

La pronuncia in rassegna ha affermato alcuni importanti principi di diritto:

1) in ipotesi di affidamento del minore ad entrambi i genitori, con collocazione privilegiata presso uno di essi, è improprio e riduttivo continuare a parlare di “diritto di visita” del genitore non collocatario, in quanto detta terminologia riconduce ad una posizione di preminenza del genitore collocatario, identificandolo con quello affidatario esclusivo della vecchia disciplina (del resto, l’art. 2, punto 10), del Reg. CE n. 2201/2003, definisce il «diritto di visita» come «il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un limitato periodo di tempo», essendo evidente che tale definizione collide con il diritto del minore di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori);

2) la scelta della residenza del minore deve essere assunta di comune di accordo dai genitori; in caso di disaccordo, ciascun genitore non dovrà assumere unilateralmente la decisione (poiché ciò costituirebbe una grave inadempienza sanzionabile *ex art. 709-ter* cod. proc. civ.), ma dovrà rivolgersi al giudice per ottenere un nuovo assetto delle modalità dell’affidamento, in virtù del combinato disposto degli artt. 155, comma 3, e 155-*quater*, comma 2, cod. civ.;

3) in ipotesi di contrasto tra i genitori sulla residenza del figlio, il giudice, chiamato anche ad individuare il genitore collocatario, dovrà assicurare il diritto del minore alla bigenitorialità, tenendo conto: 3.1.) del nuovo assetto abitativo ed ambientale che questi dovrà affrontare; 3.2.) dell’età scolare del minore (meno bisognoso di cure materne nel quotidiano); 3.3.) dell’importanza della figura paterna nella crescita del figlio; 3.4.) dell’instabilità progettuale dimostrata da uno dei genitori (ove abbia sottoposto il minore a continui cambiamenti di ambiente e di abitudini di vita, per proprie scelte di vita); 3.5.) dello scarso spirito di collaborazione e disponibilità del genitore collocatario al riconoscimento dell’importanza della figura dell’altro genitore nella vita del minore (cfr. Cass. 10 ottobre 2008, n. 24907, in motiv., inedita, secondo cui: «tra i requisiti di idoneità genitoriale richiesti ad un genitore affidatario sia decisamente rilevante la capacità di questi di riconoscere le esigenze affettive di un figlio, che si individuano, in prima istanza, nella capacità di preservargli la continuità delle relazioni parentali attraverso il mantenimento, nella sua mente, della trama familiare, al di là di egoistiche considerazioni di rivalsa sul coniuge»; nella giurisprudenza di merito, si veda Trib. Pisa 24 gennaio 2008, in *Famiglia e min.*, 2008, 6, 78, con nota di Denise Amram, secondo cui non può attribuirsi peso decisivo al dolore provato dai figli per l’allontanamento dalla madre, poiché la prole è esposta ad eguale dolore per l’allontanamento dal padre e non è possibile attribuire, aprioristicamente, maggior peso ad una figura genitoriale rispetto all’altra). [C. PADALINO].

-----

LA CORTE D’APPELLO DI NAPOLI  
Sezione per i minorenni e la famiglia

Riunita in camera di consiglio in persona dei magistrati:

1. Maria Lidia de Luca	Presidente rel.
2. Matteo Sirignano	Consigliere
3. Roberta Carotenuto	Consigliere

Nella causa civile iscritta al n 1893/08 del Ruolo Generale degli Atti di Volontaria Giurisdizione, avente ad oggetto: ricorso *ex art 155 quater* c.c. e *709 ter* c.p.c.

Tra

P.A. elettivamente domiciliato in Napoli alla via Melisurgo n 4, presso lo studio dell'avvocato Alfredo Martignetti, unitamente agli avvocati Emanuele Petriggiani ed Alfredo Scola, che lo rappresentano e difendono come da mandato a margine del ricorso

Reclamante

E

R.A. elettivamente domiciliata in Napoli alla via Carlo Poerio n 53 presso lo studio dell'avvocato Gaetano Coduti - studio de Tilla - unitamente all'avvocato Maria Luisa Cavuoto, che la rappresenta e difende come da mandato a margine della comparsa di costituzione

Reclamata – reclamante in via incidentale

Nonché

Il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale dr. Antonio Maresca

Interventore *ex lege*

Ha pronunciato il seguente

## DECRETO

Con ricorso *ex art 155 quater c.c. e 709 ter c.p.c.* proposto al Tribunale di Benevento P.A. lamentava che la moglie separata, R.A. aveva unilateralmente, senza previa comunicazione e consenso di esso ricorrente, spostato il proprio domicilio e quindi quello del piccolo N., loro figlio, da S.M.M. – residenza privilegiata del minore come da decreto dello stesso Tribunale del 6.5.07 – al Comune di C.S. Provocando così uno stato di stanchezza ed irritabilità del bambino, sottoposto a continui spostamenti di molti chilometri e, quindi, con pregiudizio per il suo equilibrio psico-fisico. Chiedeva pertanto accertarsi la grave inadempienza commessa da R.A. e la di lei condanna ad una delle sanzioni previste dall'art 709 *ter* comma 2 c.p.c. nonché la modifica delle modalità di affidamento del minore con domicilio privilegiato presso esso padre o in subordine il ripristino del precedente domicilio. Con memoria difensiva e contestuale domanda riconvenzionale la R. eccepiva che l'immobile locato in S.M.M. era una mansarda con foresteria abitabile soltanto da quattro persone, assolutamente inidoneo dunque alle esigenze del suo nucleo familiare composto, oltre che dal piccolo N., dal convivente e da due gemelli nati dall'unione di fatto. Ella aveva dunque acquistato in C.S. una casa spaziosa con giardino ad un costo di mercato assai inferiore a quelli del capoluogo e dei centri minori a poca distanza da B. Si era premurata peraltro di comunicare la propria intenzione di trasferimento al P., che aveva condiviso la scelta. Chiedeva pertanto la conferma delle precedenti modalità di affidamento con obbligo per entrambi i genitori di iscrivere il figlio presso un istituto scolastico nel luogo di residenza del genitore collocatario, la disciplina di nuove modalità di visita – tenuto

conto del pregiudizio derivante al minore dall'incontro infrasettimanale con il padre sia per la lontananza dei domicili dei genitori sia per la impossibilità per il bambino di trascorrere una intera settimana con la madre e i fratellini, l'autorizzazione all'esercizio disgiunto della potestà in riferimento alle questioni di ordinaria amministrazione, l'ammonimento del P. e la condanna dello stesso al risarcimento del danno in via equitativa, anche simbolica, in favore del figlio, per comportamenti pregiudizievoli nell'interesse di quest'ultimo consistenti negli ostacoli frapposti ad un sereno rapporto del piccolo N. con i fratellini e con il di lei convivente.

Con il decreto impugnato il Tribunale rigettava le richieste di entrambe le parti. Puntualizzava che il trasferimento da S.M.M. a C.S., avvenuto nel novembre 2007, non poteva definirsi voluttuario siccome necessitato da una migliore sistemazione logistica della famiglia della R. Precisava che nessuna norma poneva ostacoli – forse anche per preoccupazioni intorno alla costituzionalità di un eventuale divieto – al comportamento del coniuge, che trasferisse la residenza propria e dei minori a lui affidati in un luogo che rendesse gravoso per l'altro, se non impossibile, l'esercizio della facoltà di incontro – salvo rivedere, se possibile le modalità di visita; che nel caso in esame il problema si poneva in relazione alla circostanza che erano i coniugi a vivere l'uno in provincia di A. e l'altra in provincia di B., non in relazione alla necessità e/o opportunità di modificare le modalità di affidamento disposte in precedenza; di fatti, anche individuando in L. il domicilio privilegiato del minore, costui sarebbe stato ugualmente soggetto a viaggi e spostamenti ai fini dell'esercizio del diritto di visita della madre; ammoniva entrambi i genitori *ex art. 709 ter c.p.c.* a lasciare da parte, per il bene del figlio, la conflittualità, soprassedendo - qualora il minore manifestasse stanchezza ed irritabilità - all'esercizio delle loro facoltà, consentendo così al bambino di recuperare e di superare il momento difficile.

Avverso detto decreto ha proposto reclamo il P., con ricorso del 25.3.08.

Lamenta il ricorrente: l'omessa valutazione da parte del Tribunale della sua principale doglianza. E cioè l'avvenuto trasferimento – ad opera della R. – del minore nel Comune di C.S. senza previa acquisizione del consenso di esso genitore coaffidatario o in mancanza di autorizzazione del Tribunale; la giustificazione del comportamento della R. in forza di circostanze da lei dedotte senza alcun riscontro, non avendo peraltro il Tribunale riconosciuto che l'arbitrario trasferimento incideva sulle modalità dell'affido: iscrizione previa decisione della sola madre del minore alla Scuola per l'infanzia di C.S., affidamento a terzi del bambino da parte della R. stante la maggiore difficoltà di raggiungere il posto di lavoro in B. Lamentava infine l'ammonizione inflittagli dal Tribunale senza alcuna indicazione di una condotta meritevole di tale sanzione.

R.A. – costituitasi con comparsa del 18.9.08 – deduceva l'infondatezza del reclamo principale e insisteva sulle richieste avanzate con la domanda riconvenzionale. In particolare sull'esercizio disgiunto della potestà sulle decisioni di ordinaria

amministrazione e sull'iscrizione del minore "presso la scuola elementare dove risiede la genitrice collocataria".

All'udienza del 17.10.08 venivano sentite le parti comparse di persona, quindi il P.G. ed i difensori concludevano come da verbale e la Corte si riservava di decidere.

Vale la pena premettere brevemente che, come la Suprema Corte ha recentemente sancito con la sentenza n 16593 del 2008, nel quadro della nuova disciplina, dettata dalla legge 54/06 in relazione ai provvedimenti riguardo ai figli dei coniugi separati, l'affidamento condiviso si pone come regola improntata alla tutela del diritto del minore alla bigenitorialità, già consacrato nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989 esecutiva in Italia dal 1991.

Poiché il minore è affidato, pertanto, ad entrambi genitori sarà il giudice a modulare con il suo provvedimento i tempi di permanenza presso ciascun genitore. Nell'ampia possibilità di soluzioni ipotizzabili si è andata affermando nella maggior parte dei casi – nell'interesse del minore ad una certa stabilità di relazioni – quella di individuare un genitore presso il quale il minore abbia la residenza privilegiata, determinando poi i tempi di accudimento e di gestione del figlio da parte dell'altro genitore. Rispetto ai quali è assolutamente improprio e riduttivo continuare a parlare di diritto di visita. Detta terminologia risulta infatti fuorviante in quanto riconduce ad una posizione di preminenza del genitore collocatario, identificandolo con il genitore affidatario di cui alla vecchia formulazione dell'art 155 c.c.

In forza della nuova normativa, invero, l'esercizio della potestà genitoriale è sempre congiunto. Il genitore collocatario non ha quindi alcuna autonomia decisionale. Da un'attenta lettura del terzo comma dell'art 155 si ricava infatti che qualsiasi decisione sia "di maggior interesse" sia su "questioni di ordinaria amministrazione" deve essere adottata su comune accordo dei coniugi, salvo la possibilità in ordine a queste ultime che il giudice autorizzi l'esercizio disgiunto della potestà.

Il legislatore ha poi disciplinato (art 155 quater comma 2) in particolare la decisione dei genitori - anche di quello non collocatario quindi - di mutare la propria residenza qualora tale cambiamento incida sulle modalità dell'affido. La norma con ogni evidenza è dettata - da un canto - a tutela del diritto del minore alla bigenitorialità, sul quale va ad incidere il mutamento di residenza che alteri i tempi di gestione ed accudimento stabiliti dal giudice - dall'altro - dall'esigenza di stabilire dei limiti (imposti dalla peculiarità della decisione) all'intervento del giudice stesso, che interferisce necessariamente con la libertà costituzionalmente garantita del genitore di circolare e soggiornare in qualsiasi parte del territorio.

Detta norma deve essere necessariamente letta in combinazione a quanto disposto, con l'art 155 comma 3, in ordine all'accennata carenza di autonomia decisionale dei genitori tenuti, nell'esercizio congiunto della potestà, ad assumere di comune accordo le decisioni concernenti la vita dei figli. E – sul piano internazionale – in combinazione a quanto disposto dall'art. 5 della Convenzione Aja del 25.10.80 e l'art. 2 n. 9 del Regolamento CE 2201/03, che attribuiscono al genitore affidatario – e

di conseguenza anche a quello coaffidatario – il diritto di decidere il luogo di residenza del figlio.

Ne consegue che il genitore, libero ovviamente di stabilire dove creda la propria residenza, deve tenere però conto degli eventuali mutamenti che la sua decisione comporta in ordine ai tempi di gestione ed accudimento del minore stabiliti dal giudice. E, qualora si tratti del genitore collocatario, considerare non solo i riflessi della decisione nella sfera degli interessi del minore ma anche l'eventuale lesione del diritto dell'altro genitore coaffidatario. Onde, in mancanza dell'assenso di quest'ultimo, dovrà rivolgersi al giudice che – tenuto conto del nuovo assetto abitativo ed ambientale che il minore deve affrontare – provvederà in modo di assicurarne il diritto alla bigenitorialità. Senza beninteso porre, con il suo provvedimento, alcun limite alla libertà costituzionalmente garantita al genitore interessato, ex art 16 della Costituzione, di circolare e soggiornare in qualsiasi parte del territorio nazionale.

Facendo applicazione dei principi sopra accennati al caso in esame è evidente che la R., prima di trasferirsi a C.S., conducendo con sé il minore, avrebbe dovuto renderne edotto il padre ed, in mancanza dell'assenso di costui, rivolgersi all'autorità giudiziaria per un nuovo assetto delle modalità di affidamento. A tanto ella non ha provveduto, poiché il preventivo consenso del P., da lei dedotto, è rimasto privo di qualsiasi elemento di prova. La sua condotta pertanto – prescindendo dalle motivazioni del trasferimento – costituisce una grave inadempienza rispetto alle modalità di affidamento stabilite dall'autorità giudiziaria e merita l'ammonimento di cui all'art 709 *ter* c.p.c. – già irrogate dal tribunale sia pure con diversa motivazione.

Con il provvedimento impugnato, invero, il tribunale ha lasciato intendere di non ritenere necessaria l'acquisizione del consenso del P., dal momento che – omettendo di pronunciarsi sulla specifica domanda del ricorrente – ha valutato direttamente nel merito le esigenze dedotte dalla R. ed ha ritenuto “non voluttuario” il trasferimento.

L'organo giudicante ha tuttavia omissso di rilevare che - appena sei mesi prima dell'acquisto della casa di C.S. (Ottobre 2007) nel corso di altro giudizio concernente l'affidamento del minore, conclusosi con decreto del 6.5.07 del Tribunale di B. – la R. aveva indicato la residenza di S.M.M. come idonea al suo nucleo familiare e conforme all'interesse del figlio nato dal matrimonio. E che già nel febbraio 2005 ella si era trasferita da B. a S.M.M. ed aveva ottenuto ex art 710 c.p.c. dal Tribunale di S.A.L. una limitazione dei rapporti padre figlio rispetto agli accordi della separazione consensuale (omologati nel successivo settembre), che nel luglio 2004 – appena sette mesi prima – attribuivano al padre la facoltà di tenere con sé il bambino quattro giorni alla settimana, dal giovedì alla domenica. La R. ha – in altre parole – concordato ed indicato all'autorità giudiziaria condizioni di vita del minore, che, a distanza di brevissimi spazi temporali, ha chiesto di mutare o mutato arbitrariamente in vista di necessità attinenti sue proprie scelte di vita. Rivelando così - quantomeno - una instabilità progettuale senza dubbio dannosa per il minore esposto a continui cambiamenti di ambiente e di abitudini. Ma soprattutto scarso spirito di



collaborazione e disponibilità al riconoscimento dell'importanza della figura paterna nella vita del piccolo N. Anche sotto il profilo del pregiudizio, così arrecato al minore, la R. va ammonita *ex art. 709 ter c.p.c.* ad essere più rispettosa delle esigenze del figlio.

Il reclamante si duole poi dell'ammonizione inflittagli del tribunale senza avergli contestato alcuna condotta inadempiente del provvedimento che disciplinava le modalità di affidamento del minore. In realtà il primo giudice ha ammonito entrambe le parti ad astenersi da condotte conflittuali ed a tenere comportamenti più rispettosi dei tempi del bambino, che potrebbe a volte manifestare stanchezza ed irritabilità per gli spostamenti da un ambiente familiare all'altro. Tale sottolineatura appare a questa Corte certamente condivisibile come raccomandazione indirizzata ad entrambi i genitori ma non giustifica – per la genericità dell'imputazione – la sanzione irrogata. D'altro canto - diversamente da quanto dedotto nell'impugnazione incidentale - non sembra che il P. abbia ostacolato in qualche modo il corretto svolgimento delle modalità di affidamento. Essendosi egli limitato ad opporsi all'iscrizione del figlio presso la scuola di C.S., effettuata dalla R. - senza consultarlo - come necessaria conseguenza del trasferimento da lei arbitrariamente realizzato. Ed avendo egli vigilato sulle condizioni di vita del minore anche nei periodi di permanenza presso la madre, come era suo diritto, non avendo il tribunale autorizzato i coniugi all'esercizio disgiunto della potestà sulle questioni di ordinaria amministrazione.

La condotta del P. pertanto non merita sanzione sia sotto il profilo dedotto dal tribunale che da quello dedotto nell'impugnazione incidentale.

Entrambe le parti chiedono una modifica delle modalità di affidamento del figlio. Il P. in relazione alla residenza privilegiata presso esso padre e la R. in ordine alle modalità di visita del genitore non collocatario.

Orbene ritiene la Corte che la richiesta del P. meriti accoglimento.

Per il piccolo N. – in età scolare e quindi non più particolarmente bisognoso di accudimento materno nel quotidiano – assumerà invero in un prossimo futuro sempre maggiore importanza la figura paterna. Inoltre – essendo la R. impegnata in un'attività lavorativa – quella di infermiera presso un ospedale di B. – che richiede tempi di una certa consistenza sul luogo di lavoro, dal quale si è per di più allontanata con il trasferimento in C.S. – ella ha necessità di delegare a terzi la cura del figlio durante la sua assenza. Terzi, che ella stessa ha individuato nei parenti del suo attuale compagno – estranei pertanto al minore – non potendo contare “per problemi pregressi” (vedi dichiarazioni rese alla Corte) sull'aiuto dei suoi genitori. Laddove il P., titolare di un'impresa a conduzione familiare è più libero di gestire l'attività lavorativa. Il piccolo N. troverà inoltre in L. tutta la sua rete parentale ed in particolare l'accoglienza dei nonni paterni, che potranno prendersi cura di lui nei tempi di assenza del padre.

Collocato presso il padre, il minore trascorrerà – durante l'anno scolastico - con la madre tutti i fine settimana, dal sabato all'uscita dalla scuola sino alla domenica sera alle ore 20. In tal modo – approfittando del tempo libero – sarà possibile consolidare

al meglio il rapporto di fratria. A chiusura della scuola, il minore trascorrerà con la madre due fine settimana nel mese di giugno e due nel mese di settembre, dal venerdì alle ore 10 alla domenica alle ore 21.

Durante le vacanze natalizie il piccolo N. rimarrà – ad anni alterni – con il padre o con la madre, dal 20 al 30 dicembre o dal pomeriggio del 30 dicembre al 6 gennaio. Per i mesi di luglio e di agosto si confermano le disposizioni dettate dal Tribunale di S.A.L.

Ciascuno dei genitori sopporterà le spese per il mantenimento del minore per i periodi in cui quest'ultimo rimarrà a lui affidato ed in relazione a tali periodi sarà abilitato all'esercizio disgiunto della potestà in ordine alle questioni di ordinaria amministrazione.

Per consentire al minore di terminare il corrente anno scolastico presso lo stesso istituto, le disposizioni del presente provvedimento avranno attuazione a chiusura della scuola ed il padre, pertanto, sino al prossimo mese di giugno potrà tenere con sé il figlio durante tutti i fine settimana, prelevandolo dalla scuola il sabato al termine delle lezioni e riaccompagnandolo a casa della madre, in C.S., la domenica sera non più tardi delle ore 20.

Considerata l'estrema delicatezza della situazione del minore, ritiene la Corte opportuno – in forza di quanto previsto dal secondo comma dell'art 155 c.c. – richiedere l'intervento dei Servizi Sociali di C.S. e di L. perché vigilino sulle condizioni di vita del piccolo N. durante i periodi di permanenza presso ciascun genitore, prestando altresì opera di supporto e mediazione per una serena attuazione delle disposizioni dettate dalla Corte.

Le spese seguono la soccombenza.

p.q.m.

La Corte, definitivamente pronunciando sulle domande proposte come in epigrafe, così provvede:

conferma il provvedimento di affido condiviso del minore P.N.

dispone, in accoglimento del reclamo, che il minore abbia residenza privilegiata presso il padre autorizzando quest'ultimo ad iscrivere il minore stesso presso la scuola elementare di L.

dispone che il minore trascorra con la madre – durante il periodo scolastico – tutti i fine settimana dall'uscita dalla scuola sino alla domenica alle ore 20 e dopo la chiusura delle scuole – due fine settimana nel mese di giugno e due nel mese di settembre dal venerdì alle ore 10 alla domenica alle ore 21.

Conferma per i mesi di luglio ed agosto le disposizioni dettate dal Tribunale di S.A.L.

Dispone per le vacanze natalizie come da motivazione

Fa carico al padre degli accompagnamenti del minore in C.S. ed alla madre dei prelievi del minore in L.

Dispone che ciascuno dei genitori provveda al mantenimento del figlio durante i periodi di permanenza del minore.

Autorizza i genitori all'esercizio disgiunto della potestà in relazione alle questioni di ordinaria amministrazione.

Dispone che il presente provvedimento abbia efficacia al termine del corrente anno scolastico, autorizzando – per detto periodo – il P. a tenere con sé il minore durante tutti i fine settimana, prelevandolo il sabato all'uscita dalla scuola e riaccompagnandolo in C.S., presso la madre, la domenica non più tardi delle ore 20.

Ammonisce *ex art 709 ter c.p.c.* R.A. ad attenersi alle modalità di gestione dell'affidamento del minore nel rispetto delle esigenze di quest'ultimo.

Condanna R.A. al pagamento in favore del ricorrente delle spese processuali che liquida in € 1.500,00 di cui € 900,00 per onorari e € 600,00 per diritti oltre IVA e CPA come per legge.

Si comunichi a mezzo fax per intero – a cura della cancelleria – ai Servizi Sociali di C.S. e L. per l'intervento specificato in motivazione.

Così deciso in Napoli il 17.10.2008

IL Presidente relatore