

COMPETENZA E GIURISDIZIONE CIVILE

Regolamento di competenza

PROCEDIMENTO CIVILE

Legittimazione attiva e passiva

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SCALDAFERRI Andrea - Presidente -

Dott. DI MARZIO Mauro - rel. Consigliere -

Dott. MERCOLINO Guido - Consigliere -

Dott. CARADONNA Lunella - Consigliere -

Dott. FIDANZIA Andrea - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 29834/2019 proposto da:

C.L., elettivamente domiciliato in Roma, Via dei Gracchi n. 128, presso lo studio dell'avvocato Pietrolucci Renzo Maria, che lo rappresenta e difende, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

S.F., elettivamente domiciliato in Roma, Via Filippo Ermini n. 68, presso lo studio dell'avvocato Pagano Geraldine Florence, che lo rappresenta e difende, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositato il 03/07/2019;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 12/05/2021 dal cons. Dott. DI MARZIO MAURO.

Svolgimento del processo

CHE:

1. - S.F., cittadino italiano, ha agito in giudizio nei confronti di C.L., cittadina (OMISSIS), e dopo aver premesso di aver intrattenuto con la convenuta una relazione dalla quale era nata, il (OMISSIS), a (OMISSIS), una bambina, C.D.L., anche lei, secondo quanto riferito in atti, di cittadinanza (OMISSIS), ha chiesto provvedersi "per collocamento, affidamento e mantenimento di figlio nato fuori dal matrimonio".

2. - L'adito Tribunale di Roma, provvedendo nel contraddittorio con la C., dopo aver disposto il divieto di espatrio della minore, con decreto del 24 marzo 2017, ha pronunciato l'affidamento della medesima ad entrambi i genitori, ordinando il suo rientro in Italia, per essersi trasferita medio tempore con la madre e con il marito di lei in (OMISSIS), e regolando tempi e modalità di frequentazione padre-figlia, con ulteriori statuizioni qui non rilevanti.

3. - C.L. ha proposto reclamo che, nel contraddittorio con il S., la Corte d'appello di Roma, con decreto del 3 luglio 2019, ha respinto, regolando di conseguenza le spese di lite.

La motivazione addotta dalla Corte territoriale merita di essere trascritta per intero: "Tanto premesso ritiene la Corte che, contrariamente a quanto dedotto dalla reclamante, il primo giudice ha ben motivato la sussistenza della giurisdizione italiana, la legittimazione del S. in quanto padre di D., che ha riconosciuto come da certificato prodotto in atti e come neanche contestato dalla reclamante, la residenza abituale della minore in Italia, precisamente a Roma, sino al momento in cui la C. decideva, dopo che il S. aveva adito il giudice italiano per regolamentare le questioni relative all'affidamento, collocamento, frequentazioni e mantenimento della bambina, di trasferirsi con la figlia in (OMISSIS) sottraendosi al giudice italiano e portando via la figlia al padre. Ebbene, come ha correttamente rilevato il Tribunale non risulta contestata la paternità del S., che deve ritenersi, dunque, il padre della minore per ciò stesso legittimato a chiedere - ancorchè fosse stato privato della responsabilità penale o come assume la reclamante non l'abbia mai avuta - tutti provvedimenti nell'interesse della figlia e a tutela della sua genitorialità. Peraltro, deve osservarsi che, quanto alla residenza abituale della minore, è la stessa

reclamante che anche nel reclamo afferma che D. ha vissuto a Roma i primi tre anni di vita - vedi pag. 9 dei reclamo la minore D. ha lasciato l'Italia quando aveva poco più di tre anni il che equivale a dire che alla data di introduzione del giudizio di primo grado nel 2016 la bambina risiedeva abitualmente in Italia, con ciò confermando le argomentazioni svolte dal Tribunale. Vanno richiamate le disposizioni di cui alla L. n. 218 del 1995, artt. 37 e 36 bis che sanciscono che in materia di filiazione e di rapporti personali fra genitori e figli la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti negli artt. 3 e 9, anche quando uno dei genitori o il figlio è cittadino italiano o risiede in Italia e che, nonostante il richiamo ad altra legge si applicano in ogni caso le norme di diritto italiano che attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale, stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di provvedere al mantenimento del figlio e attribuiscono al giudice il potere di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio. Ha ben chiarito il Tribunale che avendo le parti, comunque, entrambi la cittadinanza di stati membri della comunità Europea per essere il S. cittadino italiano e la C. cittadina (OMISSIS) - oltre ad avere la cittadinanza israeliana - sussiste la competenza del giudice italiano ex art. 8 del Regolamento (CE) per le domande relative alla responsabilità genitoriale (Ndr: testo originale non comprensibile) - come deve ritenersi nel caso di specie per quanto sopra detto - ha là residenza abituale nello Stato alle data di introduzione del giudizio promosso. Come ha già evidenziato il primo giudice la paternità del S. incontestata - e comunque c'eventuale impugnazione del riconoscimento dovrebbe avvenire in altra sede - e, quindi, deve ritenersi che il predetto sia a tutti gli effetti il padre della minore e come tale era legittimato solo per questo a promuovere il giudizio ex art. 337 ter c. c.. Del resto la stessa C. ha ribadito la veridicità del riconoscimento ma ha anche consentito al S. di partecipare pienamente alla vita della figlia non solo sotto il profilo materiale - vedi la documentazione relativa ai bonifici effettuati per il suo mantenimento - ma anche relazionale ed affettivo - vedi quanto prodotto a riprova delle relazioni padre-figlia, alle frequentazioni anche con pernottato. Ebbene, tutto ciò consente di ritenere che persino la reclamante riconoscesse al S. - perlomeno sino ad una certa data - le prerogative della di lui paternità, ivi compresa la responsabilità genitoriale nei confronti di D.. La situazione si è modificata a seguito della relazione della reclamante con quello che sarebbe diventato suo marito, oltre che padre delle altre due figlie, avendo iniziato da allora ad ostacolare i rapporti padre-figlia impedendone ogni contatto già nell'anno precedente la presentazione del ricorso e così inducendo l'odierno resistente a promuovere l'azione ex art. 337 ter cc.. La puntuale motivazione del Tribunale e le risultanze tutte in atti consentono di ritenere sufficientemente riscontrata la competenza del giudice italiano a provvedere sulle domande del S. e la legittimazione di questi. Tanto consente di disattendere la richiesta della reclamante di dichiarare lei sola titolare della potestà genitoriale" sulla figlia. Nel merito, vanno condivise le valutazioni del primo giudice anche quanto all'insussistenza di elementi ostativi all'affidamento della minore ad entrambi i genitori non essendo emersi elementi contrari, allo stato, all'applicazione del regime preferenziale atteso il pieno coinvolgimento del padre nella vita della figlia, avendo il predetto già prima del riconoscimento assunto il ruolo e le responsabilità, partecipato al mantenimento di D. con versamenti regolari ed adeguati alle di lei esigenze nonchè collaborando con la C. ed occupandosene anche venendo incontro alle esigenze organizzative legate all'attività lavorativa di quest'ultima - vedi messaggi in atti intercorsi tra le parti - Ritiene la Corte di dover confermare anche la decisione del Tribunale quanto alla necessità di rientro della minore in Italia, avendo il primo giudice ampiamente motivato sulle pregiudizievoli modalità con cui la C. ha ritenuto di sottrarre la figlia al suo contesto abituale di vita e di relazioni che, sino al momento in cui il S. ha introdotto il giudizio di primo grado, era in Roma, dove viveva con la madre e il marito di questa, città nella quale sino a poco tempo prima aveva anche potuto frequentare il padre. Ebbene, censurabile è il comportamento della madre che, a fronte di un diverso progetto di vita per sè e la figlia, anzichè ricorrere all'A.G. per ottenere l'autorizzazione a trasferirsi con la minore in altro paese spiegando le ragioni legate all'interesse della minore, decideva di allontanarsi insieme alla bambina, trasferendosi in (OMISSIS) e così sottraendo la minore al suo contesto di vita e al padre. La decisione del Tribunale ha certamente dato atto della gravità della condotta della resistente, che si è "fatta giustizia da sola" non ottemperando al provvedimento emesso dall'A.G. che disponeva il divieto di espatrio per D. neanche ritenendo di comparire alle diverse udienze quanto meno al fine di rappresentare al giudice precedente le ragioni per cui il trasferimento in altro Stato sarebbe nell'interesse di D., ma si tratta, comunque, di decisione assunta nell'esclusivo interesse della minore considerato che normalmente l'interesse di ogni bambino è di crescere potendo contare su entrambi i genitori, tenuti a collaborare e a condividere le scelte e le decisioni riguardanti i figli. Certo nessuno può impedire ad un genitore di trasferirsi altrove ma in assenza di accordo tra genitori la decisione di quale debba essere la residenza del minore -se con l'uno o l'altro genitore- spetta all'A.G. che dovrà decidere nel preminente interesse del figlio. Allo stato, l'allontanamento di D. dal padre non è nell'interesse della bambina che ad oggi non sa che il S. è suo padre, chiama "papà" il marito della madre mentre il papà lo chiama " F. " - prima del trasferimento lo chiamava papà - e che non chiama più "nonni"

i nonni paterni, che ora chiama per nome. D., che fino all'età di tre anni andava all'asilo a Roma, ora non parla più italiano, ha cancellato i suoi primi tre anni di vita e non le è più stato consentito di frequentare il padre da sola. Tutto questo non è certo nell'interesse della bambina, che ha diritto di sapere chi è il padre, di conoscere e frequentare liberamente la famiglia paterna e di sapere quale è la sua corretta identità. Tanto le viene tuttora impedito avendo per lei deciso tutto sua madre, convinta che per cancellare ad una figlia il padre sia sufficiente trasferirla nottetempo in un altro Stato - non rilevando se sia avvenuto a settembre o a luglio - costruendole una diversa identità familiare, rinnegando quel padre che non ritiene, a suo esclusivo e insindacabile giudizio, "legalmente il padre della minore". Queste considerazioni convincono che sia nell'interesse di D. ad una reale bigenitorialità il mantenimento della residenza a Roma, ove già si trovava al momento dell'introduzione del procedimento, considerato che in Italia vive e lavora il padre - ancorchè abbia la residenza anagrafica a Padova- e qui la bambina ha avuto la sua vita e ha costruito le sue relazioni prima di essere illegalmente allontanata. Solo il rientro a Roma garantirà a D. di "riconoscere" la sua vera paternità rimpossessandosi di quella identità che la madre ha voluto alienarle".

4. - Per la cassazione del decreto C.L. ha proposto ricorso per tre mezzi e depositato memoria. In prossimità dell'udienza ha inoltre depositato istanza di rimessione alle Sezioni Unite.

5. - S.F. resiste con controricorso illustrato da memoria.

Motivi della decisione

CHE:

6. - Il ricorso contiene tre motivi.

6.1. - Il primo di essi denuncia "mancanza di una reale motivazione - mera riproposizione acritica delle affermazioni del giudice di primo grado - art. 360 c.p.c., n. 3".

Si sostiene, per l'appunto, che la motivazione sarebbe meramente apparente, e per lo più improntata ad un atteggiamento punitivo verso l'attrice.

6.2. - Il secondo mezzo denuncia "difetto di legittimazione attiva difetto e carenza di motivazione - errore in diritto - art. 360 c.p.c., n. 3".

La ricorrente addebita in buona sostanza alla Corte di appello di non aver risposto, se non attraverso un acritico rinvio agli argomenti svolti dal Tribunale, all'eccezione di difetto di legittimazione attiva in ordine alla domanda spiegata ai sensi dell'art. 337 ter c.c., eccezione da essa C. spiegata, sul rilievo che il S. non poteva essere considerato padre della minore, non avendo effettuato il riconoscimento in Italia, e neppure poteva ritenersi titolare di responsabilità genitoriale in forza di un riconoscimento effettuato in Francia, ma che detta responsabilità non comportava.

6.3. - Il terzo mezzo denuncia "illogicità e carenza di idonea motivazione - carenza di giurisdizione del Tribunale - errore di diritto - art. 360, n. 3".

La censura concerne il radicamento della giurisdizione in Italia, che il Tribunale ha affermato in riferimento all'art. 17 e all'art. 8 del regolamento CE 2201/2003.

Si sostiene, anzitutto, che la Corte d'appello avrebbe errato a ritenere che la minore avesse la residenza abituale Roma, dal momento che ella era sempre stata invece residente a (OMISSIS), in un contesto di ampio radicamento familiare, esteso alla presenza dei nonni materni e paterni, oltre che scolastico e relazionale, tanto più che nessun legame sussisteva più con Roma, considerato che il padre viveva a (OMISSIS).

RITENUTO CHE:

7. - Il ricorso va accolto.

7.1. - I tre motivi, che per il loro collegamento possono essere simultaneamente esaminati, sono manifestamente fondati nei termini e nei limiti che seguono.

7.2. - Occorre anzitutto sgombrare il campo da possibili dubbi in ordine alla giurisdizione del giudice italiano: ciò, in particolare, perchè la C., con istanza depositata in vista dell'adunanza fissata per la decisione sul ricorso, ha chiesto rimettersi il suo esame alle Sezioni Unite, trattandosi di ricorso che solleverebbe una questione di giurisdizione.

Ma in ciò la tesi della ricorrente non ha fondamento.

E' difatti agevole constatare che, secondo quanto risulta dal decreto impugnato, pagina 2, la C., con il reclamo ha chiesto: "riformare il decreto reclamato accertando che la reclamante esercita da sola la responsabilità genitoriale sulla figlia minore e per l'effetto modificare il decreto stabilendo che la C. può continuare a risiedere con la figlia D.L. a (OMISSIS) e che il padre potrà continuare a vedere la figlia in (OMISSIS)". Lungi dal rimettere in discussione la giurisdizione del giudice italiano, dunque, dette conclusioni la danno per riconosciuta. Nè emerge dalla narrativa del ricorso, neppure approssimativamente, che con il reclamo in appello la C. avesse sollevato la questione di giurisdizione del

giudice italiano, questione su cui la Corte d'appello del resto neppure si cimenta.

Ergo, la questione di giurisdizione (della quale si è invece occupato il Tribunale, secondo quanto emerge anche alla pagina 4 del decreto della Corte d'appello: "il primo giudice ha ben motivato la sussistenza della giurisdizione italiana") è coperta da giudicato implicito per non essere stata sollevata in appello, il che ben può essere rilevato dalla sezione semplice (v. p. es. Cass. 11 marzo 2021, n. 6833).

Ciò esime dall'osservare che sul punto sarebbe comunque sceso il giudicato a seguito della proposizione del ricorso per cassazione, perchè nel ricorso un motivo di giurisdizione, o se non altro un comprensibile motivo di giurisdizione, non c'è affatto.

Invero, il terzo mezzo menziona in rubrica "carenza di giurisdizione del Tribunale", ma il motivo si sofferma poi, in realtà, sulla residenza della minore allo scopo di evidenziare (non l'insussistenza della giurisdizione italiana, non si sa del resto in favore di quale altra, bensì) la sostanziale erroneità della decisione adottata, per non essersi rappresentata la Corte d'appello che la vita della minore non è affatto a Roma, ma è a (OMISSIS), sicchè il suo interesse è restare a (OMISSIS) e non tornare a Roma. In definitiva per aver adottato una motivazione che, nel linguaggio di questa Corte, si colloca al di sotto del "minimo costituzionale".

Dunque sulla giurisdizione del giudice italiano si è formato il giudicato.

7.3. - La C. ha formulato un'eccezione di difetto di legittimazione attiva del S. ad instare per l'adozione dei provvedimenti richiesti, secondo la previsione dell'art. 337 ter c.p.c., eccezione fondata su due distinti argomenti, collocati in ordine di evidente subordinazione logico-giuridica:

-) per un verso perchè esso S. non aveva veste giuridica di genitore della minore, non avendola riconosciuta secondo il diritto italiano;

-) per altro verso perchè, anche a voler riconoscere valore al riconoscimento effettuato in Francia, esso non conferiva alcuna responsabilità genitoriale al padre, essendo intervenuto oltre un anno dopo il riconoscimento da parte della madre.

7.4. - Orbene, lasciando per ora da parte il secondo argomento, su cui si tornerà più avanti, è agevole constatare che, con riguardo al primo, la Corte territoriale ha dato una risposta palesemente errata, laddove ha affermato, senza ulteriori spiegazioni, che "non risulta contestata la paternità del S."

Il giudice di merito è in tal modo incorso in evidente confusione tra il fatto biologico della procreazione (ammesso, ma non concesso, che sia pur rispetto ad esso possa assumere per noi rilievo risolutivo il congegno della non contestazione), e l'acquisto dello status di filiazione in capo ai figli nati al di fuori del matrimonio: status che, ovviamente, non ha alcun senso intendere così e semplicemente come "pacifico", ma che intanto può essere riconosciuto, in quanto la fattispecie acquisitiva dello status medesimo, secondo la disciplina giuridica applicabile, qui ancora da individuare, sia rimasta integrata.

7.5. - E dunque occorre per prima cosa che la Corte d'appello, tenuto conto delle peculiarità del caso, trattandosi di minore con cittadinanza (si badi: almeno) (OMISSIS), si interrogasse su quale fosse detta disciplina, al fine di stabilire, a fronte dell'eccezione menzionata, se il S. rivestisse, sul piano giuridico, la qualità di padre della minore: per l'ovvia considerazione che proprio in tale veste - nè avrebbe potuto essere altrimenti - egli ha sollecitato, ai sensi degli artt. 337 bis c.c. ss., il rilascio di provvedimenti "per collocamento, affidamento e mantenimento di figlio nato fuori dal matrimonio".

7.6. - E' cosa nota che mancano regolamenti Europei posti a disciplinare la materia della filiazione, neppure potendo farsi applicazione, al riguardo, della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, anch'essa concernente non la filiazione ma la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori.

Occorre dunque, al fine di individuare la norma di conflitto, por mente alla legge di riforma del diritto internazionale privato, ossia alla L. n. 218 del 1995, nel testo applicabile *ratione temporis*, la quale all'art. 33 (la Corte d'appello, richiamando l'art. 37, ha mostrato di confondere la norma sulla giurisdizione con la norma di conflitto), sotto la rubrica "Filiazione", stabilisce che: "1. Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita. 2. La legge individuata ai sensi del comma 1 regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio; qualora la legge così individuata non permetta l'accertamento o la contestazione dello stato di figlio si applica la legge italiana. 3. Lo stato di figlio, acquisito in base alla legge nazionale di uno dei genitori, non può essere contestato che alla stregua di tale legge; se tale legge non consente la contestazione si applica la legge italiana. 4. Sono di applicazione necessaria le norme del diritto italiano che sanciscono l'unicità dello stato di figlio".

7.7. - L'odierna ricorrente assume, come si è detto, che la minore avrebbe cittadinanza (OMISSIS). E il controricorrente non replica sullo specifico punto. E, però, secondo l'art. 1 della L. 5 febbraio 1992, n. 91: "E' cittadino per nascita: a) il figlio di padre o di madre cittadini". Il che val quanto dire che, in applicazione della disciplina dello *ius sanguinis*, se fosse figlia di S.F., C.D.L. sarebbe, almeno in linea di

principio e per regola generale, cittadina (anche) italiana.

Nel che non sembra si annidi - è bene dire - in relazione al dettato della L. n. 218 del 1995, art. 33, comma 1 come potrebbe ad un primo impatto apparire, un irresolubile circolo vizioso: in effetti, per i fini del riconoscimento della cittadinanza, quale presupposto di applicazione del citato art. 33, è facile osservare che C.D.L. non è figlia di S.F., e ciò per il semplice fatto che - non profilandosi al riguardo una questione internazionalprivatistica - occorre aver riguardo alla normativa interna, secondo cui il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio richiede l'osservanza di specifici requisiti formali, che il codice civile stabilisce all'art. 254 c.c., in relazione all'art. 250 c.c.: requisiti che nella specie non risultano integrati, dal momento che il riconoscimento non è stato fatto nell'atto di nascita, nè con apposita dichiarazione davanti ad un ufficiale dello stato civile o in un atto pubblico (giacchè questo richiede di essere redatto da un pubblico ufficiale abilitato ad attribuirgli pubblica fede, ossia da un pubblico ufficiale anzitutto italiano: v. Cass. 22 febbraio 2018, n. 4379; Cass. 7 luglio 2006, n. 15580; Cass. 14 gennaio 2003, n. 367; Cass. 20 maggio 1999, n. 4915), nè in un testamento.

7.8. - Dunque, la Corte d'appello avrebbe dovuto stabilire, ai sensi dell'art. 33, quale sia la legge nazionale della minore, tale da regolare la filiazione, avuto riguardo alla sua cittadinanza (OMISSIS), salvo a non stabilire che v'è una legge più favorevole, individuata in applicazione della stessa norma, tenuto conto che il giudizio in proposito, volto cioè all'individuazione della legge più favorevole, va compiuto nell'ottica del favor filiationis.

7.9. - Una volta individuata la legge applicabile, la Corte d'appello avrebbe dovuto conseguentemente verificare, in base ad essa, se il S. sia per legge il padre della minore.

7.10. - Una volta ipoteticamente riconosciuta al S. la veste di padre di C.D.L., per ipotesi per diritto (OMISSIS), la Corte d'appello avrebbe dovuto misurarsi con il precetto dettato dall'art. 372 code civil, secondo cui: "1. Les pere et mere exercent en commun l'autorité parentale. 2. Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant. 3. L'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales".

Su tale previsione, invocata dalla C. al fine di dimostrare che il S. era privo di responsabilità genitoriale, in applicazione del comma 2, prima parte ("celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale"), e dunque non poteva invocare "collocamento, affidamento e mantenimento di figlio nato fuori dal matrimonio", inspiegabilmente, la Corte d'appello ha taciuto.

7.11. - Una volta superato detto scoglio, ove ritenuta la paternità e la responsabilità genitoriale del S., la Corte d'appello avrebbe dovuto rispondere alle doglianze della C., la quale, come si è visto ha sostanzialmente sostenuto che il provvedimento impugnato non avrebbe tenuto conto della reale situazione ed interesse della bambina.

Si è già visto che la Corte d'appello ha valorizzato quella che ha ritenuto essere la situazione della bambina al momento del trasferimento a (OMISSIS), giacchè " D. ha vissuto a Roma i primi tre anni di vita... il che equivale a dire che alla data di introduzione del giudizio di primo grado nel 2016 la bambina risiedeva abitualmente in Italia", la qual cosa indurrebbe a "confermare... la decisione del Tribunale quanto alla necessità di rientro della minore in Italia, avendo il primo giudice ampiamente motivato sulle pregiudizievoli modalità con cui la C. ha ritenuto di sottrarre la figlia al suo contesto abituale di vita e di relazioni", di guisa che sarebbe "censurabile... il comportamento della madre che, a fronte di un diverso progetto di vita per sè e la figlia, anzichè ricorrere all'A.G. per ottenere l'autorizzazione a trasferirsi con la minore in altro paese spiegando le ragioni legate all'interesse della minore, decideva di allontanarsi insieme alla bambina, trasferendosi in (OMISSIS) e così sottraendo la minore al suo contesto di vita e al padre"; il tutto con la finale conclusione che la decisione del Tribunale sarebbe stata "assunta nell'esclusivo interesse della minore considerato che normalmente l'interesse di ogni bambino è di crescere potendo contare su entrambi i genitori", sicchè sarebbe infine "nell'interesse di D. ad una reale bigenitorialità il mantenimento della residenza a Roma, ove già si trovava al momento dell'introduzione del procedimento".

Orbene, la motivazione addotta dalla Corte territoriale non risponde, nei limiti del "minimo costituzionale", alla previsione che la Corte territoriale era chiamata ad applicare, ossia l'art. 337 ter c.c., laddove stabilisce che il giudice deve adottare i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa, valutando prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori, oppure stabilendo a quale di essi i figli sono affidati.

Ciò detto, occorre rammentare, in generale, che le valutazioni di condotte umane normativamente richieste al giudice non possano essere compiute in adesione a mere opinioni del giudice medesimo, e non

possano essere cioè frutto di soggettivistiche sue impressioni e/o suggestioni (cfr., sia pur ad altro riguardo, Cass. 9 luglio 2020, n. 14671; Cass. 10 giugno 2010, n. 11170; Cass. 29 ottobre 2020, n. 23891).

Nella specie, le considerazioni espresse nel decreto non riescono ad occultare la sussistenza di un giudizio morale, che risponde a una mera opinione personale del giudicante del merito. Ed invero, questi si è limitato ad opinabili divagazioni di stampo talora moraleggiante ("chiama "papà" il marito della madre mentre il papà lo chiama " F.""), le quali paiono far leva, per di più sulla base di un suggestivo tratteggio non si sa su quali risultanze istruttorie fondato ("sua madre, convinta che per cancellare ad una figlia il padre sia sufficiente trasferirla nottetempo in un altro Stato": nottetempo?) essenzialmente sul dato, in sé non certo risolutivo (non insignificante, beninteso, ove espressivo di un disinteresse verso provvedimenti giudiziari mirati all'interesse del minore, ma non univocamente risolutivo) per i fini della verifica dell'interesse del minore, della ritenuta inosservanza del divieto di suo espatrio ("la resistente, che si è "fatta giustizia da sola" non ottemperando al provvedimento emesso dall'A.G. che disponeva il divieto di espatrio per D."), come se lo scrutinio avesse ad oggetto non l'interesse della minore, ma un delitto di lesa maestà, per di più omettendo la verifica di aspetti ("non rilevando se sia avvenuto a settembre o a luglio") evidentemente di peso tutt'altro che irrilevante allo scopo di accertare se il trasferimento avesse a fondamento un mero escamotage per sottrarsi all'ordine in questione, od un vero progetto di vita tale da coinvolgere armonicamente la minore.

Tutto ciò non ha nulla a che vedere con quanto l'applicazione del citato art. 337 bis c.p.c. imponeva di fare.

E' cosa lapalissiana, che, come osserva la Corte territoriale, "normalmente l'interesse di ogni bambino è di crescere potendo contare su entrambi i genitori": ma, naturalmente, quando siffatta propizia combinazione si verifica, non è neppure consueto che il giudice sia chiamato a pronunciarsi in proposito. Il punto è che non sempre detto interesse può trovare piena soddisfazione: ed è tale il caso in cui occorre che il giudice soccorra per l'individuazione, in concreto e non sulla base di vuoti parametri astratti, dell'interesse morale e materiale della prole, secondo la previsione del citato art. 337 ter, che deve guidare la ricerca della miglior soluzione di collocamento.

Uno dei casi in cui ciò accade, tra gli altri ipotizzabili, è quello in cui i genitori divertunt, anche localizzando le proprie residenze in luoghi remoti l'uno dall'altro, nel qual caso l'irrealistica invocazione della litania della "bigenitorialità" ha ben poco senso, a fronte della non agevolmente colmabile distanza tra l'uno e l'altro.

Ora, la situazione descritta non è affatto nuova nella giurisprudenza di questa Corte, la quale ha già avuto modo di porre in evidenza che "il giudice non ha il potere d'imporre all'uno o all'altro dei coniugi stessi di rinunciare a un progettato trasferimento, che del resto corrisponde a un diritto fondamentale costituzionalmente garantito... Il giudice non può che prendere atto delle determinazioni al riguardo assunte dell'interessato e regolarsi di conseguenza nella decisione, che gli compete, sull'affido e il collocamento dei figli minori. Nessuna norma, inoltre, impone di privare il coniuge che intenda trasferirsi, per questo solo fatto, dell'affido o del collocamento dei figli presso di sé; la decisione del giudice è discrezionale e deve ispirarsi... al superiore interesse dei figli minori. In altri termini, di fronte alle scelte insindacabili sulla propria residenza compiute dei coniugi separati, i quali non perdono, per il solo fatto che intendono trasferire la propria residenza lontano da quella dell'altro coniuge, l'idoneità ad essere collocati dei figli minori, il giudice ha esclusivamente il dovere di valutare se sia più funzionale al preminente interesse della prole il collocamento presso l'uno o l'altro dei genitori, per quanto ciò incida negativamente sulla quotidianità dei rapporti con il genitore non collocatario: conseguenza, questa, comunque ineluttabile, sia nel caso di collocamento presso il genitore che si trasferisce, sia nel caso di collocamento presso il genitore che resta" (Cass. 12 maggio 2015, n. 9633: e non è superfluo osservare che nella specie si trattava di un trasferimento da Rossano Calabro a Lecce).

Questo basta ad escludere che la Corte d'appello potesse disporre "il mantenimento della residenza a Roma", della bambina, ma, ovviamente, come conseguenza necessitata, anche della madre, presso cui la stessa è collocata.

In seguito si è ribadito che "stabilimento e trasferimento della propria residenza e sede lavorativa costituiscono oggetto di libera e non conculcabile opzione dell'individuo, espressione di diritti fondamentali di rango costituzionale, e secondo cui il coniuge separato che intenda trasferire la sua residenza lontano da quella dell'altro coniuge non perde per ciò l'idoneità ad avere in affidamento i figli minori o ad esserne collocatario", e si è aggiunto, in situazione di minore in tenera età, come fosse plausibile valorizzare "il criterio della c.d. maternal preference" (Cass. 14 settembre 2016, n. 18087: in questo caso si trattava di un trasferimento per motivi di lavoro da Vasto, in provincia di Chieti, a Trieste).

In definitiva, non rileva nè punto nè poco la circostanza, in sé considerata, che la minore, illo tempore, fosse residente a Roma (tanto più che, ai fini dell'individuazione della residenza del minore occorre aver

riguardo al luogo in cui costui ha consolidato, consolida o potrà consolidare una rete di affetti e relazioni, tali da assicurare un armonico sviluppo psicofisico: Cass. 15 novembre 2017, n. 27153), così come non rileva affatto, se non altro come elemento in se stesso univocamente determinante, che la madre si sia trasferita a (OMISSIS), portando la bambina con sè, senza chiedere l'autorizzazione al giudice, visto che non si versa in un'ipotesi in cui venga in questione la disciplina della sottrazione internazionale di minore, la quale renderebbe applicabile la nota regola modellata, se così si può dire, sul tradizionale principio *spoliatus ante omnia restituendus*. Si versa invece in caso di controversia concernente l'individuazione del miglior collocatario, individuazione da effettuarsi, secondo quanto già osservato, nell'interesse, esclusivo, della minore, tenendo conto dei criteri finora evidenziati, anche a costo che ciò "incida negativamente sulla quotidianità dei rapporti con il genitore non collocatario".

8. - Il decreto è cassato e rinviato alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione, che si atterrà a quanto dianzi indicato, provvedendo a ciascuna delle verifiche di cui si è detto, e statuendo infine anche sulle spese di questo giudizio di legittimità.

9. - Dispone che, in caso di utilizzazione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione scientifica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi delle parti riportati nella sentenza.

P.Q.M.

accoglie il ricorso per quanto di ragione, cassa il decreto impugnato e rinvia anche per le spese alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione. Dispone che, in caso di utilizzazione della presente ordinanza in qualsiasi forma, per finalità di informazione scientifica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi delle parti riportati nella ordinanza.

Così deciso in Roma, il 12 maggio 2021.

Depositato in Cancelleria il 6 ottobre 2021