

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MAMMONE Giovanni - Primo Presidente f.f.

Dott. PETITTI Stefano - Presidente di Sez.

Dott. DI IASI Camilla - Presidente di Sez.

Dott. TRIA Lucia - Consigliere

Dott. BISOGNI Giacinto - rel. Consigliere

Dott. BRUSCHETTA Ernestino Luigi - Consigliere

Dott. ACIERNO Maria - Consigliere

Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere

Dott. CARRATO Aldo - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 12932-2018 proposto da:

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende;

- ricorrente -

contro

(OMISSIS), elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), rappresentata e difesa dall'avvocato (OMISSIS);

- controricorrente -

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 4878/2016 del TRIBUNALE di ANCONA.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 26/02/2019 dal Consigliere Dott. GIACINTO BISOGNI;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale Dott. ZENO Immacolata, il quale chiede il rigetto del ricorso e la declaratoria del difetto di giurisdizione del giudice italiano.

RILEVATO

CHE:

1. Le parti forniscono una versione almeno parzialmente difforme dei fatti rilevanti per il giudizio. Espone la controricorrente, sig.ra (OMISSIS), che, in data 1 dicembre 2013, ha contratto matrimonio in Italia, con il sig. (OMISSIS). Il 5 dicembre 2015 i coniugi si sono recati in Grecia avendo deciso che (OMISSIS) avrebbe terminato la difficile gravidanza in corso e avrebbe partorito in Atene dove avrebbe potuto essere assistita dai suoi genitori. Il (OMISSIS) e' nata (OMISSIS) che ha acquisito alla nascita la doppia cittadinanza, italiana e greca, essendo stata la sua nascita dichiarata presso l'Ufficiale dello Stato Civile nel Comune di (OMISSIS), dove i coniugi avevano fissato la residenza al momento del matrimonio, e in Grecia nel Comune di (OMISSIS). Nei mesi da (OMISSIS) il sig. (OMISSIS) si era recato tre volte ad Atene a trovare la moglie e la bambina. Ma dopo poco tempo sarebbero insorti insanabili contrasti fra i coniugi perche', secondo quanto riferisce la sig.ra (OMISSIS), il marito avrebbe voluto programmare una nuova gravidanza questa volta non medicalmente assistita (nonostante il sig. (OMISSIS) fosse all'epoca sieropositivo). Al rifiuto della (OMISSIS), (OMISSIS) avrebbe minacciato non solo una azione giudiziale per sottrazione di minore in caso di non immediato rientro in Italia e una condotta ostativa

a qualsiasi espatrio della (OMISSIS).

2. Il 20 luglio 2016 il (OMISSIS) ha depositato presso il Tribunale di Ancona ricorso per separazione esponendo una diversa versione dei fatti consistente in sostanza nel rifiuto unilaterale e immotivato della (OMISSIS) di rientrare in Italia dopo il parto e chiedendo la dichiarazione di addebito della separazione nonché l'affidamento in via esclusiva della figlia con l'adozione degli opportuni provvedimenti per il suo rientro in Italia e il divieto di espatrio senza l'autorizzazione del padre.

3. Con comparsa depositata il 31 ottobre 2016 si è costituita in giudizio la sig.ra (OMISSIS) e, in base alla versione dei fatti sopra riportata nel punto 1, ha chiesto a sua volta la dichiarazione di addebito della separazione a carico del marito e l'affido in via esclusiva della figlia.

4. Il 7 novembre 2016 il Presidente del Tribunale di Ancona ha autorizzato i coniugi a vivere separatamente e dichiarato non luogo a provvedere sulle domande relative alla minore che è nata e ha sempre risieduto in altro Stato dell'Unione Europea.

5. Con ricorso del 28 novembre 2016 (OMISSIS) ha proposto reclamo avverso la dichiarazione di non luogo a provvedere e avverso i successivi provvedimenti confermativi e ha rilevato che tale dichiarazione era viziata per il fatto che la (OMISSIS) non aveva eccepito alcun difetto di giurisdizione per ciò che concerne i richiesti provvedimenti relativi alla figlia. Ha ritenuto in ogni caso che doveva contrariamente affermarsi la giurisdizione del giudice italiano in quanto la bambina è cittadina italiana e residente anagraficamente in Italia dalla nascita.

6. Si è costituita la (OMISSIS) che ha contestato la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano affermando che l'unico criterio per la determinazione della giurisdizione è quello della residenza abituale del minore.

7. La Corte di appello di Ancona con provvedimento dell'11 gennaio 2017 ha rigettato il reclamo aderendo alla prospettazione della (OMISSIS) sulla base del disposto dell'articolo 8 del Reg.to UE n. 2201/2003 (cd. Bruxelles 2 bis).

8. Con provvedimento del 20/23 gennaio 2017 il Presidente del Tribunale di Ancona

richiamando la giurisprudenza della CGUE (sentenza Mercredi 22.12.2010 comma 497/10 §§ 54-56) e successivamente, per implicito, il giudice istruttore (con ordinanza istruttoria del 23 marzo 2018) hanno ribadito la correttezza del diniego a provvedere sulle domande relative alla minore.

9. Il Tribunale di Atene, adito dal sig. (OMISSIS) per ottenere il rientro in Italia della figlia, all'esito della pronuncia 8.6.2017 della C.G.U.E., sulla questione dell'interpretazione dell'articolo 11 § 1 del regolamento Brxl II bis, con sentenza del 14 dicembre 2017, ha accertato che non ricorre ne' l'ipotesi del trasferimento illecito ne' quella dell'illecito trattenimento del minore ai sensi dell'articolo 11 del regolamento.

10. (OMISSIS) ha proposto, quindi, regolamento di giurisdizione ex articolo 41 c.p.c., comma 1 ovvero ricorso ex articolo 360 c.p.c., comma 2, nn. 1 - 3 e ricorso ex articolo 111 Cost., comma 6 per la declaratoria della giurisdizione del giudice italiano in relazione al giudizio di separazione personale dei coniugi ovvero per la cassazione dell'ordinanza 23.3.2018 e di tutti gli atti ad essa direttamente o indirettamente ricollegabili ed in particolare il provvedimento del Presidente del Tribunale di Ancona, sez. I, del 7.11.16 che dichiara non luogo a provvedere sulle istanze relative alla minore, l'ordinanza dello stesso Presidente in data 20.1.17, e il decreto di rigetto del reclamo avverso la dichiarazione di non luogo a provvedere emesso dalla Corte di appello di Ancona in data 11 gennaio 2017. Il ricorrente ritiene che il giudice non poteva sollevare d'ufficio eccezione di difetto di giurisdizione ed emanare una pronuncia, a contenuto interinale, di non luogo a provvedere a fronte della chiara accettazione della giurisdizione italiana da parte della (OMISSIS) e della inesistenza di un procedimento in corso in Grecia che riguardasse la responsabilita' genitoriale. Ritiene inoltre che il criterio della residenza abituale deve concorrere con gli altri previsti a livello Europeo e interno e nella specie deve soggiacere al criterio della residenza abituale dell'attore ex articolo 3 del regolamento.

11. Si oppone con controricorso (OMISSIS) ed eccepisce l'inammissibilita' del ricorso, perche' proposto in violazione dell'articolo 41 c.p.c. che preclude la proposizione del ricorso per regolamento successivamente alla pronuncia di qualsiasi provvedimento, come e' avvenuto nella specie in cui sul difetto di giurisdizione si e' pronunciato sia il

giudice di primo grado che la Corte di appello in sede di reclamo, e inoltre perche' il ricorso e' stato proposto avverso provvedimenti diversi emanati in procedimenti diversi con censure fra loro contraddittorie e intese a riesaminare il merito della questione attinente alla determinazione della residenza abituale del minore. Infine per la conformita' della decisione adottata dalla Corte di appello, e ribadita implicitamente dal giudice istruttore nel 2018, alla giurisprudenza di legittimita' (SU 13912/2017 e 17676/2016) e della Corte di Giustizia.

12. Il P.G. chiede il rigetto del ricorso e la declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice italiano ritenendo non concretizzata alcuna accettazione della giurisdizione italiana da parte della (OMISSIS) fini dell'accertamento della residenza abituale, anche se la stessa si e' difesa davanti al Tribunale di Ancona opponendosi alla domanda di affidamento in via esclusiva della minore proposta dal padre e chiedendo a sua volta l'affidamento esclusivo. Ritiene che al fine di affermare una accettazione della giurisdizione italiana si sarebbe dovuta acquisire una esplicita dichiarazione in tal senso. Cio' in relazione al carattere esclusivo e vincolante del criterio di attribuzione della competenza al giudice della residenza abituale del minore. 13. La sig.ra (OMISSIS) deposita memoria difensiva.

RITENUTO

CHE:

14. Il ricorso deve essere respinto. In primo luogo va ribadito che quando nel giudizio di divorzio introdotto innanzi al giudice italiano siano avanzate domande inerenti la responsabilita' genitoriale ed il mantenimento di figli minori non residenti abitualmente in Italia, ma in altro stato membro dell'Unione Europea, la giurisdizione su tali domande spetta, rispettivamente ai sensi degli articoli 8, par. 1, del Regolamento CE n. 2201 del 2003 e 3 del Regolamento CE n. 4 del 2009, all'A.G. dello Stato di residenza abituale dei minori al momento della loro proposizione, dovendosi salvaguardare l'interesse superiore e preminente dei medesimi a che i provvedimenti che li riguardano siano adottati dal giudice piu' vicino al luogo di residenza effettiva degli stessi, nonche' realizzare la tendenziale concentrazione di tutte le azioni che li riguardano, attesa la natura accessoria della domanda relativa al

mantenimento rispetto a quella sulla responsabilita' genitoriale (Cass. civ. S.U. n. 30657 del 27 novembre 2018).

15. Inoltre, in base alla chiara disposizione dell'articolo 12 del regolamento Eurounitario, ai fini della possibilita' di escludere l'applicazione del criterio cogente della residenza abituale del minore e' necessaria una esplicita accettazione della giurisdizione anche sulla materia della responsabilita' genitoriale da parte di entrambi i coniugi, accettazione che deve essere esplicitamente e inequivocamente intervenuta alla data in cui il giudice e' stato adito con la domanda di separazione o al momento della formazione del contraddittorio, dovendo altrimenti ritenersi non derogabile il criterio esclusivo della residenza abituale del minore. La proposizione di difese e di domande riconvenzionali non integra tale piena e inequivoca accettazione della giurisdizione ma esprime solo la legittima esplicazione del diritto di difesa. Peraltro sia pure con questi requisiti che escludono qualsiasi rilevanza implicita al comportamento processuale delle parti la possibilita' di derogare al criterio della residenza abituale del minore non e' interamente nella loro disponibilita'. Lo stesso articolo 12 richiede infatti anche una valutazione sulla conformita' all'interesse del minore che e' affidata al giudice. E' pertanto da escludere che la proposizione di domanda riconvenzionale da parte della (OMISSIS) diretta a ottenere l'affidamento del minore precluda la possibilita' del rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione. Per quanto riguarda la doverosita' del decidere da parte del giudice preventivamente adito per il giudizio di separazione vi e' da rilevare che il giudice italiano adito dal sig. (OMISSIS) ha chiaramente espresso una valutazione negativa sulla giurisdizione cui legittimamente non ha inteso conferire il carattere della decisione suscettibile di passare in giudicato. Cio' rende per un verso ammissibile la proposizione del regolamento di giurisdizione ex articolo 41 c.p.c. ma per altro verso fa ritenere inesistente il preteso non liquet imputato dal ricorrente ai giudici anconetani.

16. Sotto il diverso profilo della richiesta di provvedere sul rientro della minore il ricorrente omette di considerare completamente la disciplina della Convenzione dell'Ala del 1980 recepita dal regolamento Eurounitario che prevede che la domanda di rientro del minore possa essere richiesta al giudice del luogo in cui si trova il minore nel caso di illecito trasferimento o trattenimento, ipotesi che all'evidenza non ricorrono

nella specie sulla base della stessa prospettazione fattuale di parte ricorrente e che il Tribunale di Atene, competente a decidere sulla istanza di rientro, ha escluso.

17. Quanto infine alla valutazione della ricorrenza o meno della residenza abituale della minore in Italia questa come si è appena detto è stata esclusa da entrambe le giurisdizioni adite dal ricorrente. Esclusione che questa Corte non può che condividere sul rilievo del dato incontestabile della nascita e della permanenza della bambina in Grecia sulla base di una decisione comune dei coniugi, mentre la dedotta ma contestata previsione di un tempestivo rientro in Italia dopo la nascita è venuta comunque meno per l'insorgere di un conflitto insanabile fra i coniugi e assume pertanto il contenuto di una circostanza irrilevante o comunque subvalente, ai fini dell'accertamento della residenza abituale, a fronte della considerazione della formazione in Grecia dell'ambiente affettivo fondamentale in cui vive la bambina e che costituisce sicuramente, per la sua tenera età, il centro del suo attuale universo relazionale.

18. Il ricorso va pertanto respinto con compensazione delle spese in relazione alla peculiarità fattuale della vicenda che è alla base della controversia.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese del giudizio.

Dispone omettersi l'indicazione del nominativo e di qualsiasi altro elemento identificativo delle parti nel caso di pubblicazione della presente ordinanza.

