

Provvedimento presidenziale affermativo della giurisdizione italiana e regolamento ex art. 41 c.p.c.

Cassazione civile sez. un., 05/06/2017, n. 13912. Pres. Rordorf. Rel. Campanile.

Separazione personale dei coniugi - Procedimento - Intervento P.M. - Provvedimenti - Modifica delle condizioni di separazione - Provvedimento presidenziale affermativo della giurisdizione italiana - Preclusione del regolamento ex art. 41 c.p.c. - Insussistenza - Fondamento

Il decreto presidenziale assunto in sede di modifica della separazione personale dei coniugi che, nel fissare la comparizione delle parti anche al fine dell'assunzione dei necessari provvedimenti istruttori, formuli rilievi di carattere meramente incidentale in ordine alla questione di giurisdizione sollevata dalla parte convenuta (la cui decisione, peraltro, è di competenza del collegio), non osta alla proponibilità del regolamento di giurisdizione, non esorbitando dalla funzione attribuita ai provvedimenti assunti ex art. 708 c.p.c., che è meramente provvisoria ed interinale e, dunque, priva del carattere della decisorietà.

(massima ufficiale)

FATTI DI CAUSA

1. Con ricorso depositato in data 10 aprile 2015 il signor B.M. chiedeva al Tribunale di Roma la modifica delle condizioni della separazione consensuale dalla moglie sig.ra L.L.C., già omologate dallo stesso Tribunale con decreto in data 18 dicembre 2012, chiedendo che la figlia minore B.A., nata l'(OMISSIS), fosse affidata a lui in via esclusiva, con obbligo a carico della madre di contribuire al suo mantenimento e con conseguente nuova disciplina del diritto di visita.
2. Instauratosi il contraddittorio, la convenuta eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice italiano, facendo presente che la figlia da due anni risiedeva abitualmente con lei a (OMISSIS), nello Stato di (OMISSIS).
3. Con decreto in data 28 ottobre 2015 il Presidente del Tribunale disponeva la comparizione personale delle parti, rilevando che l'eccezione preliminare della convenuta non appariva condivisibile, perchè il provvedimento di modifica delle condizioni della separazione aveva natura "integrativa" di quello di separazione, in relazione al quale la signora L.L.C. aveva accettato la giurisdizione del giudice italiano.
4. La signora L.L.C. ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 41 cod. proc. civ. affinché sia risolta la questione relativa alla giurisdizione.

5. il sig. B. ha resistito con controricorso, eccependo in primo luogo l'inammissibilità del ricorso e sostenendo la giurisdizione del giudice italiano.

5. Il Procuratore Generale, al quale gli atti sono stati trasmessi ai sensi dell'art. 380 ter cod. proc. civ., ha chiesto dichiararsi il difetto di giurisdizione del giudice italiano, rilevando che nella specie la domanda attiene esclusivamente alla responsabilità genitoriale e che, quindi, deve operare il principio della vicinanza, fondato sulla residenza abituale della figlia minore, che pacificamente è inserita nel contesto sociale, scolastico e relazionale della cittadina dello Stato di (OMISSIS) in cui vive con la madre, trattandosi, per altro, di criterio non prorogabile;

6. Le parti hanno depositato memorie ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ..

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo si deduce violazione dell'art. 12 del Regolamento U.E. n. 2201 del 27 novembre 2003: l'accettazione della giurisdizione del giudice italiano nel procedimento di separazione sarebbe stato erroneamente riferito - nel corso dello stesso - anche al successivo procedimento di revisione, laddove la norma testè richiamata, al n. 2, lett. b), prevede che "la competenza esercitata ai sensi del paragrafo 1 (domande di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio)", cessa non appena la decisione che accoglie o respinge la domanda di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio sia passata in giudicato".

1.1. Sotto altro profilo si denuncia la violazione della L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 36, riferibile esclusivamente ai rapporti di natura sostanziale tra genitori e figli.

2. Con il secondo mezzo si denuncia l'omesso esame di un punto decisivo, per non essersi considerato che il padre della minore, indipendentemente dalle risultanze anagrafiche, si era trasferito in (OMISSIS), dove aveva avviato un'attività commerciale.

3. La terza censura riguarda l'interpretazione della citata L. n. 218 del 1995, art. 37, secondo cui la giurisdizione italiana sussiste "anche quando uno dei genitori o il figlio è cittadino italiano o risiede in Italia", nel senso che dovrebbe in ogni caso riconoscersi la primazia, affermata dalle fonte internazionali, della residenza abituale del minore; in via subordinata, si denuncia l'illegittimità di tale norma per contrasto con gli artt. 10 e 25 Cost..

4. In primo luogo deve disattendersi l'eccezione di inammissibilità del regolamento sollevata nel controricorso e fondata sulla emissione, nell'ambito del procedimento pendente davanti al giudice del merito, di un provvedimento in data 28 ottobre 2015, nel quale si dichiara che la competenza giurisdizionale appartiene al giudice italiano.

Il provvedimento suddetto, emesso all'esito di udienza presidenziale, pur contenendo rilievi in merito alla questione di giurisdizione sollevata dalla convenuta, non è ostativo alla proponibilità del regolamento di giurisdizione in quanto, essendosi concluso con l'ordine di comparizione personale delle parti "al fine di valutare anche la necessità di assunzione di provvedimenti di natura istruttoria", non esorbita dalla funzione, attribuita ai provvedimenti presidenziali emessi ai sensi dell'art. 708 cod. proc. civ., meramente provvisoria ed interinale, con esclusione del carattere della decisorietà (Cass., 3 luglio 2014, n. 15186; Cass., 27 aprile 2006, n. 9688; Cass. 17 maggio 2002, n. 7299). Deve pertanto ribadirsi

che la mera delibazione, in via incidentale, in ordine al tema della giurisdizione, contenuta in un provvedimento che, come chiaramente si desume anche dalla parte dispositiva, ha carattere meramente istruttorio ed è quindi privo di natura decisoria - essendo per altro nella specie ogni pronuncia riservata al collegio e non al presidente del tribunale - non può ritenersi preclusiva della proposizione del ricorso per regolamento di giurisdizione (Cass., Sez. U, 20 febbraio 2013, n. 4218; Cass., Sez. U., 27 novembre 2011, n. 22382).

4.1. Deve per altro affermarsi l'irrilevanza - per i fini che qui interessano - di ogni provvedimento - come quello depositato in data 8 gennaio 2016 e richiamato nel controricorso - emesso in epoca successiva alla proposizione dell'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione: deve invero ribadirsi che qualsiasi decisione di merito pronunciata dopo l'esperimento del regolamento preventivo di giurisdizione, in quanto condizionata alla conferma del potere giurisdizionale, non preclude la decisione sul regolamento medesimo, essendo inidonea a far venire meno l'interesse del ricorrente a coltivarlo (Cass. Sez. U, 16 maggio 2014, n. 10823; Cass., Sez. U, 23 maggio 2005, n. 10703).

4.2. Va infine osservato che tanto per le ragioni indicate, quanto per la stessa volontà manifestata al riguardo dalle parti, non può attribuirsi rilievo al successivo accordo di natura interinale, desumibile dal verbale dell'udienza in data 11 ottobre 2016, con i quali i genitori hanno previsto "in pendenza del regolamento di giurisdizione", e fino al momento della relativa decisione, l'affidamento temporaneo della figlia al padre.

5. Occorre preliminarmente ribadirsi l'assoluta autonomia fra il giudizio di separazione e il successivo procedimento inerente alla revisione, in presenza di circostanze obiettive sopravvenute, delle relative condizioni: trattandosi di "novum iudicium", sebbene ricollegato, in base al suo carattere di giudicato "rebus sic stantibus", al regolamento attuato con la decisione divenuta definitiva o con l'omologa della separazione consensuale non più reclamabile (cfr., in tema di competenza, Cass., 22 marzo 2001, n. 4099; Cass. Sez. U, 16 gennaio 1991, n. 381), non può condividersi la tesi secondo cui l'accettazione della giurisdizione italiana da parte della signora L.L.C. nel giudizio di separazione personale riverbererebbe la sua efficacia anche nel giudizio di revisione. In realtà, indipendentemente dall'evidenziata autonomia dei giudizi, che trova uno specifico riferimento nel pur invocato art. 12, par. 2, lett. a) del citato regolamento n. 2201 del 2003, deve ribadirsi che il criterio di attribuzione della giurisdizione fondato sulla c.d. vicinanza, dettato nell'interesse superiore del minore (Corte giustizia, 5 ottobre 2010, in causa 296/10), assume una pregnanza tale da comportare anche l'esclusione della validità del consenso del genitore alla proroga della giurisdizione (Cass., Sez. U, 30 dicembre 2011, n. 30646).

6. Ai fini della risoluzione della questione di giurisdizione in esame, deve individuarsi in primo luogo l'esatta portata della domanda proposta dal sig. B. al Tribunale di Roma. Sotto tale profilo, come correttamente posto in evidenza dal Procuratore Generale, non è dubitabile che l'azione, sia pure prospettata come modifica delle condizioni della separazione, è unicamente rivolta all'affidamento della figlia minore al padre. Infatti il ricorrente, premesso che nell'ambito delle condizioni della separazione omologate era previsto che la madre e la figlia trasferissero la propria residenza nello Stato di (OMISSIS), e che tale trasferimento era stato

attuato sin dall'anno 2013, ha chiesto l'affidamento in via esclusiva della figlia.

Si verte, pertanto, esclusivamente in materia di responsabilità genitoriale, in un caso in cui la figlia minore, che possiede sia la cittadinanza italiana che quella americana, da tempo risiede abitualmente in uno stato non membro dell'Unione Europea.

7. Come già affermato da questa Corte (Cass., Sez. U, 9 gennaio 2001, n. 1), la doppia cittadinanza della minore, italiana e americana, rende applicabile il principio secondo cui ai fini del riparto della giurisdizione e della individuazione della legge applicabile, i provvedimenti in materia di minori devono essere valutati in relazione alla funzione svolta; pertanto quelli che, pur incidendo sulla potestà dei genitori, perseguono una finalità di protezione del minore, rientrano nel campo di applicazione della L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 42, il quale rinvia alla Convenzione de L'Aja del 5 ottobre 1961. Invero nel caso di minore con doppia cittadinanza non può applicarsi l'art. 4 della Convenzione, che stabilisce la prevalenza delle misure adottate dal giudice dello Stato di cui il minore è cittadino su quelle adottate nel luogo di residenza abituale.

Mette conto di sottolineare come l'ampiezza dell'ambito di applicazione, sotto il profilo oggettivo, del richiamo della citata L. n. 218 del 1995, art. 42 all'art. 1 della richiamata Convenzione dell'Aja, anche con riferimento alle misure relative ai figli minori che vengono adottate in sede di separazione personale o di divorzio dei genitori, trova giustificazione nella circostanza che l'Italia non si è avvalsa della facoltà, prevista dall'art. 15 della Convenzione stessa, di creare una competenza speciale per le misure attinenti ai minori.

Il riferimento alla residenza abituale del minore, anche con riferimento all'ipotesi in cui la stessa si verifichi in uno Stato terzo, del resto, è stato di recente ribadito, proprio in materia di affidamento di figlio minore, da questa Corte (Cass. Sez. U, 19 gennaio 2017, n. 1310), che ha affermato che il parametro della residenza abituale, posto a salvaguardia della continuità affettivo relazionale del minore, non è in contrasto ma, al contrario, valorizza la preminenza dell'interesse del minore (Cass., 22 luglio 2014, n. 16648 del 2014).

8. Tanto premesso, la circostanza della residenza abituale della minore negli Usa a partire dall'anno 2013 risulta pacificamente dagli atti di causa, ragion per cui deve affermarsi il difetto di giurisdizione del giudice italiano.

9. Il regolamento delle spese, liquidate come in dispositivo, segue il criterio della soccombenza.

10. Va altresì disposto che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati significativi.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso e dichiara il difetto di giurisdizione del giudice italiano. Condanna il resistente al pagamento delle spese del presente regolamento, liquidate in Euro 4.200,00, di cui Euro 200,00 per compensi, oltre agli accessori di legge.

Dispone che in caso di diffusione del presente provvedimento siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi.

Così deciso in Roma, il 7 febbraio 2017.

Depositato in Cancelleria il 5 giugno 2017.