



REPUBBLICA ITALIANA

In Nome del Popolo Italiano

LA CORTE DI APPELLO DI CATANIA

Sezione della Persona e della Famiglia

Composta dai magistrati:

dott. Giuseppe FERRERI	- Presidente
dott. Maria Concetta SPANTO	- Consigliere
dott. Maria Rosaria ACAGNINO	- Consigliere estensore

ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 21/2008 R.G. avente ad oggetto: Separazione personale.

PROMOSSA DA

R.S., nato a (...) il (...), ivi residente in via (...), elettivamente domiciliato in Catania via (...), presso lo studio dell'avv. (...), rappresentato e difeso dall'avv. (...), per procura a margine dell'atto di appello.

Appellante

NEI CONFRONTI DI

T.D., nata a (...) il (...), residente a (...) in via (...), elettivamente domiciliata in Catania via (...), presso lo studio dell'avv. (...), rappresentata e difesa dall'avv. (...), giusta procura a margine della comparsa di costituzione e risposta in appello.

Appellata

all'udienza del 22 gennaio 2009, la causa è stata trattenuta per la decisione sulle seguenti conclusioni:

per l'appellante R.: piaccia alla Corte d'Appello Ecc.ma, in riforma dell'impugnata sentenza, affidare i figli minori C. e J. condivisamente ad entrambi i genitori, disponendo, a tale effetto, che l'esercizio della potestà genitoriale avvenga, quanto alle questioni di ordinaria amministrazione, in modo disgiunto da parte del genitore che, di volta in volta, sia materialmente preposto alla cura dei minori e congiuntamente, invece, quanto alle decisioni riguardanti gli impegni e le scelte educative, formative e della tutela straordinaria della loro salute.

Con ogni consequenziale statuizione anche in ordine alle spese del giudizio.

per l'appellata T.: voglia l'Ecc.ma Corte di Appello:

- 1) rigettare la domanda attrice confermando quanto statuito dalla sentenza n. 697/2006 emessa dal Tribunale di Ragusa in data 15/11/2006;
- 2) con vittoria di compensi, spese ed onorari di causa.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 15/11/2006, il Tribunale di Ragusa pronunciava la separazione personale dei coniugi R.S. e T.D., affidava i figli minori alla madre, regolamentava il diritto del padre di vederli e tenerli con sé, assegnava alla madre la casa coniugale,

poneva a carico del R. l'onere di versare alla moglie un assegno mensile di €. 200 per il mantenimento della prole e compensava tra le parti le spese del giudizio.

Con atto d'appello notificato il 28/12/2007, R.S. impugnava la sentenza del Tribunale sostenendo che il primo giudice avesse errato ad affidare i figli in via esclusiva alla madre per la conflittualità fra i genitori, contraddicendo anche l'orientamento della Cassazione in materia. Anche il consultorio aveva evidenziato il ruolo positivo svolto dal padre e aveva consigliato di affidare i figli ad entrambi i genitori.

T.D. si costituiva in giudizio, eccepiva che fra i coniugi è pendente il giudizio per la cessazione degli effetti civili del matrimonio, in cui il R. ha proposto analoga domanda, nel merito chiedeva il rigetto dell'appello.

All'udienza del 22/1/2009, il P.G. chiedeva l'accoglimento dell'appello e la Corte poneva la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente deve esaminarsi l'eccezione d'inammissibilità dell'appello, formulata da parte appellata.

La Cassazione ha affermato più volte che la domanda di divorzio non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio di separazione, perchè la pronuncia di divorzio, opera "ex nunc", dal momento del passaggio in giudicato e non fa venir meno la necessità e, quindi, l'operatività, fino a quel momento, della pronuncia di separazione e dei relativi provvedimenti, sia in termini patrimoniali che di affidamento della prole. Da ciò consegue anche che la proposizione della domanda di divorzio, in pendenza del giudizio di separazione, non determina la sospensione

necessaria di quest'ultimo, a norma dell'art. 295 c.p.c. (Cassazione civile , sez. I, 22 febbraio 1979, n. 11, vedi anche Cassazione civile, sez. I, 02 settembre 1997, n. 8381, in cui la Cassazione, pur ribadendo l'autonomia dei due giudizi, ha ritenuto la necessità di un controllo nel caso concreto, della permanenza di un interesse alla pronuncia sulla modifica delle condizioni di separazione e Cassazione civile, sez. un., 04 dicembre 2001, n. 15279 e sez. I, 06 febbraio 2003, n. 1743, in cui la Suprema Corte ha ritenuto proseguibile il giudizio di divorzio, pur in pendenza dell'impugnazione della sentenza di separazione, solo relativamente al capo che aveva pronunciato l'addebito).

Nella fattispecie, la T. ha chiesto il rigetto dell'appello, avendo il R. proposto, in sede di giudizio per la cessazione degli effetti civili del matrimonio, la stessa domanda proposta in appello: l'eccezione deve essere respinta per le ragioni indicate.

Il R. ha interesse ad ottenere già in sede di impugnazione della sentenza di separazione e, quindi, con effetto dal momento dell'eventuale sentenza d'accoglimento dell'appello, la modifica del regime di affido dei figli, senza dover attendere la pronuncia che concluderà il giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Venendo al merito dell'impugnazione: la doglianza è fondata e deve essere accolta.

La Corte di Cassazione, recependo un orientamento ormai consolidatosi nella giurisprudenza di merito, ha sostenuto che, in tema di separazione personale dei coniugi, alla regola dell'affidamento condiviso dei figli possa derogarsi solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore", con la duplice

conseguenza che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo dovrà essere sorretta da una motivazione non solo più in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore, e che l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi precluso dalla mera conflittualità esistente tra i coniugi, poiché avrebbe altrimenti una applicazione solo residuale, finendo di fatto con il coincidere con il vecchio affidamento congiunto.

Nel quadro della nuova disciplina relativa ai provvedimenti riguardo ai figli dei coniugi separati, di cui agli art. 155 e 155bis c.c., l'affidamento condiviso si pone non più (come nel precedente sistema) come evenienza residuale, bensì come regola, e non può ragionevolmente ritenersi precluso, di per sé, dalla mera conflittualità esistente tra i coniugi, poiché avrebbe altrimenti un'applicazione solo residuale, finendo di fatto con il coincidere con il vecchio affidamento congiunto; alla regola dell'affidamento condiviso può, pertanto, derogarsi solo ove la sua applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore (Cassazione civile, sez. I, 19 giugno 2008, n. 16593).

Il Tribunale di Ragusa, con la sentenza impugnata, ha affidato i figli esclusivamente alla madre proprio in considerazione dell'elevata conflittualità esistente fra i coniugi, disattendendo l'art. 155 c.c. che impone al giudice di valutare prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori e l'art. 155 bis c.c. che consente l'affidamento esclusivo ad uno dei genitori solo quando l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.

Dal combinato disposto di entrambe le norme emergono con chiarezza i principi giurisprudenziali già citati: il giudice può affidare i minori ad uno dei coniugi, in via esclusiva, solo quando il genitore non affidatario abbia posto in essere condotte pregiudizievoli nei confronti della prole.

La mera conflittualità fra i genitori, pur rendendo oggettivamente difficile la praticabilità dell'affido condiviso, non può valere ad escluderlo, nell'interesse della prole, in quanto tale tipo di pronuncia non farebbe che incentivare condotte ostruzionistiche da parte del genitore, con cui già vivano i figli, poste in essere al solo scopo di preconstituire le condizioni di inapplicabilità del regime, che potremmo definire "legale", di affido condiviso.

Nella fattispecie, il Tribunale ha disposto un accertamento tramite il consultorio familiare e, dalla relazione acquisita agli atti, risulta che il R. ha un atteggiamento corretto e responsabile, attento a non voler turbare i ritmi di vita e di apprendimento scolastico dei figli, il suo ruolo di padre viene considerato positivo per la crescita dei figli, mentre della T. si dice che ha rifiutato, senza motivo, un accordo col marito e che ha posto in essere condotte volte ad ostacolare il R. "piuttosto che a favorire un rapporto ed un dialogo costruttivo nell'interesse primario dei figli".

Nella descritta condizione, affidare la prole alla madre, in via esclusiva, equivale a consentirle un arbitrio assoluto che potrà avere solo conseguenze negative sullo sviluppo dei minori.

I figli nati dal matrimonio, peraltro, non sono più in tenera età, come ritenuto dal Tribunale (J. è nato nel '96 e C. nel '98) e, pertanto, appare conforme al loro interesse

mantenere quanto più possibile saldi i rapporti con il padre, affidandoli ad entrambi i genitori.

Quanto all'esercizio della potestà genitoriale, in accoglimento dell'appello, si dispone che le questioni di ordinaria amministrazione siano decise in modo disgiunto da parte del genitore che, di volta in volta, sia materialmente preposto alla cura dei minori e che le decisioni riguardanti gli impegni e le scelte educative, formative e della tutela straordinaria della salute siano prese, di comune accordo, da entrambi i genitori.

Data la natura della pronuncia e per non creare ulteriori cause di attrito, la Corte ritiene di compensare tra le parti le spese del giudizio.

P. Q. M.

La Corte accoglie l'appello proposto da R.S. avverso la sentenza del Tribunale di Ragusa del 16/2/2004 e nei confronti di T.D. e, in corrispondente riforma della sentenza impugnata, affida i figli minori R.J. e C. ad entrambi i genitori e dispone che le questioni di ordinaria amministrazione siano decise in modo disgiunto da parte del genitore che, di volta in volta, sia materialmente preposto alla cura dei minori e che le decisioni riguardanti gli impegni e le scelte educative, formative e della tutela straordinaria della salute siano prese, di comune accordo, da entrambi i genitori.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Così deciso in Catania, nella camera di consiglio del 4 febbraio 2009.

Il Consigliere estensore

dott. ssa Maria Rosaria Acagnino

Il Presidente

dott. Giuseppe Ferreri