

# LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

RIVISTA BIMESTRALE  
ANNO XXXIX

a cura di  
**GUIDO ALPA  
E PAOLO ZATTI**

**6/2023**

 [edicolaprofessionale.com/NGCC](http://edicolaprofessionale.com/NGCC)

**Il riconoscimento del diritto di visita  
della terza madre di minore straniera:  
applicazione di una clausola “d’eccezione”  
per un caso eccezionale**

*di Cristina Campiglio*



Wolters Kluwer

# Il riconoscimento del diritto di visita della terza madre di minore straniera: applicazione di una clausola “d’eccezione” per un caso eccezionale

di Cristina Campiglio\* \*\*

SOMMARIO: 1. Il caso: Trib. Milano, 6.7.2023, decr. non def. – 2. Le fonti normative di riferimento. – 3. Qualificazione della fattispecie oggetto del giudizio. – 4. Determinazione della giurisdizione. – 5. Legge applicabile: la clausola d’eccezione (art. 15, par. 2, Convenzione Aja 1996). – 6. Conclusioni.

## 1. Il caso: Trib. Milano, 6.7.2023, decr. non def.

La ricorrente C.S., cittadina italiana residente in Germania, inizia una relazione sentimentale con K.K., cittadina tedesca, che a seguito di fecondazione con seme di donatore conosciuto aveva dato alla luce tre figli nell’ambito di un progetto genitoriale condiviso con la ex moglie N.K. Con i tre fratellini, nel frattempo adottati da N.K., C.S. passa molto tempo: li frequenta con regolarità e se ne prende cura anche economicamente. Nel settembre 2021 K.K. per motivi di lavoro si trasferisce a Milano con due dei tre figli (L. e la sorellina) e da marzo 2022, malgrado l’avvio di una mediazione, nega ogni contatto tra la piccola L. e C.S.

Nel luglio 2022, invocando la propria genitorialità sociale, C.S. chiede al Tribunale di Milano, previo accertamento della giurisdizione italiana e con applicazione della legge tedesca, che sia disposta la propria frequentazione con L. In subordine, nell’ipotesi che sia ritenuta applicabile la legge italiana, chiede che ex art. 337-ter cod. civ. venga disposto l’affido condiviso della minore e siano regolamentate le frequentazioni con la minore, con mantenimento diretto della bambina in capo alle due donne.

Con decreto non definitivo 6.7.2023, Il Tribunale – confermando il decreto provvisorio del 10.11.2022 – afferma la propria giurisdizione in virtù del reg. CE del 27.11.2003, n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (reg. c.d. Bruxelles II bis) secondo cui “(l) autorità giurisdizionali di uno Stato membro sono competenti per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, se il minore risiede abitual-

mente in quello Stato membro alla data in cui sono aditi” (art. 8). La giurisdizione italiana sussisterebbe altresì nell’ipotesi in cui si ritenesse applicabile la Convenzione dell’Aja del 19.10.1996 in materia di competenza, legge applicabile, esecuzione e cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori: anche la Convenzione, infatti, prevede come titolo di giurisdizione la residenza abituale del minore (art. 5). Alla controversia non è però applicabile la legge italiana bensì quella tedesca, in quanto la suddetta Convenzione consente, seppur in via di eccezione, di ricorrere a una legge diversa dalla *lex fori* “nella misura in cui la protezione della persona o dei beni del minore lo richieda” e a patto che con questo altro Stato “la situazione presenti uno stretto legame” (art. 15, par. 2). È dunque in base al codice civile tedesco (art. 1685, par. 2 BGB) che il Tribunale riconosce il diritto della ricorrente a frequentare la minore, tenuto conto del consolidato rapporto socio-familiare con la stessa.

La particolarità del caso è legata, da un lato, alle circostanze di fatto – si tratta di una minore con tre madri: la madre biologica (tedesca), la madre adottiva (tedesca, ex coniuge della madre biologica) e la madre sociale (italiana, ex compagna della madre biologica) – dall’altro, alla difficoltà di qualificare la fattispecie oggetto di controversia (frequentazione della minore da parte della ex compagna della madre) al fine di determinare il titolo di giurisdizione. Ma è nell’individuazione della legge applicabile che sta l’originalità del provvedimento milanese, che per la prima volta in Italia ricorre alla disposizione “d’eccezione” della Convenzione dell’Aja del 1996 (art. 15, par. 2)<sup>1</sup>.

\* Contributo pubblicato in base a *referee*.

\*\* The contribution presents part of the research undertaken under the PRIN 2022 project “Fluidity in family structures - International and EU law challenges on parentage matters” (prot. n. 2022FR5NNJ), financed by the Ministry of University and Research of the Italian Republic and by the

European Union - Next Generation EU.

<sup>1</sup> L’art. 15, par. 1 della Convenzione, invece, è stato applicato già da TRIB. PARMA, 13.10.2017, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2019, 616 (in un caso relativo all’affidamento alla madre di una minore, italiana residente abitualmente in Italia come la madre, e al regime di frequen-

## 2. Le fonti normative di riferimento.

Il Tribunale ritiene sussistente la giurisdizione italiana in base al reg. CE n. 2201/2003 (c.d. reg. Bruxelles II *bis*): il vigente regolamento del 25.6.2019, 2019/1111, c.d. Bruxelles II *ter*, infatti, “si applica solo alle azioni proposte ... posteriormente al 1.8.2022” (art. 100, par. 1).

In materia di responsabilità genitoriale l'art. 8 reg. CE n. 2201/2003 attribuisce la giurisdizione alle autorità dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente alla data in cui l'autorità è adita e la piccola L. risiede abitualmente in Italia. La madre, infatti, nel 2021 è stata assunta a Milano con un contratto di lavoro annuale prorogabile fino al 2024. Ritiene il giudice che il fatto che il contratto sia prorogabile per non più di tre anni consecutivi “non impedisce di affermare che la residenza abituale (della minore) sia stata legittimamente fissata in Italia ... con previsione di stabilità, quanto meno per tutta la durata del contratto di lavoro della madre con conseguente integrazione della minore nel territorio dello Stato”.

La giurisdizione italiana sussiste altresì in base alla Convenzione dell'Aja del 1996 in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori che pure impiega come titolo di giurisdizione la residenza abituale del minore (art. 5, par. 1). Al riguardo, il Tribunale avverte la necessità di precisare che la causa inerisce “non ... al riconoscimento della responsabilità genitoriale ed alle conseguenti frequentazioni, bensì alla richiesta di una misura di protezione della minore, asseritamente privata della vicinanza e del sostegno di persona di riferimento con la quale ha condiviso i suoi primi 8 anni di vita”.

Quanto alla legge applicabile (la cui individuazione esula dal reg. CE n. 2201/2003), fonte di riferimento è la stessa Convenzione dell'Aja e non già la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (n. 218/1995). L'art. 36, l. n. 218/1995 relativo ai “Rapporti tra genitori e figli” infatti “deve ritenersi tacitamente abrogato dopo l'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja, sia perché ratificata con legge dello Stato successiva, sia perché la Convenzione ha carattere universale” (*rectius* perché ratificata dall'Italia

e ivi resa esecutiva – ex l. 18.6.2015, n. 101 – a decorrere dalla data di sua entrata in vigore per il nostro Paese, 1.1.2016<sup>2</sup>, ossia da una data precedente a quella di avvio del procedimento<sup>3</sup>). E, di nuovo, il Tribunale tiene a rimarcare che nella fattispecie non si tratta di un rapporto personale tra genitore e figli “non essendo la ricorrente genitore della minore”.

Riassumendo. Il Tribunale (“come anche condiviso da entrambe le parti”, si legge nel decreto provvisorio del 10.11.2022) dichiara la propria giurisdizione in base al reg. CE n. 2201/2003 in materia di *responsabilità genitoriale* e desume la legge applicabile dalla Convenzione del 1996 riguardando il giudizio una misura di *protezione della minore* e non la responsabilità genitoriale.

Non può sfuggire la contraddittorietà del ragionamento. Se effettivamente di protezione di minore si trattasse, anche la giurisdizione andrebbe infatti desunta dalla Convenzione, posto che il regolamento non si occupa della protezione di incapaci ma delle “materie civili relative ... all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale” (art. 1, par. 1, lett. *b*). Se, viceversa, ad essere in discussione fosse la responsabilità genitoriale, ovvero una materia di cui – relativamente almeno alla giurisdizione – sia il regolamento che la Convenzione si occupano, occorrerebbe coordinare le due fonti.

## 3. Qualificazione della fattispecie oggetto del giudizio.

Il Tribunale si è trovato di fronte a un classico problema di interpretazione del dettato normativo, problema che in ambito internazionalprivatistico (dove si parla più propriamente di *qualificazione*) dà luogo, per il gioco di specchi fra ordinamenti giuridici di Stati diversi, a maggiori incertezze e difficoltà. Il fatto poi che si tratti di interpretare non già norme italiane (quelle della già ricordata l. 31.5.1995, n. 218) ma norme internazionali (contenute nella Convenzione dell'Aja del 1996) e sovranazionali (previste dal reg. CE n. 2201/2003) complica ulteriormente l'operazione.

Per individuare la fonte da cui desumere le norme sulla giurisdizione, in pratica, occorre rispondere alla domanda: l'attribuzione e l'esercizio del diritto di una

tazione con il genitore non affidatario, marocchino residente in Francia) e CASS. CIV., 29.12.2021, n. 41930, ord., in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2022, 1002 (si trattava di un caso di tutela di minore albanese affidato agli zii residenti in Italia). Applicano invece gli artt. 16 e 17 della Convenzione, attinenti alla responsabilità genitoriale di pieno diritto (derivante cioè direttamente dalla legge), TRIB. ALESSANDRIA, 11.12.2017, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2019, 618; e TRIB. PARMA, 4.4.2018, *ibid.*, 2020, 174.

<sup>2</sup> La Convenzione è entrata internazionalmente in vigore il 1.1.2002, dopo il deposito della ratifica da parte di tre Stati (Monaco, Repubblica Ceca, Slovacchia). Gli Stati membri della Comunità europea sono stati autorizzati a ratificare dal Consiglio (dec. 2003/93/CE del 19.12.2002) che ha successivamente invitato a provvedere “se possibile

anteriamente al 5 giugno 2010” (dec. 2008/431/CE del 5.6.2008 art. 3, par. 1). Il nostro è stato l'ultimo Stato membro dell'Unione europea a depositare la ratifica (30.9.2015): cfr. BARUFFI, *La convenzione dell'Aja del 1996 sulla tutela dei minori nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2016, 975; e PICONE, *La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1996, 705, e in PICONE, *Studi di diritto internazionale privato*, Jovene, 2003, 505.

<sup>3</sup> Vero è che la Convenzione dell'Aja del 1996 è universale – nel senso che le sue norme sulla legge applicabile operano anche se richiama la legge di uno Stato non contraente (art. 20) – ma questo non rileva nel caso di specie, tanto più che la Germania è divenuta parte della Convenzione prima dell'Italia (2011).

donna a frequentare la figlia dell'ex compagna attono alla responsabilità genitoriale o integrano piuttosto misure di protezione della minore?

La risposta dipende evidentemente dalla nozione di responsabilità genitoriale accolta dal reg. CE n. 2201/2003 e dalla Convenzione del 1996. Poiché il regolamento si ispira alla Convenzione, è da questa che occorre prendere le mosse.

All'art. 1, par. 2, la Convenzione definisce la responsabilità genitoriale come "la potestà genitoriale o ogni altro rapporto di potestà analogo che stabilisca i diritti, i poteri e gli obblighi dei genitori, di un tutore o altro rappresentante legale nei confronti della persona o dei beni del minore". L'art. 3 precisa poi che la Convenzione regola "il diritto di visita, che comprende il diritto di portare il minore, per un periodo di tempo limitato, in un luogo diverso da quello della sua abituale residenza"<sup>4</sup>. Il fatto che la responsabilità possa essere in tutto o in parte esercitata, alle condizioni fissate dalle leggi nazionali, da soggetti diversi dai genitori<sup>5</sup>, troverà conferma qualche anno dopo nella Convenzione europea sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli del 15.5.2003 che, codificando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Conv. eur. dir. uomo), definisce i legami familiari come "una relazione stretta, quale tra un bambino e i suoi nonni o fratelli, con base giuridica oppure una relazione familiare *de facto*" (art. 2, lett. d) e stabilisce che, "(f)atto salvo il bene del minore, può venir instaurata una relazione tra il bambino e altre persone che non siano i suoi genitori aventi legami familiari con il minore" (art. 5, par. 1). Il Rapporto esplicativo della Convenzione del 1996 curato da Paul Lagarde<sup>6</sup> non si esprime circa l'applicabilità del regime convenzionale alle domande di diritto di visita presentate da persone diverse dai genitori, ma le istruzioni adottate dagli Stati membri della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (organizzazione a cui deve la Convenzione) sottolineano l'importanza per il minore di mantenere relazioni personali con tutte le persone con le quali abbia legami familiari, rimarcando che la

Convenzione non limita "i diritti di visita a quelli esistenti tra genitori e figli"<sup>7</sup>.

Anche ai sensi del reg. CE n. 2201/2003 la responsabilità genitoriale consiste nei "diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore" e in particolare nel diritto di affidamento e nel diritto di visita (così l'art. 2, n. 7). Sul diritto di visita (nella versione tedesca del regolamento *Umgangsrecht*) – definito nei medesimi termini, volutamente ampi, dell'art. 3 della Convenzione (art. 2, n. 10)<sup>8</sup> – si è pronunciata nel 2018 la Corte di Giustizia. Nella fattispecie si trattava di chiarire se il diritto di visita dei nonni rientrasse nella sfera d'azione del regolamento. La Corte rileva che "risulta dal documento di lavoro della Commissione relativo al riconoscimento reciproco delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale ... del 27 marzo 2001, che il legislatore dell'Unione si è posto la questione di sapere quali siano le persone che possono esercitare la responsabilità genitoriale o beneficiare del diritto di visita. Esso ha preso in esame varie opzioni, in particolare la previsione, come possibile beneficiario, unicamente di uno dei genitori del minore e, all'opposto, l'assenza di qualsiasi limitazione a favore di determinati soggetti... il legislatore dell'Unione ha scelto l'opzione secondo cui nessuna disposizione doveva restringere il numero di persone possibili titolari della responsabilità genitoriale o di un diritto di visita"<sup>9</sup>. Pertanto, conclude la Corte di Giustizia, "la nozione di diritto di visita ... deve essere intesa come riguardante non soltanto il diritto di visita dei genitori nei confronti del loro figlio minore, ma anche quello di altre persone con le quali è importante che tale minore intrattenga relazioni personali, ... a prescindere dalla titolarità o meno in capo ad essi della responsabilità genitoriale". Come rileva l'Avvocato Generale, "occorre, al fine di evitare l'adozione di misure confliggenti e nell'interesse superiore del minore, che uno stesso giudice – ossia, in linea di principio, il giudice della residenza abituale del minore – statuisca sui diritti di visita" di qualsiasi persona legata al minore, in particolare di altri familiari di diritto o di fatto<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> BARUFFI, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Cedam, 2005.

<sup>5</sup> Così Rapporto esplicativo, cit., par. 14 *in fine*.

<sup>6</sup> Una versione elettronica è disponibile <https://assets.hcch.net/docs/5a56242c-ff06-42c4-8cf0-00e48da47ef0.pdf>.

<sup>7</sup> Conférence de La Haye de droit international privé, Family Law, *Contacts transfrontières relatifs aux enfants. Principes généraux et Guide de bonnes pratiques*, 2008, p. 5, e nota p. 38.

<sup>8</sup> MAGRONE, *La disciplina del diritto di visita nel regolamento (CE) n. 2201/2003*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2005, 339.

<sup>9</sup> CORTE GIUST. UE, 31.5.2018, causa C-335/17, punto 31: il precedente reg. CE 1347/2000 (reg. c.d. Bruxelles II) si riferiva al contrario alle sole controversie tra genitori nell'ambito di procedimenti di divorzio e separazione. Gli altri passi riportati nel testo si leggono ai punti 33

e 36.

<sup>10</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 12.4.2018, causa C335/17, punto 75. Interessanti anche i punti 78 e 79. "... il regolamento n. 2201/2003 non esclude dalla nozione di diritto di visita persone diverse dai genitori ma aventi legami familiari di diritto o di fatto con il minore (in particolare, sorelle o fratelli, oppure l'ex coniuge o l'ex partner di un genitore). Infatti, tenuto conto delle costanti trasformazioni della nostra società e dell'esistenza di nuove forme di strutture familiari, le possibilità, riguardo alle persone interessate dall'esercizio del diritto di visita ai sensi del regolamento n. 2201/2003, potrebbero essere numerose... Vero è che il regolamento n. 2201/2003 riguarda unicamente le norme sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia, in particolare, di responsabilità genitoriale. Di conseguenza, nell'attuale fase dello svi-

È possibile, a questo punto, affermare che la questione sottoposta al giudice milanese riguarda la responsabilità genitoriale e pertanto rientra nell'ambito di applicazione sia del regolamento che della Convenzione. Occorre a questo punto chiedersi quale dei due strumenti prevalga sull'altro, tenendo presente che – trattandosi di atti di natura diversa – la risposta non può discendere dal mero criterio temporale (*lex posterior derogat priori*).

Con una lungimirante clausola (cd. di disconnessione) la Convenzione accetta di “cedere” di fronte non solo a “strumenti internazionali dei quali siano Parti gli Stati contraenti e che contengano disposizioni sulle materie regolate” dalla Convenzione stessa (l'allusione è ad altri trattati internazionali) ma anche a “leggi uniformi che poggiano sull'esistenza fra gli Stati interessati di vincoli speciali, in particolare di tipo regionale” (art. 52, par. 1 e 4) quali appunto le norme uniformi adottate dalla Comunità europea<sup>11</sup>. Il reg. CE n. 2201/2003, da parte sua, contiene una norma (art. 61) specificamente dedicata alle “Relazioni con la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996” ai sensi della quale “(n)elle relazioni con la Convenzione ..., il ... regolamento si applica ... se il minore in questione ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro”. Dunque, la Convenzione non pregiudica l'applicazione del regolamento che, dal canto suo, prevale *expressis verbis* sulla Convenzione.

#### 4. Determinazione della giurisdizione.

Assodato così che la giurisdizione va determinata in base al regolamento, entra in gioco la disposizione dell'art. 8 (“Competenza generale”) che individua il titolo di giurisdizione nella residenza abituale della minore.

Ampiamente utilizzata da oltre un secolo come titolo di giurisdizione ma anche come criterio di individuazione della legge applicabile, la residenza abituale si configura come un criterio di fatto – che pertanto prescinde dalle risultanze anagrafiche –<sup>12</sup> di cui non è dato rinvenire alcuna definizione europea (salvo che si tratti di persona giuridica o di persona fisica che agisce nell'esercizio della sua attività professionale)<sup>13</sup>. Occorre di conseguenza risalire ai lavori preparatori dei vari atti normativi e alla giurisprudenza della Corte di

Giustizia (che ha iniziato a confrontarsi con la nozione dopo l'adozione del reg. CE n. 1347/2000 abrogato dal reg. CE n. 2201/2003). La Corte ha in più occasioni osservato che la nozione va riferita al luogo in cui l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi, fermo restando che occorre tener conto di tutti gli elementi di fatto che contribuiscono alla sua costituzione. Rilevano in particolare la durata e la regolarità del soggiorno nello Stato interessato nonché le condizioni e le ragioni dello stesso. La residenza abituale deve insomma rivelare un collegamento stretto e stabile con lo Stato tenendo conto degli obiettivi specifici del legislatore europeo.

Quello di residenza abituale si configura quindi come un concetto atecnico, da applicare direttamente ai fatti di causa e da costruire sulla base del significato proprio delle due parole che lo descrivono: la permanenza in un dato luogo per un periodo apprezzabile, non meramente occasionale, casuale. Nella maggior parte dei casi non è difficile pervenire a una localizzazione univoca, soprattutto nei casi connotati da “adeguata” stabilità geografica e temporale (si parla solitamente di almeno un anno<sup>14</sup>): non mancano però casi in cui la valutazione è difficile.

Secondo la Corte di Giustizia la nozione di residenza abituale di un minore va intesa “sulla base delle peculiari circostanze di fatto che caratterizzano ogni caso di specie” e corrisponde al luogo che denota una certa integrazione del minore in un ambiente sociale e familiare. A tale proposito, “si deve in particolare tenere conto della durata, della regolarità, delle condizioni e delle ragioni del soggiorno nel territorio e del trasloco della famiglia in tale Stato, della cittadinanza del minore, del luogo e delle condizioni della frequenza scolastica, delle conoscenze linguistiche nonché delle relazioni familiari e sociali del minore nel detto Stato”<sup>15</sup>.

Nella fattispecie in esame il Tribunale rileva che la minore risiede “abituamente” a Milano, in quanto si è “qui trasferita, insieme alla sua famiglia, fin dal settembre 2021” e “ha frequentato la scuola di Milano”. Il fatto che il contratto di lavoro della madre non sia prorogabile per più di tre anni consecutivi, ossia fino al settembre 2024, “non impedisce di affermare che la residenza abituale (della minore) sia stata legittima-

luppo del diritto dell'Unione, la questione di chiarire a chi sarà – o meno – concesso un diritto di visita rientra nell'ambito di applicazione del diritto nazionale. È quindi tanto più importante disporre di una regola di competenza unica e uniforme, vale a dire quella delle autorità dello Stato membro della residenza abituale del minore, al fine di garantire il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni pronunciate nei vari Stati membri”.

<sup>11</sup> Prevarrebbe invece la Convenzione se la stessa Unione europea (che dal 3.4.2007 è membro della Conferenza dell'Aja) vi avesse aderito: in tal caso, infatti, nell'ordinamento UE la Convenzione si porrebbe in una posizione intermedia tra il diritto primario (i Trattati

istitutivi) e il diritto derivato (regolamenti, direttive ecc.).

<sup>12</sup> Così CASS. CIV., sez. un., 17.2.2010, n. 3680, ord., e 25 giugno 2010, n. 15328, ord.

<sup>13</sup> Artt. 19, reg. Roma I e 23 reg. Roma II.

<sup>14</sup> Si veda l'art. 3, reg. CE n. 2201/2003 in relazione alla giurisdizione in materia di divorzio e separazione personale. Cfr., tra altri, Melone, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, 685; Zanobetti, *La residenza abituale nel diritto internazionale privato: spunti di riflessione*, in *Liber amicorum Angelo Davì*, II, Editoriale Scientifica, 2019, 1361.

<sup>15</sup> CORTE GIUST. UE, 22.4.2009, causa C-523/07, punto 44.

mente fissata in Italia fin dal settembre del 2021, con previsione di stabilità, quanto meno per tutta la durata del contratto di lavoro della madre con conseguente integrazione della minore nel territorio dello Stato”. E proprio su questa base, il Tribunale dichiara la propria giurisdizione.

Ma quando passa all’individuazione della legge applicabile, il Tribunale offre una diversa ricostruzione dei fatti che porterebbe a localizzare invece la residenza abituale in Germania. Si legge infatti che il collegamento della minore “al territorio dello Stato italiano ... è labile... Della Germania ella parla la lingua, e detta continuità è stata mantenuta anche in Italia, tanto che è stata iscritta alla scuola (tedesca). Oltre a tutto ciò la sua permanenza in Italia è temporanea nel senso che, sulla base della attuale situazione professionale della madre emerge che la sua permanenza in Italia può protrarsi ancora per poco e cioè fino al 30.6.2024 e ciò solo nel caso in cui il contratto di lavoro ... venga rinnovato per un altro anno dopo la scadenza del 30.6.2023”. La stessa madre, “dopo oltre un anno di residenza in Italia, ... ha avuto necessità di un interprete di lingua tedesca per partecipare all’udienza ... fatto che testimonia ... lo scarso investimento nella conoscenza della lingua italiana”. In altri termini “non è riscontrabile, allo stato, la volontà della madre di radicarsi sul territorio dello Stato italiano” anche perché ha concordato con la ex moglie il rientro in Germania della sorellina di L. nel settembre 2023.

Dalla lettura complessiva del decreto, in definitiva, pare che alla residenza italiana manchi il voluto carattere di stabilità e dunque l’abitudine. L’intenzione della madre sembra infatti essere quella di tornare – presto o tardi – in patria, dove del resto vivono i genitori e l’altro figlio.

Se così fosse, dovrebbe ravvisarsi difetto di giurisdizione, salvo ritenere che la resistente abbia tacitamente accettato la giurisdizione italiana. In effetti la resistente, come si legge nel decreto, si è costituita “condividendo la sussistenza della competenza giurisdizionale dell’AG italiana” e non sollevando alcuna eccezione al riguardo. Posto che la giurisdizione si fonda – lo si è appena visto – sul reg. CE n. 2201/2003, occorre però verificare se e a quali condizioni il legislatore europeo ammetta la proroga di giurisdizione in materia di responsabilità genitoriale. L’art. 12, par. 3 contempla la competenza di un giudice diverso da quello indicato (dall’art. 8) se “accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco da tutte le parti al procedimento alla data in cui le autorità giurisdizionali sono adite ed è conforme all’interesse superiore del minore”, ma solo

se il foro prorogato è quello di uno Stato membro con cui “il minore ha un legame sostanziale ..., in particolare perché uno dei titolari della responsabilità genitoriale vi risiede abitualmente o perché è egli stesso cittadino di quello Stato”<sup>16</sup>. Nella fattispecie, il foro prorogato è quello dello Stato di cittadinanza della madre sociale: ma siamo sicuri che la proroga sia “conforme all’interesse superiore del minore”? Difficile rispondere all’interrogativo: la valutazione va effettuata in concreto, basandosi su parametri di fatto.

Resta insomma il dubbio del difetto di giurisdizione che il Tribunale avrebbe dovuto rilevare d’ufficio (art. 17, reg. CE n. 2201/2003). Non essendo competente, il giudice milanese non avrebbe del resto potuto “interrompere l’esame del caso ... e invitare le parti a presentare domanda all’autorità giurisdizionale dell’altro Stato membro” (Germania) con cui il minore presenta “un legame particolare” e che dunque sia “più adatto a trattare il caso”; né “chiedere all’autorità giurisdizionale (tedesca) di assumere la competenza” (art. 15, par. 1, reg. CE n. 2201/2003)<sup>17</sup>.

Vale la pena di precisare a questo punto che, nel momento in cui verosimilmente la minore tornerà in patria e il provvedimento italiano dovrà essere attuato in Germania, il difetto di giurisdizione non avrà rilevanza alcuna. In sede di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, infatti, il reg. CE n. 2201/2003 prevede espressamente il divieto di riesame della competenza giurisdizionale dell’autorità giurisdizionale d’origine (art. 24).

#### **5. Legge applicabile: la clausola d’eccezione (art. 15, par. 2 Convenzione Aja 1996).**

Venendo ora alla legge applicabile, in assenza di norme di diritto uniforme europeo, occorre riferirsi alla Convenzione dell’Aja del 1996 secondo cui “(n)ell’esercizio della competenza loro attribuita ... le autorità degli Stati contraenti applicano la propria legge” (art. 15, par. 1). Stabilita l’applicazione della *lex fori*, allo scopo evidentemente di facilitare il compito del giudice nell’adottare un provvedimento destinato presumibilmente a essere eseguito nel foro stesso, l’art. 15 prevede che è tuttavia possibile “nella misura in cui la protezione della persona o dei beni del minore lo richieda, ... eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato col quale la situazione presenti uno stretto legame” (par. 2).

La disposizione del par. 2 appartiene all’elitario mondo delle c.d. clausole d’eccezione che consentono di

<sup>16</sup> Al riguardo v. CORTE GIUST. UE, 12.11.2014, causa C656/13; e, in dottrina, MARINO, *La portata della proroga del foro nelle controversie sulla responsabilità genitoriale*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2015, 349.

<sup>17</sup> Al riguardo v. FALCONI, *Il trasferimento di competenza nell’interesse*

*del minore alla luce dell’interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2017, 662. Anche la Convenzione dell’Aja del 1996 prevede, in casi eccezionali, il trasferimento di competenza (art. 8).

derogare alla norma di conflitto generale e applicare una legge diversa da quella in principio applicabile.

È in Svizzera che la clausola d'eccezione fa la sua prima apparizione. La legge di diritto internazionale privato del 18.12.1987 dispone infatti che "(i)l diritto richiamato ... è, per eccezione, inapplicabile qualora dall'insieme delle circostanze risulti manifesto che la fattispecie gli è esigualmente connessa, ma più strettamente connessa con un altro" (art. 15). Si tratta della codificazione in termini generali di una regola elaborata in ambito contrattuale dalla giurisprudenza elvetica. Nel diritto europeo la clausola compare solo nel 2007, nel reg. CE 11.7.2007, n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Roma II). Dopo aver stabilito come regola generale in materia di obbligazioni derivanti da fatto illecito l'applicazione della legge del *locus damni*, il regolamento prevede l'applicazione della legge del paese con cui il fatto illecito presenta "chiaramente ... collegamenti manifestamente più stretti", come può essere il collegamento fondato un contratto tra le parti (art. 4, par. 3, ult. frase). La clausola è ripresa poi nel reg. CE 17.6.2008, n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Roma I, art. 4, par. 3)<sup>18</sup> e nel reg. UE 4.7.2012, n. 650/2012 in materia di successioni (art. 21, par. 2)<sup>19</sup>.

L'art. 15, par. 2 della Convenzione dell'Aja è interessante per diversi aspetti. Innanzi tutto, perché impiega la clausola d'eccezione nel delicato ambito del diritto delle persone e della famiglia, e poi perché – come si legge nel Rapporto Lagarde<sup>20</sup> – si fonda non tanto sul principio di prossimità (collegamento *più stretto* della fattispecie con un ordinamento diverso da quello in principio competente) quanto sul *superiore interesse del minore*<sup>21</sup>. Né pare sovrastimare l'eventuale stretto legame del *minore* con uno Stato diverso da

quello del foro<sup>22</sup> valorizzando piuttosto lo stretto legame della *situazione* con altro Stato.

Ma anche per un altro aspetto la clausola in esame è *sui generis*. A differenza della classica clausola di eccezione, infatti, essa consente non solo di *applicare* ma anche semplicemente di *prendere in considerazione* una legge diversa da quella in principio competente. L'espressione ("prendere in considerazione") è stata probabilmente ripresa dalla legge svizzera sopra richiamata, dove è utilizzata a proposito delle norme di applicazione necessaria di uno Stato terzo (diverso cioè da quello del foro e da quello la cui legge è chiamata a disciplinare la questione: art. 19). Certo, la vaghezza dell'espressione non incentiva l'utilizzo di questa opzione, che tra l'altro si presta ad arbitrarie operazioni interpretative.

Quella dell'art. 15, par. 2 è in definitiva una clausola d'eccezione aperta<sup>23</sup>, "porosa"<sup>24</sup>, che introduce flessibilità di disciplina attraverso l'applicazione o la semplice presa in considerazione *in primis* della legge nazionale del minore (che, vale la pena ricordarlo, in base alla vecchia Convenzione dell'Aja del 1961 regolava il riconoscimento dei rapporti di pieno diritto, tra genitori e figli)<sup>25</sup>. La *ratio* è introdurre un correttivo compensativo all'appiattimento sulla *lex fori* in situazioni strettamente connesse ad altri ordinamenti. Ricordando che, stante la sua eccezionalità, la disposizione in esame va interpretata restrittivamente, valutando caso per caso l'esistenza e l'intensità del legame con uno Stato<sup>26</sup>.

In Germania l'art. 15, par. 2 – già utilizzato nel 2018 per dare applicazione a una legge diversa dalla *lex fori*<sup>27</sup> – è stato più recentemente invocato per prendere in considerazione la legge di un "altro" Stato allo scopo di adattarvi, per così dire, la *lex fori* attraverso un'operazione di coordinamento delle due normative. Risultato di questo adattamento, a ben vedere, è una disciplina

<sup>18</sup> "Se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di tale diverso paese". Da ultimo anche i reg. UE 24.6.2016, nn. 1103 e 1104 che attuano la cooperazione rafforzata in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e rispettivamente di effetti patrimoniali delle unioni registrate prevedono l'applicazione in via eccezionale di una legge diversa da quella in principio richiamata, subordinandola però a una serie di condizioni, prima tra tutte la richiesta di uno dei coniugi/partner (art. 26, par. 3 e rispettivamente art. 26, par. 2).

<sup>19</sup> "Se, in via eccezionale, dal complesso delle circostanze del caso concreto risulta chiaramente che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello la cui legge sarebbe applicabile ai sensi del paragrafo 1, la legge applicabile alla successione è la legge di tale altro Stato".

<sup>20</sup> Punto 89.

<sup>21</sup> Si ricordi che il *best interest of the child* era assunto pochi anni prima a principio universalmente riconosciuto grazie alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20.11.1989 (art. 3).

<sup>22</sup> Come si legge nel Manuale pratico predisposto dalla Conferenza dell'Aja (punto 13.94) "lo Stato contraente che esercita la competenza

può eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato con il quale la situazione presenti uno stretto legame": la situazione, appunto, e non il minore.

<sup>23</sup> HAUSMANN, *Internationales und Europäisches Familienrecht*, 2a ed., C.H. Beck, 2018, punto 629, parla di "offen formulierte Ausweichklausel".

<sup>24</sup> L'espressione (*schwammige Ausweichklausel*) si legge in KEGEL, SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9a ed., C.H. Beck, 2004, § 20 XI. 5. b), 940.

<sup>25</sup> Cfr., tra altri, SIEHR, *Internationales Privatrecht*, C.F. Müller, 2001, par. 44, I.4.

<sup>26</sup> Così il già ricordato Manuale pratico (punto 13.95): "Esempi di Stati con i quali il minore può presentare uno 'stretto legame' sono: lo Stato di precedente residenza abituale del minore, lo Stato nel quale vivono i familiari del minore che sono disposti a farsene carico, in caso di separazione dei genitori lo Stato nel quale vive il genitore al quale sono conferiti i diritti di visita/contatto, o lo Stato nel quale vivono altri parenti del minore che quest'ultimo visita regolarmente".

<sup>27</sup> OLG KOBLENZ, 19.3.2018, in *Praxis Int. Privat-Verfahrensrechts*, 2019, 540.

artefatta (frutto della manipolazione della legge locale<sup>28</sup>) e discriminatoria rispetto alle situazioni interne allo Stato del foro. Va evidenziato che in entrambi i casi sottoposti ai giudici tedeschi le questioni riguardavano pretese di natura patrimoniale in ambito successorio, dove d'altronde lo stesso legislatore UE ha espressamente previsto operazioni di adattamento (art. 31, reg. CE n. 650/2012)<sup>29</sup>. Più difficile è procedere all'adattamento ove si tratti di una questione squisitamente familiare come il diritto di visita.

Il Tribunale di Milano utilizza dunque l'art. 15, par. 2 della Convenzione per applicare *tout court* una legge diversa da quella italiana in principio competente, ritenendo "opportuno applicare alla protezione di minori stranieri la loro legge nazionale se risulta che tali minori faranno a breve rientro nel loro paese d'origine", soprattutto per evitare l'adozione di una misura di protezione che non potrà ottenere esecuzione in quel paese: considerando anche "il del tutto provvisorio radicamento della bambina in Italia ... coincidente con la cessazione del rapporto sentimentale tra la madre biologica e la partner/asserita madre sociale". Anche sulla base delle indicazioni fornite dalla Relazione Lagarde e dal Manuale pratico pubblicato nel 2018 dalla Conferenza dell'Aja, la legge tedesca è da ritenersi "in astratto (ogni valutazione di fondatezza della domanda nel merito deve essere riservata alla successiva fase istruttoria)" più protettiva della persona e dei beni della minore rispetto alla legge italiana. Nel caso di specie, poi, occorre tenere presente che le misure di protezione richieste "devono essere eseguite solo per un periodo molto limitato di tempo in territorio italiano ma successivamente e pacificamente (non è mai stato neppure allegato che (K.K.) intenda permanere in Italia anche dopo la scadenza del contratto ...) in territorio tedesco"; e che vanno considerati non solo i possibili inconvenienti derivanti dall'impiego della legge italiana ma anche "gli effetti maggiormente positivi per la tutela della persona del minore che discendono dalla applicazione della legge dell'altro Stato" (Germania). Nella fattispecie la normativa tedesca che consente di concedere giudizialmente a persona strettamente legata al minore (*enge Bezugsperson des Kindes*) un diritto di visita (*Umgang*) in presenza di comprovato rapporto socio-familiare ed effettiva responsabilità (art. 1685, par. 2, BGB) pare maggiormente protettiva della normativa italiana che, in caso di

dissidi familiari, riconosce al figlio il diritto di "mantenere un rapporto equilibrato e continuativo" soltanto "con ciascuno dei genitori" (così l'art. 337-ter cod. civ. di cui non pare possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata, tale da includere nell'area di protezione la relazione tra minore e genitore sociale<sup>30</sup>).

## 6. Conclusioni.

Pronunciandosi sulla complessa vicenda familiare italo-tedesca, il Tribunale di Milano – pur con qualche contraddizione – ha sperimentato, per la prima volta in Italia e in modo convincente, la clausola d'eccezione della Convenzione dell'Aja del 1996 che introduce flessibilità nella disciplina della responsabilità genitoriale e della protezione dei minori. L'applicazione di una legge in via di eccezione è frutto di valutazioni ampiamente discrezionali da parte del giudice e pone a rischio prevedibilità delle soluzioni e certezza del diritto. Sono richiesti sensibilità ed equilibrio nell'esercizio di un'attività volta a contemperare giustizia internazionaleprivatistica (ricerca dell'ordinamento astrattamente più adatto a disciplinare la fattispecie) e giustizia materiale (ricerca della soluzione concretamente migliore). L'interprete finisce per svolgere una vera e propria attività creativa in deroga alla disciplina generale. Non è forse un caso se la clausola d'eccezione è nata in Svizzera, dove è lo stesso codice civile (art. 1, par. 2) a consentire al giudice di decidere "secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore".

TRIB. MILANO, decr. 6.7.2023 – CATTANEO *Presidente ed Estensore* – X (avv.ti Schuster e Piantanida) – Y (avv.ti Raimondo e Ghigliazza)

FILIAZIONE – AFFIDAMENTO E MANTENIMENTO – MINORE TEDESCA RESIDENTE IN ITALIA – MADRE BIOLOGICA TEDESCA – MADRE SOCIALE ITALIANA – REGOLAMENTAZIONE DEL DIRITTO DI VISITA – AZIONE PROMOSSA DALLA MADRE BIOLOGICA – GIURISDIZIONE – GIURISDIZIONE ITALIANA – SUSSISTENZA – FONDAMENTO (reg. CE n. 2201/2003, art. 8)

**Nell'azione promossa dalla madre sociale italiana nei confronti della ex compagna tedesca riguardo al diritto di visita in relazione alla figlia di quest'ultima,**

<sup>28</sup> OLG HAMM, 4.5.2020, in *Praxis Int. Privat- Verfahrensrechts*, 2022, 642, con commento di BENICKE, SUCHOCKI, *Die Genehmigung bder Erbausschlagung durch deutsche Gerichte bei polnischen Erbfällen*, 603 (il caso riguardava la restituzione di un'eredità in Polonia da parte di un minore residente in Germania).

<sup>29</sup> "Se una persona invoca un diritto reale che le spetta secondo la legge applicabile alla successione e la legge dello Stato membro in cui il diritto è invocato non conosce il diritto reale in questione, tale diritto è adattato, se necessario e nella misura del possibile, al diritto reale

equivalente più vicino previsto dalla legge di tale Stato, tenendo conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione nonché dei suoi effetti".

<sup>30</sup> Quest'ultimo potrebbe sollecitare un ricorso del Pubblico Ministero nei confronti del genitore biologico per comportamento pregiudizievole al figlio ex art. 333 cod. civ., con possibile intervento dei servizi sociali: risultato non certo auspicabile dal punto di vista del minore e di difficile attuabilità in Germania.



sussiste la giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 8, reg. CE del 27.11.2003, n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in considerazione della residenza abituale in Italia della minore.

FILIAZIONE – AFFIDAMENTO E MANTENIMENTO – MINORE TEDESCA RESIDENTE IN ITALIA – MADRE BIOLOGICA TEDESCA – MADRE SOCIALE ITALIANA – REGOLAMENTAZIONE DEL DIRITTO DI VISITA – AZIONE PROMOSSA DALLA MADRE BIOLOGICA – LEGGE APPLICABILE – LEGGE TEDESCA – FONDA-MENTO (Conv. dell'Aja 19.10.1996, art. 15, par. 2; l. 18.6.2015, n. 101; cod. civ., art. 337 *ter*; BGB, §§ 1684, 1685)

Al riconoscimento del diritto di visita della madre sociale è applicabile la legge tedesca, in virtù dell'art. 15, par. 2, della Convenzione dell'Aja del 19.10.1996 in materia di competenza, legge applicabile, esecuzione e cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, che consente di applicare la legge di uno Stato diverso da quello del foro ove necessario a protezione della minore e a patto che con tale Stato la situazione presenti uno stretto legame.

dal testo:

**Il fatto.** La ricorrente ha chiesto, previo accertamento della giurisdizione italiana e della competenza funzionale e territoriale di questo Tribunale e con applicazione della legge tedesca, che sia disposta la frequentazione di ella ricorrente con la minore L., figlia di K.K. (nata attraverso un percorso di PMA intrapreso con la ex moglie N.K. e con donatore maschile conosciuto), a fine settimana alternati, alcuni giorni infrasettimanali e durante le vacanze estive, pasquali e natalizie; in subordine, nell'ipotesi che sia ritenuta applicabile la legge italiana, riconosciuta la legittimazione attiva della ricorrente, genitore sociale, ex art. 337 *ter* c.c. sulla base delle norme costituzionali di riferimento e dell'interesse del minore come individuato dalle Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia, che venga disposto l'affido condiviso della minore e regolamentate le frequentazioni della ricorrente con la minore, con mantenimento diretto della bambina in capo alle due donne e suddivisione al 50% delle spese mediche e scolastiche, nonché delle altre spese straordinarie.

Allegava di aver instaurato una relazione sentimentale con la resistente, K.K., quando L. era nata da poco e nel corso dei quasi 8 anni di vita della bambina era divenuta la sua madre sociale. Aveva convissuto con la

compagna a Berlino e poi a Potsdam, aveva dato cure e affetto alla minore ed ai suoi fratelli ed aveva sostenuto anche economicamente la famiglia allargata. Aveva compiuto scelte nell'interesse della minore relative alla salute, all'istruzione e agli sport, aveva ricevuto dalla madre procure di delega all'esercizio della responsabilità genitoriale, aveva sostenuto la resistente anche quando questa aveva deciso di sradicare nuovamente la minore, e la sorellina X., da Potsdam a Milano, quando la madre aveva assunto una collaborazione quale lettrice di lingua tedesca con l'università di (Omissis). Ma dal mese di Marzo 22, malgrado l'avvio di un percorso di mediazione, la resistente aveva improvvisamente negato ogni contatto tra ella e la minore. La documentazione che produceva, in parte anche tratta dal procedimento pendente innanzi all'autorità minorile tedesca attivata dalla ex moglie della resistente, N.K., –con la quale la resistente aveva condiviso un progetto di genitorialità dando vita a tre figli con PMA con donatore conosciuto, adottati dalla madre non biologica-, nel procedimento per maltrattamenti nei confronti dei figli, chiuso nel maggio del 2019 con assoluzione dall'accusa di maltrattamenti, confermava che ella resistente era il genitore sociale della piccola L.

Si costituiva la resistente condividendo la sussistenza della competenza giurisdizionale della AG italiana, ma contestando sia l'applicazione della legge tedesca, sia la legittimazione ad agire della C., sia la competenza per materia di questo Tribunale, sia tutte le allegazioni contenute nel ricorso, chiedendo il rigetto delle domande svolte.

Allegava che la C. non aveva mai assunto una responsabilità genitoriale concreta ed effettiva in relazione a L. non avendo mai avuto quotidianità di vita con la minore e non avendo mai convissuto con la stessa. Certamente, sussistendo una relazione sentimentale con la C., questa si era recata spesso nella casa di ella resistente ed aveva goduto della compagnia dei bambini, aveva fatto regali, pagato gite e vacanze, qualche volta aveva accompagnato L. in piscina, o dal medico, aveva portato in vacanza L., aveva contattato medici esperti del problema di salute della minore – la celiachia – ed ella le aveva rilasciato procure e resa destinataria delle comunicazioni della scuola cedendo alle insistenze della ricorrente, ma non aveva mai assunto un ruolo genitoriale. Quanto al procedimento innanzi allo Jugendamt evidenziava che ella aveva affrontato quel giudizio con molta ansia consapevole dei rischi connessi a questo tipo di indagine, pertanto non aveva esitato ad utilizzare ogni mezzo per proteggere L. da ogni rischio di intervento del suddetto Giudice anche a costo di riferire cose non corrette e non corrispondenti alla realtà dei fatti.

All'esito della udienza tenutasi il 13.10.2022, il Tribunale, in data 10.11.2022, pronunciava un decreto

provvisorio con il quale affermava la propria competenza giurisdizionale, come del resto condiviso da entrambe le parti, ai sensi dell'art. 8 del Regolamento CE n. 2201/20030 – ancora applicabile al momento della instaurazione del presente giudizio in data 8.7.2022 (il Recast è in vigore dell'1.8.2022) –. Si evidenziava che il Tribunale italiano era competente anche se si fosse dovuta applicare la Convenzione dell'Aja del 19.10.1996 in materia di competenza, legge applicabile, esecuzione e cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, ratificata dallo Stato italiano con legge 101/2015, in vigore dall'1.1.2016 che attribuisce la competenza giurisdizionale sempre alla A.G. dello Stato dove il minore ha la residenza abituale, visto che la richiesta principalmente avanzata dalla ricorrente era una di misura di protezione della minore, asseritamente privata della vicinanza e del sostegno di persona di riferimento con la quale in assunto aveva condiviso i suoi primi 8 anni di vita.

Con il suddetto decreto provvisorio il Tribunale riteneva applicabile la legge tedesca in forza della Convenzione dell'Aja del 19.10.1996 già sopra citata, ed in particolare il paragrafo 2 dell'art. 15 (art. 15 “1. *Nell'esercizio della competenza loro attribuita dalle disposizioni del capitolo II, le autorità degli Stati contraenti applicano la propria legge. 2. Tuttavia, nella misura in cui la protezione della persona o dei beni del minore lo richieda, esse possono eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato col quale la situazione presenti uno stretto legame ...*”). Si legge nel decreto del 10.11.2022: “Il paragrafo 1 contiene la norma generale della applicazione della legge nazionale della AG competente. La scelta è ispirata alla finalità di facilitare il compito dell'autorità competente, che sarà così chiamata ad applicare il diritto che conosce meglio ed anche a facilitare l'esecuzione delle misure adottate, visto che saranno sostanzialmente eseguite nello Stato dell'autorità che le ha adottate e la loro attuazione sarà, dunque, più agevole se esse sono conformi alla legge di questo Stato”. La Convenzione però prevede una eccezione al paragrafo 2. Come si legge nella relazione esplicativa di Paul Lagarde alla Convenzione in esame: “Questo paragrafo costituisce una clausola d'eccezione fondata non sul principio di prossimità (collegamento più stretto), bensì sull'interesse superiore del minore. Potrebbe anche essere opportuno applicare alla protezione di minori stranieri la loro legge nazionale, se risulta che tali minori faranno a breve rientro nel loro paese d'origine. Per lo meno, sarà opportuno prendere in considerazione tale legge, come altresì previsto da questo secondo paragrafo, al fine di evitare l'adozione di una misura di protezione che non potrà ottenere esecuzione in quel paese. Tale clausola d'eccezione deve essere interpretata restrittivamente...”.

Si sottolineava, in primo luogo, che “Il collegamento della minore alla legge italiana ed al territorio dello

Stato italiano, pur Stato dove per decisione della di lei madre, ella ha la residenza abituale, è labile: ella è cittadina tedesca, è nata e vissuta in Germania dalla nascita, per 7 anni, fino al settembre del 2021, radicando in quella nazione tutta la sua vita, personale, sociale e familiare. In Germania risiedono i nonni materni e due suoi fratelli. Della Germania ella parla la lingua, e detta continuità è stata mantenuta anche in Italia, tanto che è stata iscritta alla scuola tedesca”. Ma in particolare si evidenziava che la permanenza in Italia della minore era “temporanea nel senso che, sulla base della attuale situazione professionale della madre emerge che la sua permanenza in Italia può protrarsi ancora per poco e cioè fino al 30.6.2024 e ciò solo nel caso in cui il contratto di lavoro con la UNI di (*Omissis*) venga rinnovato per un altro anno dopo la scadenza del 30.6.2023”. Si verificava, a parere del Collegio, proprio la situazione presa in considerazione, come esempio di applicazione della eccezione di cui al paragrafo 2, nella relazione esplicativa Lagarde (*se risulta che tali minori faranno a breve rientro nel loro paese d'origine*). Si concludeva sottolineando che nell'interesse della minore doveva essere applicato il diritto tedesco “avendo la fanciulla un collegamento stretto con la cultura e la nazione tedesca nella quale a breve farà rientro e dovendo quindi applicarsi anche in Germania le statuizioni che saranno assunte all'esito del presente giudizio”. Ciò si affermava anche valutando che l'ordinamento tedesco prevede il riconoscimento del genitore sociale, in particolare l'art. 1685 del codice civile tedesco consente frequentazioni del minore anche con altre persone di immediato riferimento del minore se queste assumono o hanno assunto in concreto/effettivamente ruoli di responsabilità (relazione socio familiare), situazione non altrettanto chiaramente ed espressamente disciplinata dalla normativa italiana. Pertanto il, del tutto provvisorio, radicamento della bambina in Italia (per un tempo che avrebbe potuto essere anche molto breve) coincidente con la cessazione del rapporto sentimentale tra la madre biologica e la partner/asserita madre sociale, avrebbe potuto impedirle di mantenere un legame affettivo importante (naturalmente se la successiva fase istruttoria l'avesse dimostrato, ma che sembrava, pur alla luce delle sole prospettazioni difensive delle parti supportato da un discreto *fumus*) non adeguatamente riconosciuto dall'ordinamento giuridico italiano, se non in modo indiretto e con riflessi negativi sul mantenimento della pienezza della genitorialità in capo alla madre biologica (in conseguenza della applicazione degli artt. 330 e 333 c.c.).

Con il decreto in esame erano anche state attivate, in via provvisoria, frequentazioni della minore con la ricorrente, interrotte dal marzo del 2022 per rifiuto della madre biologica che non appariva adeguatamente motivato, e si qualificava detta interruzione in contra-

sto con l'interesse della minore. Sul punto si richiama anche la sentenza della Corte costituzionale del 2016 n. 225 che ha ritenuto che l'interruzione ingiustificata da parte di uno o di entrambi i genitori, di un rapporto significativo instaurato ed intrattenuto dal minore con soggetti che non siano parenti, è in contrasto con l'interesse del minore ed è riconducibile all'ipotesi di condotta del genitore comunque pregiudizievole al figlio in relazione alla quale l'art. 333 c.c. consente al giudice di adottare i provvedimenti convenienti nel caso concreto. Infine il Tribunale riteneva necessario nominare un curatore speciale alla minore ai sensi dell'art. 78 c.p.c., come modificato dalla legge 206/2021, ritenendo sussistente una situazione di pregiudizio per la minore che rende il genitore che ne ha la rappresentanza processuale e sostanziale inadeguato, allo stato, a rappresentare gli interessi della stessa nel presente giudizio e veniva fissata udienza, letti gli artt. 316, 336 *bis* c.c. e richiamata la normativa internazionale e comunitaria, per procedere all'ascolto della minore con la presenza di un esperto di lingua tedesca, che veniva successivamente individuato nella dr.ssa C.P., psicologa, psicoterapeuta, esperta in clinica transculturale, e nomina di interprete volontario, segnalato dal curatore speciale, la dr. G.L.F.K.

In data 18.1.2023 si costituiva un nuovo difensore della K. che depositava corposa memoria contestando, tra l'altro, l'applicazione della legge tedesca.

Alla udienza del 7.2.2023 si procedeva all'ascolto di L. alla presenza del curatore speciale, della psicologa e dell'interprete. In data 1.3.2023 la dr. C.P. depositava la richiesta relazione dell'ascolto della minore.

All'udienza del 7.3.2023, le parti insistevano nelle rispettive posizioni ed istanze e, su richiesta delle parti, veniva concesso termine fino al 20.4.2023 per il deposito di memorie a sostegno delle proprie domande e di replica alle eccezioni di controparte, con autorizzazione ad articolare istanze istruttorie ed a depositare nuovi documenti e la causa veniva rimessa al Collegio una prima volta in via immediata sulle istanze urgenti avanzate dalle parti, anticipando un rinvio successivo alla scadenza del termine suddetto del 20.4.2023.

A scioglimento della riserva urgente, con decreto urgente datato 9.3.2023, il Tribunale ridimensionava i tempi di permanenza di L. con la ricorrente (due pomeriggi, due sabati pomeriggio e due domeniche al mese), venivano disciplinate le vacanze pasquali, veniva inviata la dr.ssa Ca., nota psicoterapeuta infantile, a comunicare se ella avesse in cura L. e se fosse in grado di esprimere una valutazione sulla sua condizione psicofisica attuale, in caso affermativo la invitava ad inviare all'ufficio una breve relazione entro il 20.4.2023.

Acquisita la disponibilità della dr. Ca., le veniva concesso termine fino al 2.5.2023 per depositare la nota richiesta, ed il termine concesso alle parti per il

deposito di brevi memorie difensive come già autorizzate era prorogato dal 20.4.2023 al 15.5.2023, riservando la decisione al Collegio.

Con ricorso urgente in data 24.5.2023 la difesa della C. ha depositato istanza urgente, incardinata un *sub* procedimento, con la quale ha chiesto la condanna della K. ex art. 614-*bis* c.p.c. a corrispondere alla ricorrente l'importo di € 300,00 per ogni volta in cui avesse rispettato l'orario di visita indicato nel decreto provvisorio reso in data 9 marzo 2023, lamentando la reiterata violazione da parte madre biologica. Integrato il contraddittorio, veniva concesso un termine alle controparti per il deposito di memoria difensiva fino al 19.6.2023.

La causa si presenta ora al Collegio per la decisione sia in ordine al subprocedimento instaurato dalla C. sia per il merito della causa.

#### **I motivi.**

La competenza giurisdizionale

Si conferma la competenza giurisdizionale del Tribunale italiano, come già ritenuta con il decreto del 10.11.2022 cui si rimanda, decisione condivisa dalle parti.

La legge applicabile

La difesa della K., invece ha decisamente e fermamente contestato la decisione assunta con il citato decreto, di applicazione della legge tedesca, anche producendo un parere *pro-veritate* del Prof. F. stilato in data 10.1.2023 e depositato *sub* doc 42.

Il Tribunale, esaminato il citato parere, ed anche il parere *pro-veritate* contrario della Prof. B. prodotto dalla difesa K. *sub* doc 145, riesaminata la relazione esplicativa di Paul Lagarde, ed il Manuale pratico relativo al funzionamento delle convenzioni dell'Aja, pubblicato da Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato Ufficio nel 2018, ritiene di confermare la propria decisione circa l'applicazione, in forza del paragrafo 2 dell'art. 15 della Convenzione dell'Aja, della legge tedesca.

Si richiama tutto quanto già argomentato con il decreto 10.11.2022 sopra ampiamente riportato. Deve solo essere meglio sottolineato che la valutazione effettuata, di applicazione della clausola d'eccezione, trova la propria primaria giustificazione e fondamento sull'interesse superiore del minore (cfr. relazione Lagarde).

Del resto è la stessa norma ad esplicitamente evidenziare che è la protezione della persona o dei beni del minore l'unico parametro di riferimento dell'interprete. Anche se il principio generale impone l'applicazione della legge del foro "*Tuttavia, nella misura in cui la protezione della persona o dei beni del minore lo richiama, esse possono eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato col quale la situazione presenti uno stretto legame*" (cfr. relazione Lagarde).

Pertanto è possibile, seppur eccezionalmente, dero-

gare al primo comma se e nella misura in cui la deroga è necessaria per la protezione della persona o dei beni del minore.

Lo stesso Prof F. scrive: “46. *L'applicazione generalizzata della lex fori, prescritta per regola dall'art. 15, par. 1, è la soluzione che, secondo la convenzione, conduce in linea generale ed astratta alla miglior protezione possibile del minore. Non si può escludere, però, che in particolari circostanze la soluzione in parola conduca in concreto ad esiti pratici in contrasto con tale obiettivo. È in queste circostanze, e solo in queste, che la clausola c.d. di salvaguardia dell'art. 15, par. 2, ha vocazione ad operare.* 47. *La deroga, in altri termini, si giustifica nei casi in cui gli scopi della convenzione – che l'art. 15, par. 1, è in astratto in grado di servire – risulterebbero frustrati, in concreto, dall'applicazione della lex fori. Non si tratta dunque di una previsione che permette al giudice di tener conto di esigenze diverse da quelle che ispirano la regola di base, quanto piuttosto di un correttivo che il giudice può attivare quando gli effetti concreti di tale regola ne contraddicono le finalità*”. ... Si legge ancora: “68. *Ai fini della clausola di salvaguardia, non interessa sapere se la vita del minore sia più strettamente collegata ad un paese diverso da quello le cui autorità sono competenti a pronunciarsi. Va solo accertato se la lex fori, ove fosse applicata alla specie, produrrebbe degli inconvenienti materiali che sarebbero invece evitati ricorrendo a una legge diversa*.”.

La scelta della legge diversa deve avvenire sulla base dello stretto legame tra la situazione concreta e la legge di un altro Stato. Sempre nel parere del Prof. F. si legge: “*se l'obiettivo è quello di proteggere il minore, la connessione «geografica» che conta è solo una: quella che il caso presenta con lo Stato, diverso dal foro, in cui la misura di protezione di cui si discute potrebbe dover essere eseguita ...* 77. *Emerge, in tal modo, la seguente chiave interpretativa dell'art. 15, par. 2, della convenzione: ai fini della clausola di salvaguardia in esame, il dato decisivo non consiste nell'intensità dei legami del caso con il paese, diverso dal foro, di cui il giudice è eventualmente pronto a trarre le norme regolatrici della fattispecie; il legame che conta è quello che unisce il caso al paese in cui la misura richiesta al giudice è di per sé destinata a trovare attuazione*”.

Applicando i sopra estesi principi al caso in oggetto si deve esaminare, naturalmente in astratto (ogni valutazione di fondatezza della domanda nel merito deve essere riservata alla successiva fase istruttoria), se l'applicazione della legge tedesca sia più protettiva della persona e dei beni del minore della legge italiana, legge del foro.

L'individuazione della legge tedesca, come alternativa alla legge del foro, risiede nel fatto che detta legge è quella dello Stato col quale la situazione presenta uno stretto legame. Lo stretto legame con la legge tedesca – e non con altra legge di eventuale altro Paese, fatto per il vero non contestato –, discende: sia dalle considerazioni già effettuate nel novembre 2022 (la minore è cittadina tedesca, è nata e vissuta in Germania dalla

nascita, per 7 anni, fino al settembre del 2021, radicando in quella nazione tutta la sua vita, personale, sociale e familiare; in Germania risiedono i nonni materni e due suoi fratelli, della Germania ella parla la lingua, e detta continuità è stata mantenuta anche in Italia, tanto che è stata iscritta alla scuola tedesca sia dal fatto. A tali elementi si aggiunga quanto segnalato dalla difesa C.: il mantenimento della residenza della famiglia K. nel Paese di origine, il rapporto di lavoro, fonte principale di reddito, con il DAAD e ciò in forza di un incarico all'estero da parte del datore di lavoro tedesco), sia, come suggerito dal prof. F., dalla constatazione che le misure di protezione che, in tesi, dovrebbero essere assunte, devono essere eseguite solo per un periodo molto limitato di tempo in territorio italiano ma successivamente e pacificamente (non è mai stato neppure allegato che la K. intenda permanere in Italia anche dopo la scadenza del contratto DAAD – UNI di (Omissis) il 30.6.2024) in territorio tedesco.

Chiarito quindi che è la legge tedesca quella con la quale è necessario fare un raffronto per valutare la migliore protezione del minore, deve meglio essere spiegato perché l'interesse di L. sia meglio tutelato dalla legge tedesca, evidenziando sin d'ora che la valutazione del giudice non si ritiene limitata a considerare solo gli eventuali effetti nocivi che la legge del foro potrebbe produrre e che sarebbero evitati dalla applicazione della legge dell'altro Paese – come suggerito dal prof F. –, ma anche gli effetti maggiormente positivi per la tutela della persona del minore che discendono dalla applicazione della legge dell'altro Stato, non apparendo giustificata la limitazione interpretativa proposta dal Prof F. che non trova riscontro nel tenore della norma: “... *nella misura in cui la protezione della persona o dei beni del minore lo richieda ...*”.

Come ben spiegato dal parere *pro veritate* prodotto dalla difesa K. *sub* doc 51 “redatto dall'avv. M.V.M. del Foro di Bonn (Germania), specialista della materia e pregiato membro dell'International Academy of Family Lawyers” del 10.05.2023, con relativa traduzione certificata dal tedesco, il “diritto di visita” nei confronti di un minore è regolato in Germania dagli articoli 1684 e 1685 del BGB (Codice Civile tedesco). L'art. 1684 BGB riguarda il “diritto di visita” (permanenza) dei genitori con i figli e, a tal fine, la giurisprudenza tedesca ha escluso espressamente che tale diritto possa essere applicato, per analogia, alla posizione giuridica rivestita dall'ex-partner di un genitore. Mentre a questi, o meglio alla c.d. “persona di riferimento” (Bezugsperson) può essere concesso giudizialmente un diritto di visita, ai sensi dell'art. 1685, comma 2, BGB, qualora tra tale persona e il minore, sussista un provato ed effettivo rapporto definito “socio-familiare”. Pertanto la “Bezugsperson” può introdurre una domanda ai sensi e per gli effetti dell'art. 1685, comma 2, BGB perché

sia disposta una tale frequentazione. I Tribunali tedeschi in tali casi devono accertare sia l'esistenza effettiva di un rapporto particolarmente stretto, connotato da effettiva assunzione di responsabilità e di accudimento nei confronti del minore da parte della cd. "persona di riferimento", sia l'interesse attuale del minore a una tale "frequentazione" con la "Bezugsperson".

Nel diritto italiano la situazione è differente.

Non esiste una norma che consenta direttamente la tutela del mantenimento della relazione tra il minore ed il genitore sociale.

L'art. 337 *ter* c.c., invocato dalla difesa C. nel caso non si ritenga applicabile la legge tedesca, non è suscettibile di interpretazione costituzionalmente orientata alla luce degli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione e dell'art. 117 primo comma Cost. in relazione all'art. 8 CEDU, neppure alla luce di sentenze della Corte EDU che hanno tratteggiato la figura del genitore sociale e della filiazione sociale, nonché di pronunce della Corte Costituzionale (sulla PMA e sulla omogenitorialità) che hanno che hanno scisso la filiazione con il dato genetico, in presenza di un tenore letterale della norma non superabile che include nell'area di protezione le sole relazioni del minore con ascendenti e parenti. Non solo, ma la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità dell'art. 337 *ter* c.c. nella parte in cui – in violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, comma primo (*sub specie* in violazione dell'art. 8 CEDU, quale norma interposta), della Costituzione – non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore conservare rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico, ha rigettato la questione con sentenza n. 225/2016.

La Corte ha chiarito che l'intervento del giudice a tutela del diritto del figlio minore a «conservare rapporti significativi» con persone diverse dai genitori, quale previsto e disciplinato dall'art. 337-*ter* cod. civ., ha esclusivo riguardo a soggetti comunque legati al minore da un vincolo parentale – all'interno, quindi, di un contesto propriamente familiare – e quindi non è possibile includere anche l'ex compagna della genitrice biologica nell'area dei soggetti le cui relazioni con il minore rientrano nel quadro di tutela apprestata dal denunciato art. 337-*ter* cod. civ. Ma ha anche chiarito che non sussiste alcun vuoto di tutela. L'interruzione ingiustificata, da parte di uno o di entrambi i genitori, in contrasto con l'interesse del minore, di un rapporto significativo da quest'ultimo instaurato e intrattenuto con soggetti che non siano parenti, è riconducibile alla ipotesi di condotta del genitore "comunque pregiudizievole al figlio", in relazione alla quale l'art. 333 dello stesso codice già consente al giudice di adottare "i provvedimenti convenienti" nel caso concreto. E ciò su ricorso del pubblico ministero (a tanto legittimato dall'art. 336 cod. civ.), anche su sol-

lecitazione dell'adulto (non parente) coinvolto nel rapporto in questione.

Il genitore sociale, pertanto, non è legittimato attivo a far valere il suo diritto (*rectius*: il diritto del minore) a mantenere rapporti significativi con soggetti non parenti, visto che non è compreso tra i soggetti di cui all'art. 336 c.c. che possono proporre una domanda di protezione del minore al Tribunale per i minorenni ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c. Inoltre l'eventuale fondatezza della sua domanda comporta, non solo la previsione di diritti di visita, ma il ben peggiore esito giudiziario della limitazione della responsabilità genitoriale in capo al genitore biologico.

Così descritte le due normative, si ritiene corretta la già effettuata statuizione dell'applicazione della legge tedesca che consente al bambino di mantenere una relazione con la persona che per anni si è occupata di lui e con la quale ha stretto un legame affettivo importante, senza compromettere in alcun modo la relazione con il genitore biologico in termini di permanenza prevalente e di responsabilità genitoriale. L'applicazione della legge italiana che richiede la domanda del pubblico ministero minorile – che agirà a tutela del minore solo se lo riterrà opportuno effettuate le indagini necessarie –, potrebbe portare, se la prospettazione del genitore sociale fosse accertata e se il suo ingiustificato allontanamento dal minore da parte del genitore biologico fosse provato, ad un limitazione di responsabilità di quest'ultimo con intervento dei servizi sociali, un risultato che potrebbe essere definito "nocivo" per il minore (seguendo la interpretazione del Prof. F.), ma anche per il genitore biologico (seppure tale ultima valutazione è inserita solo per completezza ma non per un suo rilievo nella presente decisione) e potrebbe portare difficoltà di esecuzione nello Stato tedesco.

La legittimazione attiva

Anche la legittimazione attiva è stata contestata dalla parte resistente.

Se è pacifico che, malgrado l'applicazione della legge tedesca, in base a quanto disposto dall'art. 12 della L. 218/1995, il procedimento che si svolge in Italia è regolato – in ogni caso e sempre – dalla *lex fori*, quindi dalla legge italiana, come evidenziato dalla difesa K., e se la legittimazione ad agire, da valutarsi appunto sulla base delle norme processuali italiane, si fonda, sulla prospettazione o sull'allegazione poste a sostegno della domanda e quindi "[...] risponde a principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità che la *legitimatio ad causam*, attiva e passiva, consiste nella titolarità del potere e del dovere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, mediante la deduzione di fatti in astratto idonei a fondare il diritto azionato, secondo la prospettazione dell'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa [...] (v. Cass., 6/3/2006, n. 4796) (come scritto dalla difesa della K.) non è dubbio che

la C., qualificatasi genitore sociale o bezugsperson – a prescindere dalla effettiva sussistenza del diritto nel caso concreto-, possa agire in giudizio per chiedere il riconoscimento di quei diritti che l'art. 1685, comma 2, BGB che prevede in capo al suddetto soggetto.

La fase istruttoria

A) La CTU

È indubbio che non solo i Tribunali tedeschi, ma anche quelli italiani, esaminate le questioni preliminari in rito, debbano procedere alla fase istruttoria per verificare in concreto se i fatti allegati dall'attore siano o meno suffragati da adeguate prove. Nessun dubbio, dunque, poteva sussistere in ordine alla necessità di una fase istruttoria alla cui effettuazione esorta la difesa di K. attraverso il parere *pro veritate* dell'avv. M.V.M. (La prassi tedesca è pertanto volta a precipue indagini e conseguenti valutazioni giudiziarie circa la rispondenza attuale all'interesse del Minore di una frequentazione con una "Bezugsperson", che abbia introdotto una domanda ai sensi e per gli effetti dell'art. 1685, comma 2, BGB. Affinché possa essere disposta una tale frequentazione, i Tribunali tedeschi, hanno pertanto ritenuto che debba essere accertata sia l'esistenza effettiva di un rapporto particolarmente stretto, connotato da effettiva assunzione di responsabilità e di accudimento nei confronti del Minore da parte della cd. "persona di riferimento", e sia l'interesse attuale del Minore a una tale "frequentazione" con la "Bezugsperson").

Viene evidenziato dalla difesa K. e dal parere testè citato che "Le Corti tedesche, nel disporre e determinare un "diritto di visita" a favore della "persona di riferimento" hanno tenuto conto delle circostanze della singola fattispecie concreta e, se del caso, si sono avvalse del parere di un esperto, al fine di prendere soprattutto in debita considerazione la volontà del minore, nonché le sue esigenze psicologiche, mediche, sociologiche e biologiche".

Si osserva, inoltre, che la necessità che debba essere indagato e privilegiato l'interesse di L. alla frequentazione con la C. è sottolineata ampiamente anche dalla difesa di quest'ultima che ha chiesto che debba essere effettuata una valutazione corretta sui *best interests* di L., attuali e futuri, attraverso un accertamento tecnico che debba indagare, tra l'altro, sul legame e la qualità del legame esistito ed esistente tra la C. e L. e sull'attuale malessere di L. Ed ha richiamato un parere *pro veritate* (il quarto nel presente giudizio) della dr. M.L. psichiatra, nel quale si legge: "La significatività di una relazione affettiva con un bambino va ricondotta, secondo la prospettiva del minore, al suo vissuto, alla possibilità che egli abbia costruito una immagine di quell'adulto e del legame che ad esso lo unisce, tale che lo renda significativo, continuativo, fondante nel suo processo di crescita. Perché ciò si realizzi quell'adulto deve aver espresso nei confronti del bambino un accudimento in qualche modo significativo, avere una gravidanza di ruolo educativo, essersi sintonizzato sull'ascolto dei suoi bisogni e avervi risposto con modalità sufficientemente adeguate, andando ad incidere nella co-

struzione del suo sistema di attribuzione dei significati esperienziali e sostenendolo in alcune delle sue fasi di sviluppo" (cfr. doc. 110 pag. 3).

Ritiene pertanto il Collegio che debba essere disposta CTU psicologica sul seguente quesito:

"Dica il CTU, letti gli atti di causa, esaminata l'allegata documentazione, sentite le parti e la minore nelle forme ritenute più opportune, se del caso avvalendosi di un interprete di lingua tedesca, tenuto conto delle dichiarazioni della bambina rilasciate in sede di ascolto e della relazione dell'esperto presente, ed anche del fatto che la minore tra circa un anno dovrà rientrare in Germania, sentite eventuali altre figure significative di riferimento per la minore o con le quali ella abbia abitudini di vita (se ritenuto anche la sorella X), esperito ogni accertamento clinico diagnostico ritenuto funzionale all'assolvimento del quesito –eventualmente anche avvalendosi della collaborazione di terzi che operino sotto il suo controllo e responsabilità– e segnalando all'AG con opportuna tempestività ogni situazione di pregiudizio che richieda eventuali provvedimenti interinali:

1) quali siano le condizioni psichiche di L., formulando una diagnosi funzionale, tenuto conto del suo stato, dell'età e dei bisogni contingenti, anche avuto cura di evitare indagini superflue. In presenza di evidenze emergenti relative a significativi quadri psicopatologici in atto o a rischio di insorgenza, provveda il CTU a descriverli al fine di definire con la maggiore accuratezza possibile i bisogni speciali di cui è portatrice;

4) quali siano le caratteristiche del legame tra L. e S. C. in particolare se si sia instaurata una relazione affettiva significativa secondo la prospettiva della minore in relazione al suo vissuto, se ella abbia costruito una immagine di S. e del legame che ad ella la unisce tale che lo renda significativo, continuativo, fondante nel suo processo di crescita, tale da dover essere mantenuto anche nel futuro nell'interesse della minore;

5) quale sia la relazione di L. con la madre (non al fine di valutare le capacità genitoriali della madre che qui non sono in discussione) sotto il profilo di evidenziare se qualche profilo di quella relazione possa/debba essere considerata, nell'interesse di L., in relazione al mantenimento della relazione con S.;

6) indichi il CTU gli elementi significativi per la determinazione dei tempi di permanenza della minore con S.;

7) fornisca indicazioni, qualora necessario, circa eventuali interventi di carattere psicosociale, educativo o trattamentale in favore della minore, della madre o di S. C. limitatamente agli ambiti rilevanti in rapporto ai prioritari interessi della minore;

8) fornisca il CTU, ove possibile, elementi utili a valutare quali siano le più probabili traiettorie della situazione familiare in rapporto alle prospettate conclusioni e nel caso di evoluzioni sfavorevoli, quali potrebbero essere allo stato percorsi o soluzioni alternative realisticamente prospettabili;

B) Le prove orali

Quanto ai capitoli di prova articolati dalle parti, si

osserva, vista anche l'ampia documentazione allegata, che molti dei capitoli allegati dalle parti sono irrilevanti: quelli di parte K. che hanno ad oggetto la relazione tra le due donne, o i traslochi della K., quelli parte C. relativi alle vacanze con la di lei madre, o relativi alle vacanze di Natale; o sono documentali: quelli di parte C. relativi ai rapporti con le scuole o alle spese sostenute; o sono valutativi: quelli di parte K. relativi ai mobili del padre della C. e sulle considerazioni dei testi (n. 9); generici: i capitoli 1,2,5,27 di parte K. Mentre i fatti relativi alla adozione sembrano risultare dagli atti e documenti di causa e comunque le motivazioni non possono essere demandate a testi essendo valutazioni. Quanto ai capitoli sulla convivenza delle due donne, alla luce dei capitoli di parte C. che indicano come casa di residenza a Berlino della famiglia, dal 2016 al 2019, la casa di K., mentre la casa di C. era solo una casa di appoggio –art. 2,4,5-, i cap 3,4,10 di parte K. sono irrilevanti.

Quanto ai restanti capitoli di prova relativi alla sussistenza o meno di convivenza tra le parti si ritiene che non siano rilevanti alla luce del disposto esame tecnico perché, vista anche l'età che L. aveva nel periodo di asserita convivenza (da 0 a 7 anni), il dato fattuale scolorisce sia rispetto al dato soggettivo della interiorizzazione o meno da parte di L. della figura di S., sia rispetto alla individuazione del suo interesse attuale di mantenere il rapporto con lei.

I provvedimenti temporanei ed urgenti

La difesa di parte K., ancora con la memoria difensiva del 19.6.20223, ha chiesto la sospensione delle visite tra L. e la C. La difesa di quest'ultima, di contro, con istanza urgente depositata il 24.5.2023, allegando la violazione da parte della madre delle statuizioni di cui al decreto 9.3.2023, ha chiesto di condannare la K. ex art. 614-bis c.p.c. a corrispondere alla ricorrente l'importo di € 300,00 per ogni volta in cui non rispetterà l'orario di visita indicato dal provvedimento vigente e l'importo di € 400,00 per ogni giorno in cui non consenta alla ricorrente di incontrare L. nei termini, orari, giorni e modi di cui al decreto vigente, ovvero maggior somma ritenuta di giustizia.

Preliminarmente si censura il comportamento della difesa C. che ha depositato note e documenti non autorizzati successivi al decreto del 25.5.2023 con il quale il Presidente concedeva termine alla ricorrente per la notifica alla controparte ed al curatore speciale della istanza fino al 6.6.2023, concedeva termine alle controparti fino al 19.6.2023 per il deposito di breve replica e riservava la decisione in uno con lo scioglimento della riserva del procedimento principale, senza concessioni di termini a favore della ricorrente/istante in via di urgenza. Devono pertanto essere dichiarati inammissibili ed espunti dal giudizio i documenti prodotti dalla difesa C. ai nn da 153 a 159 e la memoria di replica del 19.6.2023.

Il Tribunale, dopo l'audizione della minore, aveva ritenuto, d'accordo con il curatore speciale, di ridurre i giorni di visita L./S. viste le parole della bambina, la relazione dell'ausiliario ed il suo stato di evidente malessere.

In seguito è stato acquisito una relazione della dr.ssa C., professionista nota all'ufficio, la cui professionalità non può essere messa in discussione. Seppur si condividono alcune considerazioni della difesa C. espresse nella nota del 15.5.2023 (mancata conoscenza della lingua tedesca) e seppur si tratta di un parere di parte e non di una CTU, alcuni elementi contenuti nel detto parere appaiono degni di essere presi in considerazione anche perché coincidenti con i rilievi espressi dall'ausiliario dr.ssa P. nella relazione scritta all'esito della audizione della minore e constatati anche dal Presidente relatore in fase di ascolto.

In quest'ultima si legge che L. è una bambina che appare non manipolata e che esprime sinceramente e senza condizionamenti il suo pensiero; appare sincera quando dice che S. non faceva parte della sua famiglia e che non vuole che ne faccia parte ora, non è figura così rilevante nella sua attuale costellazione relazionale. Soffre per la rigida pianificazione degli incontri con la C. perché preferirebbe organizzarsi con le sue amiche. L. è alle prese con compiti evolutivi legali alla sua età e le esigenze degli adulti al momento sembrano interferenze fonte di disagio più che di piacere.

La dr. Ca. ha dato atto che nel corso di questi mesi si sono intensificati gli episodi di malessere: *mal di testa e mal di pancia ... L. ha cominciato a mostrare uno stato di sofferenza sempre più acuta. Si è infatti osservato l'esacerbarsi di espressioni di somatizzazione (mal di pancia, pianti, deve andare in bagno) accanto alle espressioni di normalizzazione che evidentemente servono alla bambina per difendersi da uno stato emotivo di sofferenza. ... L. sta entrando in una situazione di sofferenza, rispetto alla quale si aspetta che la sua mamma faccia qualcosa. È molto probabile che tra qualche tempo la bambina smetterà di avere fiducia nelle capacità di intervento della madre ... Purtroppo, però, trovo una bambina sempre più sofferente ... L'evoluzione del malessere di questa bambina è evidente. Evidente è anche la traiettoria di sviluppo di questo malessere in assenza di un intervento concreto e immediato.*

Il Tribunale non può non prendere in considerazione queste osservazioni delle psicologhe Parravicini e Cavenaghi che sottolineano il malessere della minore.

Spiace che la C., che pur assume di essere una madre sociale, non abbia neppure avuto un dubbio sulla veridicità del malessere di L. e non solo non abbia effettuato anche un piccolo passo indietro, ma, al contrario, abbia chiesto la condanna della madre ex art. 614 c.p.c. per le future violazioni.

Non si può non trascrivere, in quanto assolutamente condivisibile, quanto il curatore speciale ha sottolinea-

to nell'interesse della minore nella memoria datata 15.5.2023 (ma era già stato evidenziato nel corso del giudizio): sarebbe auspicabile che *“in un contesto consensuale, L. venga lasciata libera di incontrare S. quando lo desidera, senza “costrizioni”, attribuendo alla signora C. un ruolo, forse più marginale, e che appare non poter essere equiparato a quello del “genitore sociale” ma a quello di una figura cui riconoscere risorse affettive e culturali per la minore, ma senza imposizioni provvedimentali. A questo quadro, forse un po' utopistico, dovrebbe fare da contraltare un parallelo ammorbidente della madre di L. che, uscita dal contesto del conflitto giudiziale, riesca a gestire il rapporto con la sua ex compagna attribuendole il semplice ruolo di persona dotata di sincera affettività e portatrice di stimoli culturali e potenziali opportunità di crescita per la propria figlia”*.

Ma è tristemente noto che nei giudizi che si svolgono innanzi al giudice della famiglia, l'interesse del minore, tanto sbandierato dalle parti anche con richiami alle legislazioni ed alle Corti sovranazionali, sia poi molto spesso recessivo rispetto agli interessi delle parti.

Spiace anche dover sottolineare che la tanto contestata questione della legge applicabile da parte K. abbia ritardato significativamente l'espletamento della CTU sebbene, anche l'applicazione della legge tedesca necessiti di un approfondito accertamento sulla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 1685, comma 2, BGB e dell'effettivo interesse del minore. E che questo Tribunale, ritenuta applicabile la legge tedesca più protettiva dell'interesse del minore, non certo avrebbe confuso la valutazione in astratto della migliore protezione del minore di cui all'art. 15 co. 2 Conv Aja 1996 con l'interesse in concreto della piccola L. nel presente giudizio che necessita di accertamento tecnico approfondito.

In conclusione, sul punto, ritiene il Tribunale che sia necessario lasciare a L. un tempo di quiete per riprendere uno stato di benessere psichico e fisico e per godersi le vacanze estive, visto anche il prossimo inizio della CTU disposta.

Quindi si ritiene di sospendere le frequentazioni L./S. per tutto il periodo delle vacanze estive e di ripristinarle, a decorrere dall'1.9.2023 come suggerito dal curatore speciale e quindi un solo fine settimana al mese con i tempi come già stabiliti, in assenza di accordo il secondo fine settimana del mese.

Le spese di lite al definitivo  
P.Q.M.

Il Tribunale NON definitivamente pronunciando, a parziale modifica del decreto 9.3.2023

1. Conferma il decreto del 10.11.2022 in ordine alla applicazione della legge tedesca,

2. Sospende le frequentazioni L./S. C. fino al 30.8.2023,

3. Autorizza la C. a vedere e tenere con sé L. un fine settimana al mese, in assenza di accordo il secondo del mese, dalle 15.00 alle 20.15 del sabato con la cena e la domenica dalle 12.00 alle 18.00 senza pernottamento. In caso di malattia di L. che impedisca la frequentazione per il fine settimana di spettanza della C. potrà esservi un recupero il fine settimana successivo,

4. Dispone CTU sul quesito come sopra formulato,

5. Nomina CTU la dr. V.L.V. nota all'ufficio, con studio in (*Omissis*)

6. Dispone che il CTU, visto l'art. 193 c.p.c. presti il giuramento in forma telematica secondo il modello che si allega, sottoscritto con firma digitale, nel termine del 5.9.2023,

7. Riserva all'esito del deposito del giuramento del CTU e delle note scritte la indicazione dei termini ex art. 195 c.p.c.

8. Concede termine alle parti fino all'11.9.2023 per il deposito di note scritte ex art. 127 *ter* c.p.c. per interloquire sulla nomina del CTU e per nominare i CTP,

9. Dichiarò inammissibili ed espunge dal giudizio i documenti prodotti dalla difesa C. ai nn da 153 a 159 e la memoria di replica del 19.6.2023,

10. Rigetta le istanze ex art. 614 *bis* c.p.c. di parte C.