In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma dell'art. 52 d.lgs. 196/2 [illegible]:
☐ disposto d'ufficio
☒ a [illegible] parte
☐ imposta dalla legge

ESENTE

18087/16

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Oggetto

[illegible]

R.G.N. 26143/2015

Cron. 18087

Rep. C. V [illegible]

Ud. 30/06/2016

PO

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma dell'art. 52 [illegible]:
☒ [illegible] parte
☐ imposta dalla legge

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SALVATORE DI PALMA - Presidente -

Dott. MARIA CRISTINA GIANCOLA - Rel. Consigliere -

Dott. FRANCESCO ANTONIO GENOVESE - Consigliere -

Dott. GIACINTO BISOGNI - Consigliere -

Dott. ANTONIO PIETRO LAMORGESE - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 26143-2015 proposto da:

, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA EZIO 12, presso l'avvocato GIAN ETTORE GASSANI, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato PATRIZIA SCHIARIZZA, giusta procura in calce al ricorso e procura speciale alle liti;

2016 **- *ricorrente* -**

1299 ***contro***

, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE DELLE MILIZIE 48, presso l'avvocato FABIO BORGOGNONI, rappresentata e difesa dall'avvocato GASPARE MORGANTE,

giusta procura a margine della comparsa di costituzione di nuovo difensore;

- controricorrente -

contro

PROCURATORE GENERALE PRESSO LA PROCURA GENERALE DELLA CORTE D'APPELLO DI L'AQUILA;

- intimato -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di L'AQUILA, depositato il 03/11/2015;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 30/06/2016 dal Consigliere Dott. MARIA CRISTINA GIANCOLA;

uditi, per il ricorrente, gli Avvocati PATRIZIA SCHIARIZZA e GIAN ETTORE GASSANI che hanno chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato GASPARE MORGANTE che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. IMMACOLATA ZENO che ha concluso per l'accoglimento del ricorso per quanto di ragione.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con verbale omologato il 10.01.2013 i coniugi Sigg.ri e si separavano consensualmente, dinanzi al Tribunale di Vasto, stabilendo per i due figli, nati l'uno il 15.05.2009 e l'altra il 13.04.2011, l'affidamento condiviso con collocamento paritario presso le diverse abitazioni in cui all'epoca ciascuno di loro risiedeva in Vasto.

Con decreto del 5.08.2015 il medesimo Tribunale di Vasto, anche all'esito della disposta CTU, respingeva la domanda (in data 21.03.2014) con la quale, in modifica delle convenute condizioni di affidamento condiviso dei due figli, la aveva chiesto il loro collocamento presso di sé; accoglieva, invece, la contrapposta domanda di collocamento dei bambini presso di lui, formulata dal

Con decreto n. 914 del 27.10-3.11.2015 la Corte di appello di L'Aquila, in accoglimento nei precisati limiti del reclamo della , disponeva il collocamento prevalente dei figli presso di lei, privilegiandola rispetto al marito in ragione dell'età dei bambini.

La Corte territoriale premetteva che in primo grado la aveva fatto presente che col provvedimento di separazione si era stabilito che i due figli della coppia sarebbero stati collocati in maniera paritaria presso i genitori, secondo un articolato calendario. Aveva dedotto che il frenetico pendolarismo non favoriva la serenità dei bambini, ed aveva perciò chiesto che fossero collocati prevalentemente presso di lei. A sua volta il aveva chiesto il collocamento dei bambini presso di sé e a tale fine aveva fatto presente che la moglie (avendo nelle more vinto il concorso per l'accesso alla Magistratura) aveva scelto la sede lontanissima di Gorizia, andando a vivere a Trieste. All'esito il Tribunale aveva rilevato che la nuova situazione abitativa dei coniugi rendeva inattuabile il regime di collocazione paritaria concordato con la separazione; e sulla scorta di una c.t.u. aveva individuato nel il genitore presso il quale era più opportuno collocare in via prevalente i bambini.

Col reclamo, dunque, la aveva in primo luogo infondatamente eccepito per più profili la nullità della decisione. Andava subito esclusa la dedotta nullità della c.t.u., posto che la mancanza d'imparzialità del c.t.u. era stata già condivisibilmente esclusa dal Tribunale, investito della sua ricusazione; il consulente ben poteva redigere i verbali in un secondo momento, o non redigerli affatto; tutte le sedute nelle quali erano stati sentiti soggetti a vario titolo interessati al processo erano state registrate, per cui la reclamante era in condizione di verificare la rispondenza dello scritto a quanto accaduto nel corso della seduta; l'esperto aveva concordato coi consulenti di parte le modalità con le quali avrebbe ascoltato i terzi, il c.t.u. ben poteva acquisire nuovi documenti, nel contraddittorio delle parti, così com'era avvenuto nel caso di specie (tant'era che la reclamante non aveva indicato quale documento fosse stato acquisito abusivamente), specialmente in un procedimento di volontaria giurisdizione, contraddistinto da una particolare snellezza e duttilità delle forme, e sostanzialmente privo di scansioni temporali che determinassero la decadenza della parte dalla prova; il verbale redatto dal c.t.u. era atto del pubblico ufficiale, fornito di fede privilegiata, e la veridicità del suo contenuto avrebbe dovuto essere contestata con la querela di falso.

Da ultimo, e definitivamente, la reclamante si era limitata ad affermare che il verbale (per essere stato redatto a distanza di tempo) avrebbe potuto avere un contenuto che non rispondeva alle dichiarazioni rese dai soggetti sentiti dall'esperto, ma non si era spinta ad affermare che ciò fosse effettivamente avvenuto, né quale diverso contenuto le conversazioni avessero avuto (contenuto che, per quanto detto, era agevolmente evincibile dalle fonoregistrazioni); né, da ultimo, aveva indicato quale incidenza la dedotta diversità avrebbe sortito sulle conclusioni a cui l'esperto era poi pervenuto.

Sicché la doglianza risultava inammissibile - per difetto di specificità - prima ancora che infondata nel merito.

Allo stesso modo andava esclusa la nullità della decisione per non essere stati ascoltati i bambini: il primo Giudice aveva condivisibilmente rimesso l'inerente compito al c.t.u., soggetto che era dotato della necessaria sensibilità e degli indispensabili strumenti tecnici e culturali.

Inoltre occorreva considerare che si trattava di fanciulli in tenerissima età (tre e cinque anni rispettivamente), come tali sforniti di adeguata maturità e discernimento, sui quali l'audizione da parte del collegio avrebbe sortito effetti potenzialmente devastanti, una volta che fossero stati chiamati ad individuare il genitore col quale d'ora in avanti avrebbero voluto abitare stabilmente, scelta che, in una mente immatura, sottendeva quella del genitore più amato.

Venendo, finalmente, al merito della questione, e quindi all'individuazione del genitore presso il quale fosse più opportuno collocare i bambini in via prevalente, la scelta doveva prescindere dalla ricerca del soggetto che avesse per primo, o con maggiore intensità, violato gli accordi ripassati tra i coniugi al momento della separazione; e dovesse invece appuntarsi sulla ricerca della soluzione che avesse meglio privilegiato il futuro benessere morale e materiale dei piccoli e la loro serena maturazione psicologica.

Ed ai fini qui considerati gli elementi di giudizio offerti dal processo non potevano far ritenere che la fosse sfornita di adeguate capacità genitoriali, educative e di accudimento, così da dover superare il criterio che privilegiava la madre, ogni volta che si trattasse d'individuare il genitore col quale figli in età *prescolare o* scolare dovessero convivere in via prevalente.

Fra vero che la in primo grado, aveva ricusato praticamente tutti i soggetti coinvolti nel processo con poteri decisionali, così mostrando una totale mancanza di fiducia nel prossimo, prima ancora che nell'onestà intellettuale e nelle capacità tecniche del c.t.u. e dei Giudici. Comportamento che, peraltro, induceva particolare sorpresa quando

promanava, come nella specie, da un soggetto che si apprestava a svolgere quelle stesse funzioni, e che aveva sicuramente acuito le divergenze tra i coniugi, dilatato i tempi del processo, posto ai Giudici questioni "ulteriori" e marginali rispetto alla vera materia del contendere, probabilmente inducendo nei Giudici il convincimento che ella non fosse dotata di sufficiente equilibrio e di adeguata fiducia ed apertura verso il prossimo, per cui avrebbe potuto pregiudicare la sana crescita psico-fisica dei figli.

Doveva tuttavia considerarsi che le scelte processuali andavano di norma attribuite al difensore, per cui non potevano riverberarsi in danno della parte, ed in tale ottica apparivano irrilevanti ai fini qui considerati.

Allo stesso modo, la scelta materna di una sede di lavoro lontana non poteva essere attribuita, semplicisticamente, alla volontà di separare il padre dai figli, o di rendere al primo più difficoltosa la frequentazione dei bambini; si spiegava, invece, in ragione della possibilità di andare a vivere a Trieste, dove risiedeva la sorella con i suoi figli, così da poter fruire del suo aiuto, essere introdotta nel suo giro di amicizie, e consentire che i cuginetti crescessero assieme.

Da ultimo, ma di particolare rilievo, era la circostanza che anche il c.t.u. avesse dato atto del possesso, in capo alla -e per la verità anche in capo al - di adeguate capacità genitoriali, essendo risultati entrambi in grado di sviluppare una buona relazione coi figli, di accompagnarne i processi di sviluppo e di socializzazione, di tutelarli ed accudirli.

Quanto all'altro argomento utilizzato dal primo Giudice (di non compromettere il radicamento dei bambini sul territorio) occorreva considerare che il (magistrato ordinario inquirente ed all'epoca della domanda di revisione in servizio presso la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Vasto) era stato nelle more trasferito alla Procura

presso il Tribunale di Chieti, per cui quel radicamento sembrava destinato ad interrompersi in ogni caso.

Non senza considerare che i minori non risultavano avere parenti in Vasto (i nonni paterni risultano risiedere in Roma, anche se si recavano a Vasto con una certa assiduità, per stare coi nipoti) e che alla loro età era estremamente agevole e naturale farsi nuovi amici, sia nell'ambito scolastico che in quello sportivo.

Da ultimo, la disprassia da cui era affetto il primogenito ben avrebbe potuto essere curata adeguatamente anche a Trieste.

In conclusione, non sussistevano ragioni per derogare al criterio di scelta ordinariamente seguito, che vedeva i bambini in età scolare collocati in via prevalente con la madre, anche quando, come nella specie, il padre avesse dimostrato eccellenti capacità genitoriali.

Quanto al diritto-dovere del padre di tenerli con sé, in mancanza di diversi accordi di volta in volta presi dai coniugi, andava sostanzialmente recepito il condiviso calendario proposto dalla

Per il resto, avrebbe dovuto trovare applicazione la proposta contenuta nelle conclusioni del reclamo, con esclusione, per la , della facoltà di opporre divieti, o di ostacolare in qualsiasi modo il diritto del marito a stare coi figli, che aveva facoltà di portare con sé anche all'estero e con la correlata esortazione, rivolta ad entrambi, a mostrare reciproca e fattiva collaborazione, a ricercare soluzioni condivise nelle scelte significative per la crescita e l'educazione dei figli, a fare in modo di presentare positivamente la figura dell'altro coniuge, in vista del superiore interesse dei bambini a superare la separazione nella maniera meno traumatica possibile.

Da ultimo, restava da esaminare la richiesta della reclamante, di vedersi attribuito un assegno di mantenimento di € 600 per sé, ed un ulteriore assegno di € 900, quale contributo al mantenimento dei due figli.

Quanto al primo, occorreva respingere la domanda della moglie di assegno per sé. Quanto all'assegno dovuto per i figli, tenuto conto della loro ancor tenera età, e delle inerenti, ridotte, esigenze, andava condivisa la determinazione dell'ammontare (€ 150 per ciascun figlio, da rivalutare periodicamente) attuata dal Tribunale col provvedimento impugnato; a tale somma andavano poi aggiunte, naturalmente, le spese mediche e quelle straordinarie (da concordare tra i coniugi, se non indispensabili o indifferibili), in ragione di 1/2 ciascuno.

Il parziale rigetto del reclamo giustificava la compensazione delle spese del doppio grado, mentre le spese della c.t.u. andavano poste a carico delle parti in ragione di 1/2 ciascuna.

Avverso questo decreto il ha proposto ricorso per cassazione affidato a quattro articolati motivi, illustrato da memoria e notificato al PG e il giudice *a quo* ed alla Il che ha resistito con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

A sostegno del ricorso il denunzia:

1° "Violazione dell'art. 337 ter c.c. in relazione all'art. 360 comma 1 nr. 3 c.p.c.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 360 nr. 5 c.p.c. per contrasto irriducibile fra affermazioni tra loro inconciliabili.

Violazione degli art. 115, 116 e 132 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1 nr. 3 c.p.c.

Violazione dell'art. 360 comma 1 nr. 5 c.p.c. per omessa considerazione di un fatto materiale decisivo (la firma apposta sulle istanze di ricusazione)"

Si duole dell'accoglimento del reclamo della moglie e del ribaltamento della decisione del primo giudice, assumendo in sintesi che:

la decisione è sostenuta da motivazione meramente apparente, di sole sette righe;

applicando il criterio presuntivo della c.d *Maternal preference* si è in concreto conculcato l'interesse morale e materiale dei figli e perciò violato l'art. 337 ter c.c;

le risultanze della CTU disposta dal Tribunale se fossero state considerate avrebbero portato al superamento di quel criterio preferenziale;

la motivazione del decreto presenta tratti di illogicità ed irrimediabile contraddittorietà, in particolare alle pagine 9, 10 e 11 vengono svolte affermazioni antitetiche e non congruenti;

la scelta della di trasferirsi a Trieste/Gorizia soddisfaceva soltanto le sue esigenze e non quelle dei figli;

inconferente è il richiamo alla sentenza di legittimità n. 9633/2015 che involgeva il trasferimento di residenza di una madre già collocataria in via esclusiva della prole;

è mancata la valutazione della capacità genitoriale materna.

2°) "Violazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c. per totalmente omessa valutazione degli esiti della CTU disposta nel corso del procedimento di primo grado.

Violazione degli artt. 115, 116 e 132 c.p.c. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c."

Il ricorrente assume l'assenza di qualsiasi riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio d'indole deducente e percipiente ed agli emersi dati di fatto che avevano indotto il Tribunale al collocamento prevalente dei figli presso di lui. Ribadisce pure che è stato trascurato il merito peritale, ignorata la circostanza di fatto decisiva dell'inadeguatezza genitoriale della I , taciute le sue caratteristiche personologiche e la relativa incidenza sul benessere dei figli e sul loro diritto alla bigenitorialità, ignorato il pregiudizio arrecato al diritto di accesso paterno e la pregressa individuazione di lui quale collocatario dei figli, travisata l'informazione probatoria, resa una motivazione apparente e con *deficit* di ragionevolezza soprattutto in rapporto all'interesse del figlio ed alle sue

esigenze anche di mantenimento dell'*habitat* e di cure, il tutto in tesi accampando un'inesistente regola di esperienza.

3°) " Violazione dell'art. 115 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 5 c.p.c.

Omessa considerazione del fatto decisivo della presenza stabile dei nonni paterni.

Violazione dell'art. 132 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 5 c.p.c..

Motivazione apparente e/o inconciliabile

Violazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c. per omessa valutazione di un fatto decisivo costituito dalla permanenza a Vasto del padre "

4°) "Violazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c. per omessa valutazione di un fatto decisivo (omessa valutazione della permanenza a Vasto della residenza e della dimora del padre)."

Il ricorrente sostiene che i giudici del reclamo solo ipotizzando lo stabilimento della sua nuova residenza in Chieti, ove nel frattempo aveva ottenuto il trasferimento di sede lavorativa, hanno svalutato la conservazione da parte dei suoi figli dell'*habitat* e delle consuetudini e relazioni di vita, valorizzata invece in primo grado ai fini della collocazione presso di lui.

fra tutte le varie articolazioni i motivi dedotti dal assoggettabili ad esame unitario, sono insuscettibili di favorevole sorte.

L'instaurato procedimento, esperibile a norma degli artt. 337 ter e quinquies c.c. nonché 711, quinto comma e 710 c.p.c., ha involto, per come evidenziato, la modifica delle condizioni della separazione consensuale intervenuta tra le parti nel 2013 e segnatamente la revisione del pregresso, specifico accordo sul collocamento paritario dei due figli presso le diverse abitazioni dei genitori, all'epoca ubicate nella stessa città, ed ora in diversa regione ed a notevole distanza chilometrica l'una dall'altra. Tale procedura segue le regole dei provvedimenti camerali contenziosi ed il decreto di cui si discute, emesso all'esito del reclamo proposto ai sensi dell'art. 739 c.p.c., è suscettibile di ricorso per

cassazione ai sensi degli artt 111, comma settimo, Cost. e 360 comma quarto c.p.c.: può, dunque, involgere i vizi elencati nel primo comma di questa disposizione, e perciò anche quello previsto dal n. 5), ma nel relativo innovato testo, attualmente vigente e nella specie applicabile *ratione temporis* (in tema *cfr Cass. n. 18817 del 2015).*

Il fatto poi che non si controverta anche sullo stabilito regime di affidamento condiviso, non attinto dalle contrapposte domande di modifica, rende quanto meno non condivisibile il rilievo del di non pertinenza della sentenza di legittimità n. 9633 del 2015 richiamata nel decreto e che invece sostanzialmente pertiene a temi analoghi ai controversi; al riguardo anzi vanno condivisi e ribaditi i principi riaffermati in quel precedente, secondo cui 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, sicché il giudice, ove il primo aspetto non sia in discussione, come nel caso, deve esclusivamente valutare se sia più funzionale all'interesse della prole il collocamento presso l'uno o l'altro dei genitori, per quanto ciò ineluttabilmente incida in negativo sulla quotidianità dei rapporti con il genitore non affidatario. Anche alla luce di tali regole, l'impugnata decisione appare non confliggere con il dettato normativo, oltre che puntualmente e logicamente motivata, dunque non viziata nemmeno da motivazione apparente. La Corte del reclamo ha diffusamente e plausibilmente spiegato le ragioni, giustamente scevre da intenti e profili colpevolistici, per le quali ha privilegiato il collocamento dei due minori in tenera età presso la madre, in ciò realmente perseguendo il primario interesse morale e materiale dei bambini, pur doverosamente e contestualmente armonizzato coi fondamentali diritti individuali, esercitabili ed esercitati

da ciascuno dei genitori. In tale prospettiva, espressamente e chiaramente richiamando anche il contenuto e l'esito delle indagini tecniche d'ufficio già svolte dal Tribunale, che evidentemente non contraddicevano dedizioni affettive ed accudimenti materni - peraltro solo genericamente smentiti dalla controparte -, è stato non solo plausibilmente valorizzato il criterio della c.d. *Maternal preference*, la cui teorica valenza scientifica il ricorrente non ha tempestivamente contestato, ma è stata anche esclusa legittimamente, argomentatamente e del pari comprensibilmente l'incapacità genitoriale materna, inquadrando la vicenda e le condotte della nell'emerso e delicato contesto famigliare e professionale, che peraltro avrebbe pure consentito ad entrambi i coniugi, e non solo alla , di perseguire riavvicinamenti, tramite rinnovate scelte di sedi lavorative, invece da ambo le parti mancate. D'altra parte nell'impugnato decreto non appare essere stato nemmeno trafasciato di considerare che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto della prole alla bigenitorialità ed alla crescita equilibrata e serena. La Corte del reclamo ha infatti pure reputato assenti dati sintomatici per quel profilo apprezzabili in senso sfavorevole alla : al riguardo non ha mancato di considerare, come già detto, la scelta di sede lavorativa nonché di esaminare anche le sue condotte processuali, sostanzialmente e plausibilmente recependole per non decisamente significative in senso negativo, ma solo passibili di mere, soggettive perplessità ed illazioni sulla sua personalità, una volta ricondotte a percepiti timori materni a fronte pure dell'elevata conflittualità all'epoca espressa dalla coppia ed inquadrate in coerente strategia difensiva, concordata o comunque non impedita dal suo difensore.

Per il resto le censure che il ricorrente propone si risolvono in rilievi critici o non decisivi, anche perché si incentrano su valutazioni piuttosto che sui fatti storici che le fondano, o

smentiti dal tenore del provvedimento o generici, assiomatici e privi di autosufficienza, essenzialmente appuntati sull'*iter* argomentativo dell'impugnata pronuncia, come tali inammissibili, anche considerando i richiamati limiti che la nuova formulazione dell'art. 360 n. 5 c.p.c., nella specie applicabile *ratione temporis*, pone alla deduzione in questa sede di tale tipologia di vizi (in tema cfr cass. SU n. 8053 del 2014; cass. nn. 5133, 7983, 12928 e 13911 del 2014).

Conclusivamente il ricorso deve essere respinto.

La natura dei rapporti controversi e le peculiarità della vicenda, unitamente al rilievo che il giudizio, inerendo essenzialmente al regime di affidamento e collocamento della prole, si pone in funzione del suo oggettivo, fondamentale interesse, preminente e prevalente rispetto ai contrapposti intenti e difese di ciascuno dei coniugi, legittimano la compensazione per intero delle spese di legittimità.

P.Q.M

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

Ai sensi dell'art. 52, comma 5, del D.Lgs n. 196 del 2003, in caso di diffusione della presente sentenza si devono omettere le generalità e gli altri dati identificativi delle parti.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della non sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma, il 30 giugno 2016

Il Cons.est. Il Presidente

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
IL 14 SET. 2016
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Andrea [illegible]