Affidamento di minori: competenza giurisdizionale

CASSAZIONE CIVILE, sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238 - Pres. Carbone - Est. Forte

Separazione personale - Modifica delle condizioni - Affidamento dei figli - Audizione dei minori - Obbligatorietà - Limiti - Mancato ascolto - Principi del contraddittorio e del giusto processo - Violazione.

*(C.c. artt. 155, 155-*ter*, 336, 709-*ter*; c.p.c. art. 105; l. 8 febbraio 2006, n. 54, art. 1)*

Nelle procedure giudiziarie riguardanti l'affidamento dei figli e la disciplina del diritto di visita del genitore non affidatario, i minori, dovendosi qualificare parti in senso sostanziale, sono portatori di interessi contrapposti o diversi da quelli dei genitori. Costituisce, pertanto, violazione del principio del contraddittorio e del giusto processo il mancato ascolto dei minori oggetto di causa, che non sia sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che ne può giustificare l'omissione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conforme	Cass., sez. I, 2 luglio 2007, n. 14960; Cass., sez. I, 14 luglio 2006, n. 16092; Cass., sez. I, 5 maggio 2006, n. 16092.
Difforme	Non si rinvengono precedenti difformi in merito.

… *Omissis* …

Motivi della decisione

1. In via preliminare va rilevato che i due ricorsi proposti in questa sede già risultano iscritti con un solo numero di Ruolo generale e devono quindi valutarsi unitariamente.

1.1. *Omissis*

In rapporto alla ricorribilità *ex* art. 111 Cost., dei decreti emessi dalla Corte d'appello sui reclami contro i provvedimenti del tribunale sulle istanze di modifica di disposizioni accessorie alla separazione, essa certamente sussiste per il carattere di stabilità - sia pure temporanea e non permanente - di tali atti giurisdizionali, che li rende idonei al giudicato *rebus sic stantibus*, anche se ne è possibile la modifica per circostanze sopravvenute con altro procedimento camerale, essendo tali pronunce decisorie per un tempo indeterminato in rapporto alle mutevoli posizioni soggettive delle parti e dei figli minori, e definitive nei loro effetti fino all'eventuale modifica di dette posizioni accertata nei modi e forme previsti dalla legge (così Cass. 7 dicembre 2007 n. 25619 e 18 agosto 2006 n. 18187, 28 giugno 2006 n. 18627, 16 maggio 2005 n. 10229, 30 dicembre 2004 n. 24265, tra altre).

Tale conclusione non esclude la preclusione del ricorso per cassazione contro i provvedimenti urgenti emessi in via provvisoria e interinale nel corso del giudizio di separazione, a seguito di reclamo alla Corte d'appello contro le disposizioni date dal Presidente nella comparizione personale dei coniugi, o dal G.I. in corso di causa (Cass. 6 novembre 2008 n. 26631).

Diversa è pure la fattispecie di cui all'art. 317 *bis* c.c., relativa alla potestà genitoriale sul figlio naturale, nella quale il giudice, anche d'ufficio, interviene con propri provvedimenti "nell'esclusivo interesse del figlio", senza incidere su pregresse statuizioni con valore di giudicato, per cui non è necessario che tali atti abbiano natura decisoria e idoneità a divenire con il medesimo effetto di legge tra le parti (S.U. ord. 8 aprile 2008 n. 9042, S.U. 30 novembre 2007 n. 25008, S.U. 15 luglio 2003 n. 11026 e 12 luglio 2002 n. 10128).

La stabilità del provvedimento giurisdizionale, che lo rende idoneo a divenire giudicato, può essere permanente o temporanea e, anche in tale secondo caso, allorché l'atto incida su diritti soggettivi delle parti, come accade nella fattispecie, è ovvia la sua decisorietà che ne comporta la ricorribilità ai sensi dell'art. 111 Cost. (sul tema, cfr. S.U. 9 gennaio 2001 n. 1). Infine, per le pronunce emesse successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, come quella oggetto di ricorso, anche le carenze motivazionali denunciate in alcuni motivi dell'impugnazione principale e in quella incidentale, sono prospettabili ai sensi dell'art. 111 Cost., in rapporto dell'art. 360 c.p.c., u.c., novellato dalla legge del 2006, che qualifica violazione di legge il n. 5 del comma 1 della norma del codice di rito, in relazione ai principi del giusto processo, che non può che svolgersi nel contraddittorio tra le parti e concludersi con una pronuncia motivata, come sancito dalla norma costituzionale (in tal senso Cass. 5 giugno 2009 n. 12990 e 3 novembre 2008 n. 26426).

Tali principi valgono pure allorché oggetto di impugnazione sia un "decreto", che in astratto può mancare di motivazione se non è espressamente imposta per legge (artt. 737 e 135 c.p.c.), e se prevista, è sommaria, dovendo dare conto delle ragioni per le quali i giudici incidono sui diritti delle parti per i principi del giusto processo (Cass. 13 febbraio 2004 n. 2776).

Nella concreta fattispecie i ricorsi, principale e incidentale, sono entrambi ammissibili anche per le parti in cui deducono carenze o difetti di motivazione del decreto impugnato.

2.1. I primi quattro motivi del ricorso principale propon-

gono la questione di giurisdizione, denunciando la prima violazione di legge e gli altri tre vizi motivazionali del decreto.
Si denuncia in primo luogo violazione e falsa applicazione degli artt. 8, 9, 10 e 12 del Regolamento del Consiglio della C.E. 27 novembre 2003 n. 2201/2003 dal decreto di merito che afferma la giurisdizione del giudice italiano invece di quella del giudice finlandese, per essersi i due figli minori del cui affidamento si tratta "stabilmente trasferiti in …*omissis*… pochi giorni prima dell'inizio del procedimento italiano" da parte della A.. Il citato Regolamento, all'art. 8, prevede la competenza generale delle autorità giurisdizionali dello Stato membro "per le domande relative alla responsabilità genitoriale su un minore, se il minore risiede abitualmente in quello Stato membro, alla data in cui sono adite" e nel caso M. e Ca.Mi. vivevano in …*omissis*… dal …*omissis*…, mentre C.G. ha adito il Tribunale di Rieti, chiedendo il loro affidamento esclusivo solo nell'ottobre successivo, oltre tre mesi dopo che i minori avevano lasciato la loro pregressa residenza italiana.
Il quesito di diritto ai sensi dell'art. 366 *bis* c.p.c., è il seguente: «Dica la Cassazione se la Corte di appello di Roma, avendo dichiarato in motivazione che i minori erano stati trasferiti in …*omissis*… pochi giorni prima dell'inizio del procedimento italiano promosso dal C. dinanzi al Tribunale di Rieti, per ottenere l'affido esclusivo dei figli, abbia errato nell'affermare la propria giurisdizione in luogo di quella del giudice finlandese, disapplicando l'art. 8 del Regolamento CE n. 2201/2003, non essendo più l'Italia il paese di residenza abituale dei figli minori».
Il secondo, terzo e quarto motivo di ricorso denunciano carenze motivazionali del decreto impugnato in ordine ai presupposti di fatto della rilevata giurisdizione del giudice italiano.
Dalla Corte di merito si afferma che nessuna delle parti ha chiesto l'affidamento dei minori "in forza della Convenzione dell'Aja", essendosi domandata "più semplicemente, una modifica delle condizioni della separazione", ma così non si giustifica la giurisdizione del giudice italiano, per il citato art. 8 che collega il potere di decidere al luogo ove risiede il minore al momento della domanda che nel caso era quello finlandese.
Il terzo motivo di ricorso censura il decreto d'appello, per avere fondato l'affermazione della propria giurisdizione sul fatto che la stessa ricorrente si era rivolta "al Tribunale di Rieti per poi scoprire che questo non aveva giurisdizione"; in realtà la A. ha chiesto il 15 settembre 2006, nei tre mesi dal trasferimento dei figli, al giudice italiano la modifica del solo diritto di visita ai figli del padre, in ragione della ultrattività della residenza per tale tempo prevista nell'art. 9 del citato Regolamento CE. Dopo oltre tre mesi dal cambio di residenza dei figli, il C. ad ottobre ha richiesto l'affidamento esclusivo dei figli, sul quale poteva decidere solo l'autorità giudiziaria finlandese e il decreto non giustifica la giurisdizione del giudice italiano.
Il quarto motivo di ricorso censura le carenze motivazionali del decreto in ordine alla circostanza in esso riportata che i giudici finlandesi avrebbero riconosciuto la giurisdizione dei giudici italiani, adottando solo provvedimenti urgenti e provvisori sugli incontri padre-figli, fino alla decisione dei giudici italiani.
Il Tribunale di Helsinki con provvedimento del 5 novembre 2007 ha riconosciuto la prevenzione della controversia sul diritto di visita del padre ai figli, di cui alla domanda della madre, e ha provveduto su di esso provvisoriamente, nulla affermando in ordine al loro affidamento esclusivo al C., avendo su tale domanda giurisdizione il giudice finlandese, ai sensi dell'art. 8 del Regolamento CE n. 2201/2003 e dovendo solo esso pronunciarsi sui diritti di visita accessori, ai sensi dell'art. 9 dello stesso Regolamento.
2.2. La questione della mancata audizione dei minori nel procedimento di merito è dedotta nel quinto e sesto motivo del ricorso principale;
… *Omissis*…
3. Nel controricorso, il C. deduce che i figli sono stati trasferiti definitivamente in …*omissis*… non nel …*omissis*… ma dopo l'…*omissis*… di quell'anno, essendo stati fino a tale ultima data in …*omissis*…, a …*omissis*…, nella casa familiare. Non è applicabile L'art. 9 del regolamento CE n. 2001 del 2003 alla fattispecie, perché la residenza abituale dei minori alla data delle domande non era in …*omissis*… e la norma citata disciplina la sola ipotesi di lecito trasferimento dei minori da uno ad altro Stato membro della U.E. e non il caso di illecita sottrazione dei minori, come il presente, per il quale la donna è stata condannata con decreto ai sensi dell'art. 388 c.p..
L'art. 12 del Regolamento n. 2201/2003 prevede inoltre il potere di decidere delle autorità giurisdizionali dello Stato membro, la cui giurisdizione sia stata accettata dalle parti, e nel caso entrambi i coniugi hanno adito il Tribunale di Rieti, da loro stessi riconosciuto competente.
Il Tribunale di Helsinki, con sentenza del 5 novembre 2007, ha dichiarato competente a decidere su affidamento e diritto di visita dei figli dei coniugi A. - C., la Corte d'appello di Roma già adita su tali questioni, risolvendo in favore di questa la litispendenza internazionale.
… *Omissis*…
4.1. I primi quattro motivi del ricorso principale, attinenti alla questione di giurisdizione sono infondati e da rigettare.
Effettivamente il criterio di collegamento su cui si fonda il riparto di giurisdizione tra autorità giurisdizionali di Stati membri della U.E., in ordine alle decisioni sull'affido e le modalità di visita a figli minori, in base all'art. 8 del Regolamento CE n. 2201 del 2003, è quello della residenza abituale del figlio, per il rapporto di prossimità del minore al giudice che deve decidere sulle modalità di vita di lui (su tale criterio cfr. S.U. 24 marzo 2006 n. 6585 e 7 marzo 2005 n. 4807 e sul principio di prossimità, utile per individuare il giudice territorialmente competente in rapporto all'affidamento di minori, cfr. la recente S.U. 9 dicembre 2008 n. 28975).
La Corte d'appello - si afferma nel ricorso principale - non avrebbe tenuto conto che i minori si erano trasferiti in …*omissis*… dal …*omissis*…, prima dell'inizio dell'azione della A. per la modifica del diritto di visita del C. ai fi-

gli, per cui esattamente ella aveva adito il Tribunale di Rieti nel settembre successivo, cioè nei tre mesi dal mutamento di residenza abituale dei minori, come consentito dall'art. 9 del Regolamento CE citato, che sancisce, per tale limitato periodo di tempo, la ultraattività della preesistente residenza abituale dei minori, come criterio di collegamento per individuare tra le autorità giudiziarie degli Stati della U.E., quella avente giurisdizione in caso di trasferimento di uno dei coniugi con i figli in altro Stato membro della comunità.
Peraltro, il concetto di residenza abituale dei minori, come centro di vita e di relazioni degli stessi, corrisponde a fatti accertabili dal solo giudice del merito la cui decisione non a censurabile per cassazione se motivatamente accertata, (Cass. 19 ottobre 2006 n. 22507 e 10 ottobre 2003 n. 15145): la Corte d'appello ha ricostruito le circostanze relative alla vita di C.M. e Mi., evidenziando che essi avevano sempre vissuto a *…omissis…* fino alla separazione dei genitori e solo nel *…omissis…* erano stati condotti in *…omissis…* dalla madre, che si era impegnata in sede di separazione a rimanere in *…omissis…* e a risiedervi con i figli.
Ad avviso dei giudici di merito, la A. aveva dedotto, nel ricorso introduttivo dell'azione da lei iniziata dinanzi al Tribunale di Rieti nel settembre 2006 che, a quella data, ella aveva intenzione di trasferire la residenza propria e dei figli in *…omissis…* e non che il trasferimento era già avvenuto.
In sostanza, alla data di tale ricorso (5 - 15 settembre 2006), poteva presumersi sussistere ancora lo stabile rapporto dei minori con la casa familiare in *…omissis…*, la quale nel giugno precedente, con la omologazione, era stata assegnata alla madre, perché continuasse a vivervi con i figli.
Alla data della domanda di modifica dell'affidamento dei figli da parte del C. *…omissis…*, lo stesso, avendo appreso, dal ricorso della moglie per la prima volta la intenzione di lei di trasferirsi con i figli in *…omissis…*, ben poteva ritenere sussistere la giurisdizione del Tribunale di Rieti, ai sensi degli artt. 8 e 9 del Regolamento CE 2201/2003, potendo egli escludere, in base alle notizie fornite dalla controparte, che fossero già decorsi tre mesi dal cambio di residenza abituale dei minori, per cui egli pure poteva fruire della ultraattività della giurisdizione italiana di cui al citato art. 9 del Regolamento CE, facendo decorrere il termine trimestrale, per i principi del giusto processo e del contraddittorio, dalla intervenuta comunicazione a lui della mutata abituale residenza dei minori, ancora non avvenuta secondo le deduzioni del ricorso della A. all'inizio del mese di *…omissis….*
A tale conoscenza fa del resto chiaro riferimento l'art. 10 del medesimo Regolamento CE, per il caso di "illecito" trasferimento all'estero dei minori, che, per tale sua natura, deve presumersi non conosciuto da chi agisce per la modifica delle condizioni della separazione consensuale *ex* artt. 711 e 710 c.p.c..
Correttamente quindi il C. ha chiesto al giudice italiano, l'affidamento in via esclusiva dei figli M. e Mi., a rettifica di quanto concordato con la moglie nella separazione consensuale, nel termine di tre mesi dalla data in cui egli ha avuto consapevolezza del possibile trasferimento della residenza abituale dei minori in *…omissis…*, ai sensi dell'art. 9 del Regolamento CE, indipendentemente dalla illiceità del mutamento della dimora abituale operato da controparte in violazione degli accordi di separazione, come accertato in sede penale.
Se l'autonomia dei due ricorsi delle parti, riuniti dal Tribunale di Rieti, esclude che la donna abbia accettato la giurisdizione del giudice italiano sulla domanda di affidamento esclusivo del C., sulla quale anzi ella ha sollevato subito l'eccezione di difetto di giurisdizione, con conseguente inapplicabilità dell'art. 12 del Regolamento per radicare i poteri cognitivi sulla domanda nel giudice italiano, certamente sussiste la connessione e litispendenza delle due cause riunite dinanzi al giudice italiano con quella di divorzio iniziata dal A. successivamente dinanzi al Tribunale di Helsinki, che ha espressamente riconosciuto detta connessione.
L'art. 19 del Regolamento CE più volte citato chiarisce che nei casi di litispendenza e/o connessione, l'autorità giudiziaria adita successivamente, deve dichiarare la propria incompetenza a favore di quella investita della stessa questione o di questione connessa, anche se può emettere i provvedimenti urgenti di cui all'art. 20 nell'interesse dei minori.
Nel caso, correttamente il Tribunale di Helsinki ha dato le disposizioni urgenti relative ai minori C., riconoscendo però la giurisdizione del giudice italiano preventivamente adito sull'affidamento oggetto della domanda del padre e sul diritto di visita oggetto dell'azione della madre, non potendosi accogliere la deduzione di cui al ricorso principale sulla differenza tra le questioni proposte ai due giudici dei diversi Stati membri, apparendo esse almeno strettamente connesse se non identiche in rapporto al carattere accessorio di esse nel processo di divorzio, con conseguente applicabilità della disciplina che precede, per cui competente è comunque il giudice adito per primo e quindi quello italiano.
Se è vero che si è esattamente tenuto distinto il diritto di visita dall'istituto dell'affidamento, in rapporto al trasferimento all'estero o al mancato rientro di minori, che non si ritengono sottratti illecitamente all'altro genitore allorché l'allontanamento avviene ad opera dell'affidatario con il quale i minori devono convivere come nel caso (Cass. 2 luglio 2007 n. 14960, 14 luglio 2006 n. 16092 e 5 maggio 2006 n. 10374), non è però contestato che tale mobilità internazionale e mutabilità della residenza abituale, era stata convenzionalmente esclusa dai coniugi nelle condizioni da loro concordate della separazione, tanto che la ricorrente, come già detto, è stata anche condannata penalmente per mancata esecuzione dell'accordo omologato dal Tribunale di Rieti e ai sensi dell'art. 388 c.p..
Esattamente la Corte d'appello ha qualificato "illecito" il mancato rientro dei minori in *…omissis…*, rilevando come il C. non avesse agito nella fattispecie in base alle Convenzioni dell'Aja del 1970 e 1980, per ottenere il ritorno dei figli nella casa familiare, con il ripristino del suo

diritto di visita a mezzo dell'Autorità centrale di cui a tali accordi e ai sensi della L. 15 gennaio 1994, n. 64, di ratifica di essi, per cui la presente azione ha potuto continuare e non s'è dovuta sospendere in attesa dell'esito del procedimento di rientro dei figli (Cass. 15 ottobre 1997 n. 10090).
La rilevata violazione degli accordi di separazione, per effetto del trasferimento in …*omissis*… della residenza propria e dei minori ad opera della madre, in rapporto alla giurisdizione, comporta l'applicabilità dell'art. 10 del Regolamento più volte citato, per cui resta competente a decidere della responsabilità genitoriale sui minori il giudice della pregressa residenza abituale dei minori fino alla data dell'acquisizione della nuova residenza, finché non sia decorso "un anno" da quando chi aveva diritto a chiedere il ripristino del diritto di visita o il rientro, ha avuto conoscenza del cambio di residenza, per cui, anche per tale profilo, va affermata la giurisdizione del giudice italiano, da confermare in questa sede, con il rigetto del ricorso principale sulla questione relativa.
È infatti infondata anche la censura di cui al secondo motivo di ricorso principale, avendo esattamente la Corte di merito richiamato le citate Convenzioni de L'Aja, ratificate con la legge n. 64 del 1994, per riaffermare la sua giurisdizione, anche se non in collegamento all'art. 10 del Regolamento CE citato, essendo rilevante la circostanza che l'A. si fosse rivolta al giudice italiano nel …*omissis*…, informando della sua intenzione di trasferirsi all'estero solo in questa data e così rimettendo in termini il C. per proporre al giudice italiano la domanda di affidamento esclusivo (terzo motivo di ricorso), fermo restando il corretto richiamo alla decisione interlocutoria dei giudici finlandesi sui minori e alla litispendenza e connessione rilevata da costoro, che ancora una volta comporta il potere di decidere dei giudici italiani (quarto motivo).
… *Omissis*…
4.3. Restano quindi assorbiti tutti gli altri motivi del ricorso principale e quello incidentale.
… *Omissis*…
5. In conclusione questa Corte, riuniti i due ricorsi contro lo stesso decreto della Corte d'appello di Roma, deve rigettare i primi quattro motivi di quello principale, confermando la giurisdizione del giudice italiano, e accogliere il quinto e sesto motivo, che censurano la omessa audizione immotivata dei due minori prima della modifica dell'affidamento in favore del padre, con conseguente cassazione del decreto impugnato e assorbimento degli altri motivi della impugnazione principale e di quella incidentale e rinvio della presente causa ad altra sezione della stessa Corte d'appello di Roma in diversa composizione, perché si pronunci sulle domande delle parti, procedendo alla necessaria istruttoria e provvedendo su di esse e sulle spese del presente giudizio di cassazione.
… *Omissis* …

SULLA COMPETENZA GIURISDIZIONALE IN CASO DI VIOLAZIONE DEGLI ACCORDI DI SEPARAZIONE FRA CONIUGI DI DIVERSA NAZIONALITÀ

di Maria Luisa Serra

Oggetto del presente commento è una sentenza della Cassazione che applica il regolamento CE 2201/2003 quanto ai criteri di individuazione dell'autorità giurisdizionale competente in ordine alle decisioni sull'affido e le modalità di visita ai figli minori di genitori di differenti nazionalità nell'ambito degli Stati membri della UE. Nel caso di specie la sentenza, condivisibile riguardo al riconoscimento della sussistenza della giurisdizione del giudice italiano sul presupposto della illiceità del trasferimento all'estero della residenza dei minori in violazione degli accordi di separazione intercorsi fra i coniugi, suscita peraltro talune perplessità riguardo alle motivazioni addotte.

1. Fatto

Due sono i temi centrali affrontati nella pronuncia in commento. Il primo riguarda il conflitto di giurisdizione sorto fra giudici appartenenti a due diversi Stati UE in ordine alle decisioni sull'affido e le modalità di visita ai figli minori come disciplinati dal Regolamento CE n. 2201/2003; il secondo la legittimità di un provvedimento di affidamento dei figli minori pronunciato senza che il giudice abbia previamente provveduto all'audizione dei minori stessi (aspetto quest'ultimo già fatto oggetto di specifico commento in questa *Rivista* (1)).

Nota:

(1) Ci si riferisce alla nota di Graziosi (*Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato,* in questa *Rivista,* 2010, 365 e ss., *in particolare 370*), nella quale l'A., osserva come il fondamento costituzionale dell'obbligo di ascoltare il minore nel processo non va ravvisato tanto nella violazione del principio del contraddittorio (salvo intenderlo nel senso generico di facoltà di interloquire), quanto nell'art. 2 Cost. che, nel garantire e riconoscere i "diritti inviolabili dell'uomo", oggi, dopo le dichiarazioni solenni e vincolanti contenute nella Convenzione O.N.U di New York sui diritti del fanciullo e nella Convenzione di Strasburgo del 1996, abbraccia certamente anche il diritto di ogni "persona" minore di età, ma capace di discernimento, di far sentire la propria voce, e di esprimere la propria opinione, affinché se ne tenga conto, in ogni procedimento giudiziario in cui si discutono questioni che la ri-

(segue)