di un eventuale loro spostamento in Italia, a Milano, e dopo avere disposto l'audizione dei bambini, nel corso della quale gli stessi avevano dichiarato di volersi trasferire a Milano sulla base della volontà manifestata dalla madre e non per altri motivi, aveva negato l'autorizzazione ai sensi dell'art. 1671 c.c. tedesco, comma 2, ritenendo conclusivamente che il trasferimento non corrispondesse al loro interesse.

Il Tribunale per i minorenni di Milano, sentiti in camera di consiglio il R. e la C., acquisito il parere del P.M ed esaminata la documentazione in atti, osservava e riteneva tra l'altro:

- che sussistevano i presupposti dell'illecito mancato rientro dei minori ai sensi dell'art. 3 lett. a) e b) e art. 5 della Convenzione de l'Aja del 25 ottobre 1980, dal momento che R.L. e N., cittadini tedeschi, avevano avuto la loro abituale residenza in (OMISSIS) sino al (OMISSIS);
- che nel novembre del 2006 il R. e la C. si erano separati ed allo stato pendeva tra loro il giudizio di divorzio;
- che all'atto della separazione dei genitori, i due minori erano stati agli stessi affidati in forma congiunta ed erano sempre vissuti con la madre, presso la residenza abituale di (OMISSIS), mantenendo regolari rapporti con il padre, che risiedeva in località molto prossima;
- che la C., nel gennaio 2008, aveva chiesto alla Pretura di Monaco di Baviera di essere autorizzata a trasferire la residenza dei figli in Italia e che il giudice tedesco, in primo e secondo grado, aveva respinto le istanze della madre di vedersi assegnare il diritto di decidere autonomamente riguardo al loro luogo di residenza;
- che irrilevante era il sopravvenuto mutamento di residenza dei minori, attuato dalla sola madre dopo l'episodio sottrattivo;
- che costituiva importante circostanza sopravvenuta il fatto che, con provvedimento emesso in via d'urgenza il 17/18.09.2008, la medesima Pretura di Monaco di Baviera aveva, seppure in via provvisoria, affidato al padre in via esclusiva i due figli minori,
- che, dunque, i minori, in quanto dapprima affidati in forma congiunta ad entrambi i genitori, residenti in Germania dalla nascita, in assenza di diritto in capo alla madre di decidere riguardo al loro luogo di residenza ed attualmente affidati al padre in forza di pronuncia dell'Autorità giudiziaria tedesca, dovevano ritenersi illecitamente trattenuti in Italia dalla madre;

- che, come anche rilevato dal PM in sede di conclusioni, non erano emersi elementi ostativi al rientro ai sensi dell'art. 13 della convenzione, ossia atti a far presumere fondati rischi per i minori di essere esposti, per il fatto del loro ritorno in Germania, a pericoli fisici o psichici o, comunque, di trovarsi in situazione intollerabile, dal momento che la stessa C. aveva riferito del buon rapporto dei bambini con il padre, riconducendo i loro sintomi di disagio all'intervento di un'istituzione tedesca, denominata "Jugendamt", incaricata dall'Autorità giudiziaria di seguire le loro vicende, ossia a diversa causa non riconducibile al R.;

- che in materia di sottrazione dei minori non sussisteva l'obbligo della loro audizione e che nella specie non ricorrevano nemmeno ragioni di opportunità per sentire i due bambini, alla luce delle informazioni in atti circa il gravissimo conflitto esistente tra i genitori e tenuto conto dell'età dei minori stessi e del loro scarso grado di maturità evidenziato dagli atti, che inducevano ad evitare di porli in situazioni destabilizzanti contrarie ai loro superiori interessi;

- che il giudizio sulla domanda di rimpatrio dei minori non implicava anche indagini di merito circa la migliore sistemazione possibile per i minori e che, quindi, essendo documentalmente emerso l'illecito mancato rientro dei bambini e non essendo evidenziati gravi pregiudizi in danno degli stessi, connessi al loro rimpatrio, si rivelava irrilevante la valutazione di quale fosse la situazione dei minori in Italia.

Avverso questo decreto la C. ha proposto ricorso per cassazione affidato ad 11 motivi, notificato il 26-29.09.2009 al R. ed il 26.09.2009 al PM presso il giudice a quo ed illustrato da memoria. Gli intimati non hanno inteso resistere. Il difensore del R. ha partecipato alla discussione orale.

MOTIVI DELLA DECISIONE

A sostegno del ricorso la C. denuncia:

1. "Violazione e falsa applicazione art. 3 lett. a) e art. 12 Convenzione de L'Aja 1980"

Si duole, anche per assoluta mancanza di motivazione, che il trasferimento dei figli sia stato ritenuto illecito, sostenendo che esso in concreto ha sostanzialmente violato solo il diritto di visita paterno, che sul punto è mancato il doveroso accertamento dell'effettività del diritto di custodia dei minori in capo al R., il quale all'epoca esercitava di fatto il suddetto più limitato diritto e che solo successivamente, con il provvedimento adottato dal giudice tedesco il 17.09.2008, ha acquisito il diritto di determinare la residenza dei figli ma non di loro custodia esclusiva, diritto, dunque, che prima della relativa attribuzione non poteva essere violato.

2. "Insufficiente e omessa motivazione in punto effettività dell'esercizio del diritto previsto ex artt. 3 e 13 Convenzione de L'Aja 1980", questione che aveva dedotto con la memoria di costituzione, evidenziando che in concreto il R. esercitava non più che il diritto di visita dei figli, come anche emergeva dal contenuto dei provvedimenti esteri del 24.06.2008 e del settembre 2008.

3. "Violazione e falsa applicazione artt. 3, 12, 13, lett. a) Convenzione de L'Aja 1980", dal momento che anche il R., all'udienza di comparizione dinanzi al Tribunale per i minorenni, aveva confermato le modalità con cui esercitava il suo diritto di congiunta custodia dei figli minori, evidenziando che sostanzialmente si trattava di diritto di visita, con tali affermazioni anche esonerando la ricorrente dall'onere a suo carico di fornire la relativa prova ai sensi dell'art. 13, lett. a) della Convenzione e rendendo superflua l'acquisizione d'informazioni. 4. "Violazione e falsa applicazione artt. 12, 13, lett. a) e art. 21 Convenzione de L'Aja 1980".

La ricorrente ribadisce che sin dalla separazione dal marito i figli erano collocati presso di lei e che si prendeva cura di loro, sicché si sarebbe dovuto fare rientrare il caso nella violazione del diritto di visita di cui all'art. 21 della Convenzione dell'Aja. 5. "Omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione riguardo la sussistenza del diritto di affidamento esclusivo al padre giustificante il rimpatrio".

Sostiene che nell'impugnato decreto con erronea e contraddittoria motivazione si è ritenuto che con il provvedimento emesso in via d'urgenza il 17(18).09.2008 e confermato il 20 novembre 2008, il Tribunale avesse modificato il regime di affidamento dei minori, disponendo che il padre divenisse unico affidatario, e si era dato importante rilievo a questa circostanza sopravvenuta, laddove,

invece, dalla corretta traduzione in italiano del termine "Aufenthaltsbestimmungsrecht", usato in tutti e 4 i provvedimenti emessi dal giudice tedesco, sarebbe risultato che si verteva soltanto in tema di diritto di controllo di soggiorno dei figli, ossia in ordine al diritto di decidere la residenza dei bambini, come d'altra parte poteva agevolmente desumersi già dal confronto di tutti i provvedimenti e dalle traduzioni giurate dei primi due provvedimenti del giugno e settembre 2008, da lei prodotte, contrariamente al diverso senso attribuito al termine nelle traduzioni non giurate dei secondi due provvedimenti, prodotte dal R..

6. "Violazione di Legge per mancata applicazione dell'art. 13 lettera b) Convenzione Aja 1980."

Sostiene che il diniego di rimpatrio dei minori sarebbe comunque legittimato ai sensi dell'art. 13, lett. b), da rischi psicofisici che il Tribunale per i minorenni avrebbe potuto ben desumere, quali connessi ad interventi dell'istituzione pubblica denominata Jugendamt deputata a seguire la situazione dei minori, il cui operato è stato stigmatizzato nell'interrogazione del Senatore B.E. davanti al Parlamento italiano e dalla Lega per i Diritti dei Bambini (LCR) dinanzi all'ONU - Consiglio dei Diritti Umani, e che, comunque, è mancato ogni accertamento sul punto, tramite in via esemplificativa richiesta d'informazioni alle autorità straniere richiedenti, circa la situazione sociale e gli ambienti socio familiari di vita in cui i bambini si sarebbero dovuti ritrovare al loro rientro in Germania.

7. "Violazione di Legge per erronea applicazione dell'art. 13, comma 2, Convenzione Aja 1980 e per l'errata valutazione ed interpretazione della volontà del minore oppositiva al ritorno in Germania".

Si duole che non si sia proceduto all'audizione dei minori sul presupposto della loro inattendibilità non accertata in alcun modo, nemmeno a mezzo CTU, con valutazione fondata sul mero dato anagrafico, mentre, di contro, erano stati sentiti dai funzionari dello Jugendamt.

8. "Violazione di Legge per falsa ed erronea applicazione del disposto di cui all'art. 3 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 resa esecutiva con successiva L. 20 marzo 2003, n. 77, di "Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996" e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 91 del 18 aprile 2003. - Supplemento Ordinario n. 66 sul Diritto (del minore) di essere informato e di esprimere la propria opinione nei procedimenti". Sostiene che i figli oltre che non sentiti, non sono stati nemmeno informati del procedimento, in violazione di quanto prescritto dalla rubricata Convenzione, posto anche che l'iniziativa non poteva nemmeno apparire inopportuna date le analoghe precedenti esperienze vissute dai bambini.

9. "Violazione di Legge per mancata applicazione dell'art. 20 Convenzione Aja 1980 in relazione alla L. n. 54 del 2006". La ricorrente sostiene conclusivamente che la decisione impugnata viola l'art. 20 della Convenzione, dato che in Germania mancano tutele a protezione dei diritti e libertà fondamentali dei cittadini, anche minori.

10. "Violazione di Legge per mancata applicazione dell'art. 111 Cost., in tema di diritto alla difesa e garanzia a vedersi applicati i principi del cd. "giusto processo".

Sostiene che nel procedimento dinanzi al Tribunale per i minorenni sono stati violati i suoi diritto di difesa ed al giusto processo, avendo ricevuto solo il venerdì 28 novembre 2008 la notifica del decreto, adottato il 13.11.2008, di comparizione per l'udienza fissata al 2.12.2008, con termine al 29.11.2008 per il deposito di eventuali memorie, e, dunque, essendole stati assegnati tempi ristrettissimi per preparare la sua difesa e predisporre mezzi istruttori, con pregiudizio anche al diritto di previa visione degli atti, nonché essendole stato denegato, nonostante il parere positivo del PM, il breve rinvio chiesto pure per contattare il codifensore esperto nella normativa vigente in materia, nella Repubblica Federale di Germania.

11. "Violazione e falsa applicazione art. 13, comma 1, lett. b), Convenzione dell'Aja 1980."

La ricorrente lamenta che non si sia valutato il rischio psichico connesso al rimpatrio in Germania dei bambini e dipendente dal loro distacco forzoso dalla madre, quale emerso nella perizia estera, che lo aveva definito inimmaginabile. Il ricorso è fondato nei limiti in seguito precisati.

In via logico - giuridica l'esame del ricorso deve prendere avvio dal motivo d'impugnazione n. 10, con cui in riferimento alla conduzione del procedimento, e segnatamente ai relativi tempi di definizione, si prospettano violazioni di regole processuali di rango costituzionale, sul diritto di difesa ed al giusto processo, motivo che si rivela infondato e che, quindi, deve essere respinto, alla luce del condiviso principio di diritto già affermato da questa Corte ed al quale va data continuità, secondo cui (cfr. cass. 200310577; 200405465. In tema cfr. anche cass. 200202748). "Nel procedimento, di volontaria giurisdizione, previsto dalla L. 15 gennaio 1994, n. 64 (di ratifica ed esecuzione della Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 in tema di sottrazione internazionale di minori) – inquadrabile nello schema generale dei procedimenti speciali in materia di famiglia e di stato delle persone, e quindi soggetto, per quanto in essa non previsto, alle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, e nel contempo caratterizzato dall'estrema urgenza di provvedere nell'interesse del minore -, non sono normativamente previsti - per deposito di atti, citazione di testimoni, preavvisi alle parti, controdeduzioni - i termini e le modalità ordinariamente posti a garanzia del contraddittorio, essendo questo assicurato dalla fissazione dell'udienza in camera di consiglio e dalla comunicazione alle parti del relativo decreto".

Privi di pregio si rivelano, inoltre, anche il sesto ed il nono motivo del gravame, che inammissibilmente si sostanziano in critiche generiche e nuove, in ogni caso prive della conclusiva formulazione del quesito di diritto, prescritto dall'art. 366 bis c.p.c., applicabile *ratione temporis*.

Il rapporto di connessione che sussiste non solo, in ragione della natura delle questioni nei rispettivi ambiti controverse, tra i primi cinque motivi del ricorso e tra il settimo e l'ottavo, ma anche tra tali due gruppi di motivi, entrambi riferibili, seppure per distinti profili, a condizioni dell'illecito trasferimento e del conseguente ordine di rientro immediato dei minori, consente l'esame unitario di tutte queste censure, che meritano favorevole apprezzamento nei sensi in prosieguo precisati; al loro limitato accoglimento segue anche l'assorbimento dell'undicesimo motivo di gravame, stante gli effetti caducatori già derivanti dalla definizione dei primi. Giova premettere che la Convenzione dell'Aja del 1980, sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori, dispone, per quanto in questa sede rileva:

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

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

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

- all'art. 3 che "Il trasferimento o il mancato rientro di un minore

è ritenuto illecito:

a) quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, ... congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e;

b) se tali diritti sono effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze."

- all'art. 5, lett. a) che il "diritto di affidamento" comprende i diritti concernenti la cura della persona del minore, ed in particolare il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza, b) il "diritto di visita" comprende il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo;

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

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

b) che sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici, o comunque, di trovarsi in una situazione intollerabile. L'Autorità

giudiziaria o amministrativa può altresì rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore qualora essa accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età ed un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere ...".

Va ricordato che in tema di illecita sottrazione internazionale di minori da parte di un genitore, la Convenzione del Lussemburgo del 20 maggio 1980 e quella dell'Aja del 25 ottobre 1980, entrambe rese esecutive in Italia con la L. n. 64 del 1994, hanno la medesima finalità di tutela dell'interesse del minore dal pregiudizio derivante dai trasferimenti indebiti; tuttavia, mentre presupposto della prima è che, anteriormente al trasferimento del minore attraverso una frontiera internazionale, sia stata adottata, in uno degli Stati contraenti, una decisione esecutiva sull'affidamento, ovvero che, successivamente al trasferimento, sia stato pronunciato un provvedimento sull'affidamento dichiarativo della illiceità del trasferimento stesso, scopo della seconda è il ripristino dello status quo di residenza del minore, essendo irrilevante l'esistenza di un titolo giuridico, oppure di un provvedimento giurisdizionale straniero di affidamento, se non al limitato e provvisorio fine di legittimare, alle condizioni stabilite dall'art. 3 di detta legge, la persona o l'ente che, svolgendo di fatto la funzione di affidatario, può chiedere il rientro del minore. Pertanto, qualora sia esperita l'azione prevista dalla Convenzione de L'Aja, ossia sia chiesta la reintegrazione della situazione di fatto in cui viveva il minore prima dell'illecita sottrazione, l'eventuale provvedimento giurisdizionale straniero concernente l'affidamento assume rilievo esclusivamente quale mero elemento integrante detta situazione di fatto (cfr. cass. 199802954; 199806235, 199809501; 20003701, 200202748; 200305944; 200319544; 200616831; 200705236). Conseguentemente, nella Convenzione de L'Aja del 1980 (a differenza di quanto invece previsto della Convenzione del Lussemburgo del maggio 1980, sul riconoscimento e, l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento) alcun rilievo possono assumere ai fini decisori mutamenti del regime legale di affidamento del minore, successivi al momento del suo trasferimento o del suo mancato rientro, stante, come già osservato, l'irrilevanza, ai fini del perseguimento delle sue finalità di tutela dell'affidamento quale situazione di mero fatto, di un titolo giuridico di affidamento.

La Convenzione dell'Aja, dunque, anche per il caso di titolarità congiunta dei diritti di custodia del minore, caso che nella specie rileva, stante che i coniugi R. e C. risultano non conviventi e separati con regime di affidamento congiunto dei due figli minori, postula che i diritti ricompresi nel "diritto di affidamento", il quale espressamente include i diritti concernenti la cura della persona del minore, ed in particolare il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza, siano effettivamente esercitati al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o che avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze. Impone, pertanto, 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 trarre beneficio, di mantenere, cioè, consuetudini e comunanza di vita ancorché in misura inferiore rispetto all'altro genitore (cfr. cass. 200408000), 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. 200714960; 200607864; 200506014). 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. 200717648), al di là di qualsiasi verifica della loro conformità al suo superiore interesse,

quand'anche per lui non intollerabili o non comportanti pericoli fisici o psichici. Tale verifica poi assume contorni più puntuali nel caso, che nella specie rileva, di genitori separati o divorziati, rispetto a quello di genitori coniugati e conviventi.

Con riguardo, inoltre, alla dimostrazione del non esercizio del diritto di affidamento, cui è tenuta la persona che si oppone al ritorno del minore, occorre ribadire che il principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., non implica affatto che la dimostrazione dei fatti costitutivi del diritto preteso debba ricavarsi esclusivamente dalle prove offerte da colui che è gravato dal relativo onere, senza poter utilizzare altri elementi probatori acquisiti al processo, poiché nel vigente ordinamento processuale interno vige il principio di acquisizione, secondo il quale le risultanze istruttorie, comunque ottenute e quale che sia la parte ad iniziativa o ad istanza della quale sono formate, concorrono tutte, indistintamente, alla formazione del convincimento del giudice senza che la diversa provenienza possa condizionare tale formazione in un senso o nell'altro e, quindi, senza che possa escludersi l'utilizzazione di una prova fornita da una parte per trarne elementi favorevoli alla controparte. Quindi il Tribunale per i minorenni di Milano dovrà, in sede di rinvio, anche considerare le dichiarazioni che il R. ha reso nel corso del procedimento in relazione alle specifiche modalità con cui in concreto era dedito ai suoi due figli nel periodo antecedente il loro espatrio, onde valutare se esse legittimassero o meno la tutela da lui auspicata.

Inoltre, l'audizione dei minori, già prevista nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardino, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la L. n. 77 del 2003, per cui ad essa deve procedersi, salvo che possa arrecare danno al minore stesso, come risulta dal testo della norma sovranazionale e dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr da ultimo Cass. SU 200922238). Nel procedimento per il mancato illecito rientro nella originaria residenza abituale l'audizione del minore non è imposta per legge, in ragione del carattere urgente e meramente ripristinatorio della situazione di tale procedura (Cass. 4 aprile 2007 n. 8481 e 19 dicembre 2003 n. 19544), e però pure in tale procedura si è ritenuta in genere opportuna, se possibile (Cass. 4 aprile 2007 n. 8481 e la citata n. 15145 del 2003), come peraltro specificamente previsto dall'art. 11, comma 2, del Regolamento CE n. 2201/2003, che dispone "Nell'applicare gli artt. 12 e 13 della convenzione dell'Aja del 1980, si assicurerà che il minore possa essere ascoltato durante il procedimento se ciò non appaia inopportuno in ragione della sua età o del suo grado di maturità". Conseguentemente anche nel procedimento in questione l'audizione del minore è in via generale necessaria onde potere valutare, ai sensi dell'art. 13, comma 2 della Convenzione, l'eventuale opposizione del minore al ritorno, salvo ragioni di inopportunità, per età o grado di maturità, e a fortiori di danno per quest'ultimo.

Nella specie, la mancata audizione dei due figli non può ritenersi legittimata ai sensi in precedenza precisati, dal mero, generico richiamo alla loro età, essendo nati rispettivamente il (OMISSIS), ed immaturità, posto anche che tali affermazioni appaiono smentite dagli ascolti già disposti ed attuati in diversa sede giudiziaria.

Alla luce delle regole normative e degli esposti principi, dunque, le argomentazioni del decreto impugnato non appaiono adeguate e sufficienti, ragione per cui conclusivamente il provvedimento deve essere cassato nei chiariti limiti, con rinvio al Tribunale per i minorenni di Milano, in diversa composizione, cui si demanda anche la pronuncia sulle spese del giudizio di Cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso nei limiti di cui in motivazione, cassa il decreto impugnato e rinvia, anche per le spese del giudizio di Cassazione, al Tribunale per i minorenni di Milano, in diversa composizione.

Ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52, comma 5, in caso di diffusione della presente sentenza si devono omettere le generalità e gli altri dati identificativi delle parti.

Così deciso in Roma, il 17 marzo 2010.

Depositato in Cancelleria il 19 maggio 2010

Presidente: M. G. Luccioli
Consigliere estensore: M. C. Giancola