

Sez. Unite Civili, Sentenza n. 22238 del 21 Ottobre 2009

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CARBONE Vincenzo - Primo Presidente -
Dott. PAPA Enrico - Presidente di sezione -
Dott. MENSITIERI Alfredo - Consigliere -
Dott. SEGRETO Antonio - Consigliere -
Dott. SALVAGO Salvatore - Consigliere -
Dott. FORTE Fabrizio - rel. Consigliere -
Dott. BUCCIANTE Ettore - Consigliere -
Dott. LA TERZA Maura - Consigliere -
Dott. SPIRITO Angelo - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 22121 del Ruolo Generale degli affari civili del 2008, proposto da:
A.K.A., residente ad H. (F.) l. 14 \emptyset ed elettivamente domiciliata in Roma, al Viale delle Milizie n. 138, presso
gli avv.ti MARTIGNETTI Maria e Guglielmo Martignetti, che la rappresentano e difendono, anche
disgiuntamente, per procura in calce al ricorso principale;

- ricorrente principale -

contro

C.G., elettivamente domiciliato in Roma, alla Via Duilio n. 7, presso l'avv. MATTONI Roberto, che lo
rappresenta e difende, per procura a margine del controricorso con ricorso incidentale;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

avverso il decreto della Corte d'appello di Roma, Sezione Persona e Famiglia, del 24 aprile - 23 luglio 2008,
emesso all'esito di procedimento camerale n. 53016/07 in materia di famiglia. Udità, alla pubblica udienza
del 6 ottobre 2009, la relazione del Cons. Dr. Fabrizio Forte;

sentiti l'avv. Maria Martignetti, per la ricorrente, e Roberto Mattoni, per il controricorrente, e il P.M. Dr.
JANNELLI Domenico, che ha concluso per l'inammissibilità dei ricorsi, principale e incidentale, delle parti.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Rieti, con decreto del 17 aprile 2007, sui ricorsi riuniti del 15 settembre e del 13 ottobre 2006
di A.K.A e G.C, coniugi consensualmente separati con omologa del 6 giugno 2006, affermata la propria
giurisdizione in luogo di quella dei giudici finlandesi, s'è dichiarato incompetente sulle istanze di modifica
delle disposizioni accessorie alla separazione, presentate dalla donna in rapporto al diritto di visita del
padre ai due figli M. e M. C., nati ad H. il <<omissis>> e il <<omissis>>, affidati

nell'accordo omologato alla madre che, per ragioni di lavoro, si era trasferita in F. con loro, domandando in
quel paese pure il divorzio dal marito in data successiva, e sulla richiesta del C. di affidamento esclusivo a lui
dei figli condotti all'estero contro la sua volontà, con ogni altra statuizione consequenziale.

La Corte d'appello di Roma, sui reclami di entrambe le parti, con il decreto di cui in epigrafe, ha riaffermato
la giurisdizione del giudice italiano impugnata dalla A., in base alle regole sulla litispendenza tra giudizi in
materia di affidamento di minori pendenti in più Stati membri della CE, per essere stato adito il giudice
italiano prima di quello finlandese, che, nel suo provvedimento interinale del 18 gennaio 2007, aveva
disposto provvisoriamente incontri in quel paese tra padre e figli, "in attesa della decisione" della predetta
Corte di merito.

È stato invece accolto l'appello del C. sulla competenza del primo giudice, da questo denegata a favore del
tribunale per i minorenni, per essere stati i due figli sottratti e trattenuti illecitamente all'estero
(Convenzione de L'Aja del 28 maggio 1970 e L. 15 gennaio 1994, n. 64), affermandosi che in primo grado si
erano chieste modifiche di patti accessori alla separazione, su cui doveva decidere il tribunale, ai sensi

dell'art. 710 c.p.c.. La Corte di merito, ha affidato al C. i due minori, senza disporre la loro audizione chiesta con le conclusioni dal P.G. assegnandogli la casa familiare in <<omissis>> e confermando la sanzione irrogata alla donna di Euro 5000,00 ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c., per aver violato le disposizioni concordate in sede di separazione consensuale.

In secondo grado è stata invece respinta la richiesta del C. di un contributo a carico della moglie per il mantenimento dei figli, ritenendosi non provata la capacità contributiva di lei, condannata alle spese del grado per la soccombenza.

Per la cassazione di tale decreto propone ricorso principale di dodici motivi la A., cui resiste il C. con controricorso e ricorso incidentale di due motivi, cui controparte replica con altro controricorso; entrambe le parti hanno depositato memorie ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

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. Vanno rigettate le eccezioni del C. di inammissibilità del ricorso principale in rapporto alla procura al difensore della A., rilasciata su foglio separato congiunto materialmente al ricorso, ritenuta priva del requisito della specialità e a causa della natura non decisoria né definitiva del decreto impugnato, sempre modificabile e comunque emesso allo stato degli atti. La procura in calce al ricorso è apposta su foglio congiunto ad esso e in essa vi è "delega" agli avvocati Martignetti a rappresentare e difendere la A. nel "presente giudizio"; nell'atto non si evidenziano espressioni incompatibili con la volontà della donna di essere rappresentata e difesa nella fase di legittimità conseguente al ricorso cui esso accede (Cass. 7 marzo 2006 n. 5868, 5 settembre 2005 n. 17768, 12 luglio 2005 n. 14611, 13 agosto 2004 n. 15738, 19 aprile 2002 n. 5722).

Le stesse sentenze citate nel controricorso del C. a sostegno della eccezione evidenziano che il contenuto della procura determina la inammissibilità della impugnazione soltanto qualora, dalla lettura di essa, sorgano dubbi in ordine al giudizio cui l'atto si riferisce, che rendano incompatibile la procura e il conferimento di poteri al difensore per il ricorso per cassazione (con Cass. n. 9173 del 2003 citata in ricorso, cfr. Cass. 21 marzo 2005 n. 6070 e 16 dicembre 2004 n. 23381).

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 propongono la questione di giurisdizione, denunciando il primo violazioni 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 F. 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 M. C. vivevano in F. dal giugno 2006, mentre G.C 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 F. 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 la 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 H. 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; anzitutto si denuncia violazione dell'art. 12 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176, dell'art. 6 capo B della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, aperta alla firma a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata in Italia con L. 20 marzo 2003, n. 77, dell'art. 23 del citato Regolamento CE n. 2001/2003, dell'art.

155 sexies c.c., applicabile in via estensiva o almeno analogica al procedimento di modifica delle condizioni di separazione, nonché degli artt. 3, 21 e 111 Cost..

Afferma la A. che la Corte d'appello erroneamente non ha ascoltato i due minori, dei quali, nel corso del secondo grado, il primo, M., ha compiuto dodici anni, mentre l'altro, M., pur avendo solo dieci anni, era dotato di capacità di discernimento, che avrebbe imposto la sua audizione ai sensi delle norme indicate, tenuto conto che il P.G. in data 6 luglio 2007 aveva chiesto che "la Corte ai fini della richiesta modifica del regime di affidamento voglia procedere alla necessaria istruttoria, verificando anche tramite l'audizione diretta dei minori, quale sia il regime di affidamento più adeguato alle esigenze dei medesimi e quale il più idoneo collocamento". Il quesito di diritto di cui all'art. 366 bis c.c., è il seguente: "dica la S.C. se il mancato ascolto nel procedimento dinanzi alla Corte d'appello di Roma del minore C. M., che aveva compiuto 12 anni nel corso del secondo grado e il mancato ascolto del minore M. all'epoca di dieci anni, e, comunque, il mancato accertamento della capacità di discernimento di quest'ultimo ai fini dell'ascolto da parte dell'autorità giudiziaria italiana, possa essere considerato violazione del principio dell'ascolto introdotto nell'ordinamento dalle Convenzioni internazionali, che ne riconoscono la rilevanza di cui si è dedotta la violazione, oltre che della L. 15 gennaio 1994, n. 64, di ratifica della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 e dell'art. 155 sexies c.c., applicabile in via estensiva o analogica anche alla modifica delle condizioni di separazione". A tale censura è connessa quella di cui al sesto motivo di ricorso, che lamenta l'omessa motivazione sul punto della mancata audizione dei minori, in rapporto alla modifica del loro affidamento, così privandosi loro del diritto di manifestare le proprie ragioni in una vicenda essenziale per la loro vita. 2.3. Il settimo e ottavo motivo di ricorso censurano il decreto per insufficiente motivazione sul ribaltamento dello affidamento dei minori alla madre concordato nella separazione consensuale con l'affidamento esclusivo al padre, senza considerare la volontà manifestata dai figli di voler vivere con la madre e il fatto che essi non avevano più rapporti con il padre e avevano sofferto di disturbi psichici alla ripresa dei rapporti con lui. Nell'ottavo motivo, si deduce il carattere apodittico della presunta idoneità del padre a svolgere il compito di affidatario, con la esclusione immotivata che egli potesse assumere in futuro comportamenti pregiudizievoli ai figli, in rapporto alla modestia delle risultanze istruttorie del secondo grado. Il nono e decimo motivo lamentano insufficiente motivazione del decreto in ordine all'affermazione che i minori sarebbero stati inseriti in un ambiente a loro estraneo, risultando invece che essi dalla nascita avevano trascorso le vacanze in F. e in rapporto alla rilevata inidoneità della ricorrente a svolgere i compiti di affidataria, apoditticamente affermata, nonostante la donna avesse evidenziato la sua capacità di proteggere la prole anche dai comportamenti pregiudizievoli del padre. L'undicesimo motivo del ricorso principale chiede che, con la cassazione del decreto, nella statuizione sull'affidamento al padre, sia ripristinata l'assegnazione della casa familiare alla madre, sotto il profilo dell'insufficiente motivazione a base di entrambe le predette statuizioni della Corte di merito, mentre il dodicesimo motivo deduce erronea valutazione della condotta della ricorrente nella fattispecie, che avrebbe determinato la irrogazione della sanzione di Euro 5000,00, di cui all'art. 709 ter c.p.c., per inadempimento delle condizioni concordate della separazione consensuale.

3. Nel controricorso, il C. deduce che i figli sono stati trasferiti definitivamente in F. non nel giugno 2006 ma dopo l'11 settembre di quell'anno, essendo stati fino a tale ultima data in Italia, 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 F. 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 H., 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.

In rapporto alle denunciate insufficienze motivazionali, il C. ritiene che la natura di decreto della decisione impugnata ne consente una motivazione sommaria, confermando che i minori non sono stati ascoltati, perché la madre non li ha condotti in Italia, allorché il Tribunale di Rieti li aveva convocati per due volte per tale audizione.

3.1. Il ricorso incidentale del C. censura il decreto di merito in primo luogo per violazione e falsa applicazione dell'art. 155 c.c., commi 2 e 4, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, per non avere la Corte d'appello di Roma disposto, contestualmente all'affido esclusivo dei figli al padre, la revoca del contributo posto a carico di questo per il loro mantenimento nella separazione consensuale omologata. Ad avviso del ricorrente incidentale, venuto a mancare l'affidamento alla madre, consegue automatica la cessazione della causa dell'attribuzione patrimoniale in favore di lei.

Il quesito ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c. chiede a questa Corte di dire "se, per quanto disposto dall'art. 155 c.c., la revoca dell'affidamento alla madre dei figli minori M. e M. e il contestuale loro affidamento al padre comporti quale necessaria conseguenza la revoca del contributo al mantenimento per i figli a carico del C. in favore della A., stabilito in sede di separazione consensuale".

3.2. Il secondo motivo di ricorso incidentale denuncia poi la motivazione contraddittoria del decreto impugnato, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, per avere ritenuto non esservi elementi di prova per porre a carico di controparte, quale genitore non affidatario, un contributo da corrispondere all'affidatario per il mantenimento dei figli.

Si deduce violazione dell'art. 155 c.c., commi 2 e 4, per non avere il decreto imposto detto contributo a carico della madre, essendovi documentazione sufficiente per disporre tale contributo da parte della donna, come i documenti dal n. 35 al n. 42, allegati al fascicolo di parte, che fanno riferimento all'attività di professore universitario della donna, come una delle ragioni giustificatrici del trasferimento ad H..

Se il ricorrente incidentale, autista, doveva contribuire al mantenimento dei figli con Euro 500,00 al mese, certamente la donna avrebbe potuto corrispondere allo stesso titolo una somma maggiore al padre dei minori.

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 F. dal giugno 2006, prima dell'inizio dell'azione della A. per la modifica del diritto di visita del C. ai figli, 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 è 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 M., evidenziando che essi avevano sempre vissuto a <<omissis>> fino alla separazione dei genitori e solo nel settembre 2006 erano stati condotti in F. dalla madre, che si era impegnata in sede di separazione a rimanere in Italia 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 F. 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 viverci con i figli.

Alla data della domanda di modifica dell'affidamento dei figli da parte del C. (13 ottobre 2006), lo stesso, avendo appreso, dal ricorso della moglie per la prima volta la intenzione di lei di trasferirsi con i figli in F., 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 settembre 2006.

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 M., 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 F., 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 H., 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 H. 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 Italia, 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 F. 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 settembre del 2006, 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).

4.2. Il quinto e sesto motivo di ricorso sono da ritenere invece fondati nei limiti che seguono, in rapporto alla mancata audizione dei figli nel presente procedimento, destinato a regolare in via esclusiva o prevalente interessi primari degli stessi minori, anche se M. ha compiuto dodici anni nel periodo tra la riserva della decisione e la pubblicazione del decreto impugnato (marzo 2008), mancando in questo atto ogni pronuncia motivata, anche di rigetto, sulla richiesta del P.G. del luglio 2007 di audizione dei due adolescenti e di ulteriore istruzione della causa, prima di decidere sulla modifica dello affidamento esclusivo alla madre concordato a giugno del 2006, riconoscendolo in favore del solo padre nel luglio 2008 dopo soli due anni dalla precedente soluzione (sull'obbligo di motivazione in ordine alla richiesta di audizione dei minori e al rigetto di essa, cfr. Cass. 23 luglio 2007 n. 6899).

Invero i minori che, ad avviso di questa Corte non possono considerarsi parti del procedimento (in tal senso sembra, sia pure con aperture, Cass. 10 ottobre 2003 n. 15145), sono stati esattamente ritenuti portatori di interessi contrapposti o diversi da quelli dei genitori, in sede di affidamento o di disciplina del diritto di visita del genitore non affidatario e, per tale profilo, qualificati parti in senso sostanziale (così C. Cost. 30 gennaio 2002 n. 1). Costituisce quindi violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto dei minori oggetto di causa, censurato in questa sede, nella quale emergono chiari gli interessi rilevanti dei minori che sono in gioco nella vertenza e avrebbero resa necessaria la loro audizione (sul rilievo di tali interessi per la denuncia del vizio processuale del mancato ascolto dei minori cfr. Cass. 12 giugno 2007 n. 13761 e 18 giugno 2005 n. 13173, non rilevando i principi di insindacabilità della decisione di non procedere all'ascolto dei minori, in caso di potenziale dannosità di essa per i soggetti non sentiti, di cui a Cass. 27 luglio 2007 n. 16753, in difetto di qualsiasi pronuncia dei giudici di merito in tal senso).

L'audizione dei minori che, nel procedimento per il mancato illecito rientro nella originaria residenza abituale, non è imposta per legge, in ragione del carattere urgente e meramente ripristinatorio della situazione di tale procedura (Cass. 4 aprile 2007 n. 8481 e 19 dicembre 2003 n. 19544), anche in tale procedura si è però ritenuta in genere opportuna, se possibile (Cass. 4 aprile 2007 n. 8481 e la citata n. 15145 del 2003).

Tale audizione era prevista dall'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1991 che ritiene sussistere, in caso di riconoscimento della capacità di discernimento del minore, il diritto di questo "di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa", dandogli la possibilità "di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguarda".

In base a tale norma sovranazionale l'ascolto dei minori oggetto del procedimento nelle opposizioni allo stato di adottabilità si è ritenuto di regola necessario (Cass. 9 giugno 2005 n. 12168, 26 novembre 2004 n. 22235, 21 marzo 2003 n. 4124, 16 luglio 2000 n. 9802, tutte al seguito di Cass. 13 luglio 1997 n. 9802).

L'audizione dei minori nelle procedure giudiziarie che li riguardano e in ordine al loro affidamento ai genitori è divenuta comunque obbligatoria con l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sullo esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, ratificata con la legge n. 77 del 2003 (Cass. 16 aprile 2007 n. 9094 e 18 marzo 2006 n. 6081), per cui ad essa deve procedersi, salvo che possa arrecare danno al minore stesso, come risulta dal testo della norma sovranazionale e dalla giurisprudenza di questa Corte (la citata Cass. n. 16753 del 2007).

La citata Convenzione di Strasburgo prevede che ogni decisione relativa ai minori indichi le fonti di informazioni da cui ha tratto le conclusioni che giustificano il provvedimento adottato anche in forma di decreto, nel quale deve tenersi conto della opinione espressa dai minori, previa informazione a costoro delle istanze dei genitori nei loro riguardi e consultandoli personalmente sulle eventuali statuizioni da emettere, salvo che l'ascolto o l'audizione siano dannosi per gli interessi superiori dei minori stessi (in tal senso Cass. ord. 26 aprile 2007 n. 9094 e la giurisprudenza sopra richiamata).

In conclusione, il quesito conclusivo del quinto motivo di ricorso può avere risposta positiva, in rapporto alla dedotta violazione dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo, ratificata dalla legge n. 77 del 2003 e

dell'art. 155 sexies c.c., introdotto dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, dovendosi ritenere necessaria l'audizione del minore del cui affidamento deve disporsi, salvo che tale ascolto possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali e dovendosi motivare l'eventuale assenza di discernimento dei minori che possa giustificare l'omesso ascolto, con conseguente fondatezza anche del sesto motivo d'impugnazione nei limiti ora indicati e necessità di cassare l'intero decreto in rapporto alla dedotta omissione dei giudici di merito.

Neppure rileva in questa sede il tentativo del tribunale di Rieti di ascoltare i minori non andato a buon fine in un contesto nel quale però il primo giudice si è dichiarato incompetente a provvedere sull'affido dei figli al padre.

4.3. Restano quindi assorbiti tutti gli altri motivi del ricorso principale e quello incidentale.

Sarà il giudice del rinvio che potrà tener conto se sussistente della volontà manifestata dai minori di rimanere a vivere con la madre (settimo motivo) e dovrà rivalutare l'affermata idoneità del C. e essere affidatario dei figli (ottavo motivo). L'esigenza di audizione dei due minori per interpellarli sul loro affidamento, in ordine al loro ambiente di vita in Italia e in F. e sulla capacità della madre di esercitare la potestà genitoriale, comporta assorbimento anche del nono e decimo motivo di ricorso, in rapporto all'assegnazione della casa familiare e all'eventuale sanzione ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c., alla A., per inadempimento delle condizioni della separazione (undicesimo e dodicesimo motivo).

Anche i due motivi di ricorso incidentale, in quanto relativi alla revoca del contributo al mantenimento dei figli a carico del padre, di cui alla separazione consensuale, e alla condanna della madre a contribuire al mantenimento dei figli, devono riservarsi al giudizio di rinvio, all'esito dell'istruttoria da compiere e previa valutazione dell'interesse dei minori.

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. P.Q.M.

La Corte rigetta i primi quattro motivi di ricorso della A. e, confermata la giurisdizione del giudice italiano, accoglie il quinto e sesto motivo della stessa impugnazione, dichiarando assorbiti i residui motivi di questa e quella incidentale del C.; cassa il decreto impugnato in relazione ai motivi accolti, e rinvia la causa alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione, perché si pronunci sulle domande delle parti, previa convocazione dei minori per la loro audizione, decidendo anche la disciplina delle spese del presente giudizio di legittimità. Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione, il 6 ottobre 2009. Depositato in Cancelleria il 21 ottobre 2009
