

Versione anonimizzata

Traduzione

C-454/19 – 1

Causa C-454/19

Rinvio pregiudiziale

Data di deposito:

14 giugno 2019

Giudice del rinvio:

Amtsgericht Heilbronn (Germania)

Data della decisione di rinvio:

11 giugno 2019

Imputata:

ZW

(OMISSIS)

Amtsgericht Heilbronn (Tribunale circoscrizionale di Heilbronn, Germania)

Ordinanza

Nel procedimento penale a carico di

ZW,

(OMISSIS), coniugata, cittadinanza: rumena, residenza [in] (OMISSIS) Heilbronn (Germania)

(OMISSIS)

(OMISSIS) a causa di sottrazione congiunta di minori

l'Amtsgericht Heilbronn (Tribunale circoscrizionale di Heilbronn) (OMISSIS) ha così statuito: **[Or. 2]**

1. Il procedimento è sospeso (OMISSIS) sino alla decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea.
2. Vengono sottoposte alla Corte di giustizia dell'Unione europea le seguenti questioni pregiudiziali, a fini di chiarimento, ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea:
 - a) Se il diritto dell'Unione primario e/o secondario, in particolare la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che riconosce ai cittadini dell'Unione un ampio diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, debba essere interpretato nel senso che ricomprende anche norme penali nazionali.
 - b) In caso di risposta affermativa a tale questione, se l'interpretazione del diritto dell'Unione primario e/o secondario osti all'applicazione di una disposizione penale nazionale diretta a sanzionare il trattenimento di un bambino all'estero, sottraendolo al suo curatore, qualora tale disposizione non distingua tra Stati membri dell'Unione europea e paesi terzi.

Motivi:

A. Oggetto del procedimento principale

- 1 Il procedimento principale riguarda la questione se l'articolo 235, paragrafo 2, punto 2, dello Strafgesetzbuch (codice penale tedesco; in prosieguo: lo «StGB») violi le norme sulla libera circolazione dei lavoratori, in particolare la direttiva 2004/38/CE e il diritto dei cittadini dell'Unione, compresi i loro familiari [articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 2004/38/CE], di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ivi sancito (articolo 1 della direttiva 2004/38/CE), nonché il principio della parità di trattamento di cui all'articolo 24, paragrafo 1 [Or. 3] della direttiva 2004/38/CE, e per questo non possa più essere applicato da un giudice nazionale a causa del primato del diritto dell'Unione.

B. Fatti del procedimento principale

- 2 1. Contesto fattuale relativo all'imputata ZW, madre di AW

L'imputata (OMISSIS) ZW (OMISSIS), nata a (OMISSIS), Romania, e QN (OMISSIS), nato a (OMISSIS), Romania, sono i genitori di AW, nato al di fuori del matrimonio (OMISSIS) in (OMISSIS) Romania. L'imputata ZW ha trascorso il primo anno dopo la nascita di suo figlio AW in Romania. In seguito essa ha intravisto la possibilità di un'esistenza economicamente migliore in Germania per sé stessa e per il figlio. Per effettuare i preparativi, essa si è inizialmente recata in Germania da sola. Nel frattempo suo figlio AW è rimasto in Romania con una madrina che si è presa cura di lui. Dal 2009, l'imputata ZW ha lavorato saltuariamente come dipendente tenuta al pagamento di contributi previdenziali per agenzie di lavoro interinale, che la impiegavano per svolgere lavori di pulizie

in una scuola materna, in una casa di riposo e in un ospedale. Essa ha lavorato di tanto in tanto a tempo parziale, ma per alcuni periodi è stata anche disoccupata, per poi essere registrata come persona in cerca di impiego presso l'ufficio di collocamento. Dopo che la sua situazione occupazionale si è stabilizzata nel 2009, l'imputata ZW ha portato suo figlio AW con sé in Germania.

3 2. Contesto fattuale relativo a QN, padre di AW

Il padre QN ha originariamente frequentato una scuola tedesca in Romania. Egli ha trascorso ripetuti periodi presso alcuni suoi familiari a Karlsruhe (Germania). I soggiorni di QN [Or. 4] servivano anche per guadagnare denaro in Germania. QN attualmente vive di nuovo in Romania, dove ha una buona situazione economica grazie ai suoi redditi locali.

4 3. Situazione del figlio AW

Ai sensi del diritto rumeno, AW è affidato a entrambi i genitori (separati da molto tempo). Nel periodo in cui AW ha frequentato la scuola materna in Germania si sono verificate alcune violazioni di varie regole, che hanno infine portato ad attivare un sostegno familiare socio-pedagogico, al fine di rafforzare le capacità educative dell'imputata ZW, di sviluppare un comportamento educativo uniforme e di sostenere la famiglia negli adempimenti formali. Tuttavia, in ultima analisi, tale misura non ha migliorato la situazione.

5 Nel 2012, l'imputata ZW ha portato suo figlio dal padre QN, che vive in Romania, perché doveva essere rilasciato un nuovo passaporto e mancavano dei documenti. Al rientro di AW nel settembre 2012 sono nuovamente emersi problemi comportamentali, motivo per cui nel marzo 2013 egli è stato collocato, con il consenso dell'imputata, tramite lo Jugendamt (Ufficio dei servizi sociali minorili), in una struttura residenziale di assistenza per minori a Bad Friedrichshall (Germania), nelle vicinanze di Heilbronn, luogo di residenza della madre. In occasione di una conversazione telefonica con l'Ufficio dei servizi sociali minorili il padre ha accettato «a malincuore», finché non ha manifestato la volontà di riavere suo figlio con sé.

6 Con ordinanza dell'Amtsgericht Heilbronn (Tribunale circoscrizionale di Heilbronn) del 14 novembre 2014, entrambi i genitori sono stati privati del diritto di determinare la residenza del figlio AW, del diritto di richiedere misure di assistenza sociale e prestazioni sociali a lui dirette, del diritto di partecipare alla progettazione assistenziale e di decidere in materia di assistenza sanitaria. I diritti revocati ai genitori sono stati inizialmente trasferiti all'Ufficio circoscrizionale dei servizi minorili del Landratsamt (servizi amministrativi circoscrizionali) [Or. 5] di Heilbronn nell'ambito di una curatela integrativa. Dopo il fallimento dell'accoglienza nella struttura assistenziale per minori di Bad Friedrichshall, AW è stato ospitato in un istituto nel Westerwald (Germania), che non è stato a sua volta in grado di accudire il bambino, così come è accaduto per un altro centro di accoglienza di emergenza, con il risultato che AW è infine tornato a casa di sua

madre, con l'accordo dell'Ufficio circoscrizionale dei servizi minorili del Landratsamt di Heilbronn. Con lettera del 3 agosto 2017, l'Ufficio dei servizi minorili della città di Heilbronn, divenuto competente, ha chiesto il trasferimento della responsabilità genitoriale in capo alla madre. Tuttavia, tale trasferimento non è ancora avvenuto per circostanze non chiare.

- 7 Nel frattempo, all'inizio di dicembre 2017, in occasione di una visita all'imputata ZW e con il consenso di quest'ultima, QN ha riportato suo figlio con sé in Romania, dove da allora entrambi vivono insieme. Non è ancora chiaro se l'imputata abbia accettato che QN portasse suo figlio in Romania stabilmente o solo fino al Natale 2017. L'Ufficio dei servizi minorili della città di Heilbronn non ne è stato informato, né ne è stato informato il curatore nominato nel frattempo, responsabile dell'esercizio dei diritti ancora revocati ai genitori. Quest'ultimo, una volta informato dall'imputata ZW del trasferimento del bambino in Romania, ha presentato denuncia penale contro entrambi i genitori per «sottrazione di minori».

8 4. Fatti contestati

L'imputata è ora accusata dei seguenti fatti:

«Il 9 dicembre 2017, l'indagata e suo marito, da cui è separata, hanno concordato che il loro figlio comune di 12 anni AW - per il quale l'Amtsgericht Heilbronn (Tribunale circoscrizionale di Heilbronn) ha nominato come curatore l'Ufficio circoscrizionale dei servizi minorili di Montabaur (Germania), inter alia per quanto riguarda il diritto di determinare la residenza - non avrebbe più vissuto con lei a Heilbronn, ma con suo padre in Romania [Or. 6]. In esecuzione di tale accordo, AW è stato trasferito dai suoi genitori in Romania, dove vive da allora, in deliberata violazione del diritto dell'Ufficio circoscrizionale dei servizi minorili di Montabaur di determinarne la residenza.

9 C. Quadro giuridico

I fatti sopra descritti costituirebbero il reato di sottrazione congiunta di minori, ai sensi degli articoli 235, paragrafo 2, punto 2, e 25, paragrafo 2, dello StGB.

- 10 L'articolo 235 dello StGB ha la seguente formulazione, nella quale sono evidenziati i passaggi applicabili nel caso di specie:

«Articolo 235 Sottrazione di minori

(1) È punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con una pena pecuniaria chiunque sottragga o trattenga:

1. una persona di età inferiore ai diciotto anni con la forza, con minaccia di un grave danno o con inganno, o
2. un bambino, senza esserne un familiare, sottraendolo ai genitori, a uno dei genitori, al tutore o al curatore.

(2) Allo stesso modo è punito chiunque sottragga un bambino ai genitori, a uno dei genitori, al tutore o al curatore

1. per portarlo all'estero, oppure

2. lo trattenga all'estero, dopo che questi vi sia stato portato o vi si sia recato.

(3) Nei casi di cui al paragrafo 1, punto 2, e al paragrafo 2, punto 1, è punibile il tentativo.

(4) L'autore del reato viene punito con una pena detentiva da un anno a dieci anni se

1. attraverso il reato mette la vittima a rischio di morte o di gravi danni alla sua salute o al suo sviluppo fisico o psicologico in conseguenza di tale reato, oppure

2. commette il reato per denaro o con l'intenzione di arricchire sé stesso o un terzo.

(5) Se l'autore del reato causa, attraverso il reato, la morte della vittima, la pena non può essere inferiore a tre anni di reclusione. **[Or. 7]**

(6) Nei casi meno gravi di cui al paragrafo 4, la pena è compresa tra i sei mesi e cinque anni di reclusione e, nei casi meno gravi di cui al paragrafo 5, tra un anno e dieci anni di reclusione.

(7) Nei casi di cui ai paragrafi da 1 a 3, la sottrazione di minori è perseguita solo su denuncia, salvo che le autorità responsabili dell'azione penale non ritengano necessario agire d'ufficio a causa del particolare interesse pubblico all'azione penale».

11 La commissione congiunta del reato, che regola l'imputazione reciproca della partecipazione alla fattispecie penale, è disciplinata dall'articolo 25, paragrafo 2, dello StGB.

12 L'articolo 25 dello StGB ha la seguente formulazione, nella quale sono evidenziati i passaggi applicabili nel caso di specie:

«Articolo 25 Autore del reato

(1) Sarà punito in qualità di autore del reato colui che commette direttamente il reato o lo commette per il tramite di un'altra persona.

(2) Se più persone commettono il reato congiuntamente, tutte saranno punite come autori (coautori)».

13 D. Rilevanza delle questioni pregiudiziali

L'inapplicabilità dell'articolo 235 dello StGB può risultare solo dall'incompatibilità di detto articolo con il diritto dell'Unione primario e/o secondario e quindi dal primato di quest'ultimo. L'Amtsgericht Heilbronn (Tribunale circoscrizionale di Heilbronn) si considera tenuto a deferire la questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ambito di un procedimento pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, paragrafo 1, lettere a) e b), [TFUE], poiché dall'interpretazione del diritto dell'Unione dipende l'applicabilità della norma di diritto (penale) nazionale.

14 D. Esame delle questioni pregiudiziali

Secondo il giudice del rinvio, la disposizione penale applicabile è incompatibile, in particolare, con la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del [Or. 8] Consiglio e non può quindi essere applicata a causa del primato del diritto europeo. La direttiva 2004/38/CE disciplina il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Secondo il preambolo, la libera circolazione delle persone costituisce una delle libertà fondamentali del mercato interno che comprende uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata tale libertà secondo le disposizioni del trattato.

15 I due aspetti esposti di seguito potrebbero ostare alla conformità della disposizione penale nazionale con la direttiva 2004/38/CE.

16 1. Ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2004/38/CE, ogni cittadino dell'Unione munito di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità e i suoi familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro e muniti di passaporto in corso di validità hanno il diritto di lasciare il territorio di uno Stato membro per recarsi in un altro Stato membro.

17 Il figlio AW, in quanto cittadino rumeno e, inoltre, figlio di ZW e di QN, entrambi cittadini rumeni, rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/38/CE, ai sensi dell'articolo 3 in combinato disposto con l'articolo 2.

18 Pertanto, ai sensi dell'articolo 4, AW ha il diritto di lasciare il territorio di uno Stato membro, vale a dire la Repubblica federale di Germania, e di stabilirsi con il padre nel suo paese d'origine, la Romania. Secondo il considerando 11 del preambolo su cui si fonda l'adozione della direttiva summenzionata, il diritto fondamentale e personale di soggiornare in un altro Stato membro è conferito direttamente dal Trattato ai cittadini dell'Unione e non deve dipendere dall'aver completato le formalità amministrative. [Or. 9]

19 L'applicazione della disposizione penale nazionale di cui all'articolo 235, nella parte qui rilevante di cui ai paragrafi 1 e 2, punto 2, condurrebbe al risultato che l'imputata ZW e/o il padre QN possano sottrarre e trattenere impunemente il loro figlio AW (nella presente fattispecie) a danno del curatore fintanto che non lascino il territorio della Repubblica federale di Germania. Tuttavia, non appena trasferissero il figlio in un altro Stato membro dell'Unione europea e ivi lo

trattenessero sottraendolo al curatore, si integrerebbe il reato, e ciò nonostante essi stessi e anche il figlio abbiano il diritto di lasciare uno Stato membro dell'Unione europea, ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2004/38/CE.

- 20 La disposizione penale di cui all'articolo 235, tuttavia, andrebbe anche oltre. Ai sensi del paragrafo 2, punto 1, ZW si renderebbe già perseguibile se la stessa e il figlio AW si recassero nel territorio di un altro Stato membro solo per motivi di visita o vacanza senza l'espreso consenso del curatore, a volte irraggiungibile per lunghi periodi di tempo. La disposizione penale non si applicherebbe, invece, ai viaggi con il bambino all'interno della Germania.
- 21 L'idea su cui si fonda la responsabilità penale prevista dall'articolo 235 dello StGB è che un bambino proveniente da un altro contesto culturale non possa essere rimpatriato o possa esserlo solo con grandi difficoltà (OMISSIS). Secondo il giudice del rinvio, tali presupposti non trovano alcuna ragion d'essere all'interno dell'Unione europea, in quanto, in tale contesto, secondo il regolamento [(CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000] Bruxelles II bis, i minori possono essere rimpatriati senza grandi difficoltà, e certamente da un contesto culturale che non è straniero. Il regolamento disciplina in generale l'obbligo di riconoscere ed eseguire le decisioni sul diritto di affidamento e sul diritto di visita adottate in uno Stato membro dell'Unione europea in un altro Stato membro (articoli 21, 28). **[Or. 10]**
- 22 La disposizione penale di cui all'articolo 235 limita la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione in quanto, revocando i diritti genitoriali su un bambino, anche i genitori perdono de facto indirettamente la loro libertà di circolazione, se non vogliono perdere la vicinanza al figlio garantita loro dall'articolo 8 della [Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; in prosieguo: la] CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare). Secondo il giudice del rinvio, i costi amministrativi supplementari eventualmente sostenuti in caso di ritorno di un bambino dal territorio dell'Unione (esecuzione del procedimento esecutivo in un altro Stato membro dell'Unione europea) non hanno un peso tale da giustificare la violazione della libertà di circolazione. Infatti, in determinate circostanze può essere molto più facile far ritornare un bambino ufficialmente registrato - nel caso di specie il luogo di residenza di AW presso suo padre è noto - da un altro Stato dell'Unione, che non rintracciare, innanzi tutto, un bambino scomparso con un genitore sul territorio della Repubblica federale tedesca. In nessun caso le (possibili) spese amministrative supplementari giustificano il diverso trattamento del trattenimento di un bambino nel territorio della Repubblica federale di Germania, da un lato, e nel territorio dell'Unione europea, dall'altro, in modo tale che (OMISSIS) solo la seconda condotta sia penalmente perseguibile.
- 23 Mentre i genitori tedeschi di un bambino tedesco possono circolare impunemente nel loro ambiente (sociale e geografico) di riferimento e scegliere liberamente

dove risiedere, i genitori rumeni di un bambino rumeno nato in Romania si rendono perseguibili se si trasferiscono in Romania con il bambino e scelgono di risiedere nel loro paese d'origine. Tale differenziazione non pare giustificabile sul presupposto che il ritorno del bambino sia possibile in qualsiasi momento all'interno dell'Unione europea. Nel caso in esame si aggiunge, inoltre, il fatto che finora non è stato palesemente ritenuto necessario alcun ritorno immediato **[Or. 11]** e che il contatto finora solo telefonico tra il curatore e AW sia senz'altro possibile anche dallo Stato membro dell'Unione europea della Romania.

- 24 Pertanto, l'ingerenza nella libera circolazione dei cittadini dell'Unione derivante dalla disposizione penale di cui all'articolo 235 del StGB non sarebbe giustificata.
- 25 2. L'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, che disciplina la parità di trattamento, prevede che ogni cittadino dell'Unione che risiede, in base alla presente direttiva, nel territorio dello Stato membro ospitante gode di pari trattamento rispetto ai cittadini di tale Stato nel campo di applicazione del Trattato. Il beneficio di tale diritto si estende ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente.
- 26 Anche tale principio di parità di trattamento potrebbe essere violato a causa della normativa generica, come vividamente dimostrato dal seguente esempio: se una cittadina tedesca nella situazione dell'imputata ZW avesse collaborato al ritorno del figlio comune nella sua regione d'origine (in tal caso naturalmente tedesca), ricongiungendosi con suo padre che vi risiedeva ancora o di nuovo, non si sarebbe resa perseguibile, anche se detta nuova residenza si trovasse in un altro Land federale a mille chilometri di distanza dalla precedente residenza. Al contrario, un cittadino dell'Unione commette un reato, ai sensi dell'articolo 235, se porta suo figlio nelle stesse circostanze nel suo paese d'origine, che è naturalmente un altro Stato membro dell'Unione europea. La discriminazione nei confronti di un cittadino dell'Unione diventa particolarmente evidente per il fatto che (nelle presenti circostanze) egli si rende già perseguibile se porta stabilmente suo figlio nel suo paese d'origine, ad esempio, a soli pochi chilometri **[Or. 12]** di distanza da Kehl, a Strasburgo (Francia), oltre il confine franco-tedesco ormai non più visibile, mentre un padre tedesco non si rende perseguibile se porta stabilmente suo figlio nel paese natale (tedesco) cento volte più lontano.
- 27 Pertanto, la disposizione penale, che non prevede un ulteriore distinguo, non tratta un cittadino dell'Unione come un cittadino dello Stato membro, ma piuttosto come un cittadino di un qualsiasi paese terzo che si trova all'altro capo del mondo e con il quale non esistono relazioni nel settore dell'assistenza giudiziaria internazionale.
- 28 Il giudice del rinvio chiede quindi alla Corte di giustizia dell'Unione europea di precisare se la disposizione di cui all'articolo 235 del codice penale tedesco, che non distingue tra il territorio dell'Unione europea e quello di paesi terzi, violi il diritto dell'Unione primario e/o secondario.

- 29 Il giudice del rinvio chiede inoltre alla Corte di giustizia di precisare se la conseguenza di tale violazione comporti l'inapplicabilità della disposizione penale nazionale.

L'esito del presente procedimento penale dipende da queste due questioni, qualora, in particolare, non vi fosse alcuna responsabilità penale ai sensi dell'articolo 235, paragrafo 1, cosicché ZW dovrebbe essere assolta in caso di inapplicabilità dell'articolo 235, paragrafo 2.

(OMISSIS)

DOCUMENTO DI LAVORO