

**CAMBIO DI RESIDENZA O DOMICILIO:
MODALITA' DI ATTUAZIONE, PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE
(Avv. Lucia Fiorillo)**

L'argomento in esame trova esplicita previsione nell'ambito dell'art.155 quater c.c.,ult. comma, il quale recita : "Nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio,l'altro coniuge può chiedere,se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento , la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati,ivi compresi quelli economici".

E' stato correttamente affermato che la norma va messa in relazione "più che con quella contenuta nel primo comma,concernente il godimento della casa familiare, con quella dettata dall'art.155 ter c.c.,relativa alla possibilità che i genitori possano chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni sull'affidamento dei figli e delle disposizioni relative alla misura e alle modalità del contributo per il mantenimento degli stessi".

La Legge sull'affido condiviso (L.54/06) ,a patto di andare fino in fondo nella applicazione dell'istituto , ha rivoluzionato l'approccio alla crisi familiare.

L'attenzione non si appunta oramai sui coniugi,sul conflitto, e quindi sulla scelta di vivere separati, lontani l'uno dall'altro, ma sui figli (l'avverbio "prioritariamente" riferito all'interesse dei figli è più volte riportato dal testo di legge) e sul diritto sancito dall'introduzione della nuova legge alla bi genitorialità.

Tutto ciò trova espressione lessicale innanzitutto nella locuzione "anche" che apre l'art.155 c.c..

"Anche in caso di separazione",recita la norma, il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura,ecc.

In altre parole, con la L.54/06, tutto sembra muoversi nel segno della "continuità" tra la famiglia nella fase fisiologica del suo essere e la famiglia all'atto del suo dissolversi, o della sua già avvenuta dissoluzione, almeno per quanto concerne la gestione dei rapporti genitori/ figli .

I primi non potranno smettere mai di essere genitori : i figli hanno un diritto riconosciuto ex lege al perpetuarsi di un rapporto "sano" e duraturo con ciascuno di essi.

In questo contesto ,com' è naturale, gioca un ruolo fondamentale la residenza o domicilio.

Fin dalla nascita del menage familiare, la scelta del luogo in cui radicare la famiglia e i suoi membri si palesa di fondamentale importanza ; l'art. 144 c.c. stabilisce che "I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelli preminenti della famiglia" . In mancanza del raggiungimento dell'accordo ,decide il giudice.

L'allontanamento di uno dei coniugi dalla residenza familiare costituisce comportamento valutabile ai fini dell'addebito della separazione, e comunque, ai sensi dell'art.146 c.c., autorizza la sospensione dell'assistenza morale e materiale dell'altro nei suoi confronti. L'allontanamento dalla residenza familiare è del tutto legittimo e naturale ,ovvero è giustificato, solo in conseguenza della separazione,annullamento,scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio (art.146,co.2,c.c.).

Segnalo,sul punto, **Corte di Cass. Sent. N. 2740/2008** , che ha affermato che *non può essere pronunciato l'addebito della separazione a causa dell'allontanamento dalla casa coniugale di uno dei coniugi laddove esso non è da ritenersi "causa" dell'intollerabilità della coabitazione bensì un "effetto" sussistendo una situazione di deterioramento dei legami coniugali di per sé incompatibile con la protrazione della convivenza,ovvero tale da non rendere esigibile la pretesa della coabitazione.*

Decisa la separazione , emersa definitivamente la crisi, la residenza o il domicilio dei componenti la famiglia non perdono di importanza, anzi.

La Legge sull'affido condiviso (che, si ripete, è in sostanza il diritto del figlio a mantenere rapporti con entrambi i genitori) ha posto in una posizione di assoluta centralità la "residenza" facendo emergere un'esigenza , evidente ma non scontata, consistente nell'evitare che con la fine del rapporto affettivo tra i coniugi i figli perdano ogni riferimento con il vissuto precedente , in cui la casa, le abitudini di vita, ,gli amici, i parenti,ecc., insomma quello che è stato definito l'"habitat" familiare, costituivano un punto fermo.

Ciò posto, il cambiamento della residenza ,prospettato come senz'altro possibile dall'art.155 quater c.c.,ult.comma, pone ineludibili problemi di compatibilità con le finalità perseguite dalla legge che vanno risolti, a parere di chi scrive, in senso armonico con la ratio legis.

Già al momento dei lavori parlamentari non si mancò di rilevare che la vicinanza delle abitazioni dei coniugi si poneva come una condizione basilare per la realizzazione dell'affido condiviso.

Il Cons. Bruno de Filippis, nel suo testo "Affidamento condiviso dei figli nella separazione e del divorzio – Cedam 2007" non manca di ricordare che –nell'ottica di molti- l'istituto non avrebbe potuto funzionare senza porre ai coniugi prescrizioni e limitazioni proprio in punto di residenza.

Altri, ponevano la questione che fosse necessario un "accordo" da parte dei genitori separandi circa la residenza, che facesse da contraltare a quello assunto al momento del matrimonio (art.144 c.c.) ovviamente nell'interesse dei figli e per il buon funzionamento dell'affido condiviso.

Opportunamente, in effetti, la legge nulla ha prescritto di tassativo, così consentendo all'accordo dei genitori, o in mancanza, al giudice di individuare le modalità più opportune attraverso le quali consentire la continuazione armonica ed equilibrata del rapporto dei figli con entrambi i genitori anche attraverso la scelta del luogo in cui abitare o collocare i figli.

Tra l'altro, da più parti, Dottrina e Giurisprudenza hanno affermato che l'affidamento condiviso non si realizza nella parità di tempo vissuto da ciascun genitore con i figli, quanto piuttosto nella paritaria possibilità di incidere nella vita di questi.

Nella prassi si assiste ad un largo ricorso alla c.d. "collocazione privilegiata" (agevolata dalla previsione dell'art. 155 quater comma 2 c.c.) presso uno dei due coniugi, la quale potrebbe svilire la portata della legge 54/06 laddove dovesse comportare automatismi nello svolgimento facoltà genitoriali e nell'assunzione delle decisioni che riguardano la prole, oggi non più concepibili.

Senonchè autorevolissima Dottrina ha segnalato la necessità che "il provvedimento giudiziale di affidamento della vita dei figli può realizzarsi solo eleggendo un unico ambiente domestico a luogo di stabile abitazione".

Il Trib. per i Minorenni dell'Emilia Romagna (decreto 06.02.2007), a sua volta, ha evidenziato l'assoluta necessità che il giudice nel provvedere sull'affidamento dei figli si preoccupi di individuare la residenza, non potendosi ammettere che i figli di famiglie disciolte siano condannati, per effetto di una legge che dovrebbe, al contrario, salvaguardare i loro interessi, a restare privi di riferimenti anagrafici, sia per i genitori, sia per le istituzioni, in vista di provvedimenti quali iscrizioni, notificazioni, comunicazioni, ecc..

Nei fatti si è così superata la preoccupazione di coloro i quali, favorevoli al silenzio del legislatore circa la collocazione della prole, ritenevano in tal modo scongiurata ogni forma di "privilegio" del genitore collocatario rispetto all'altro, mutuata dal comportamento del genitore affidatario "ante riforma".

Si è osservato, altrettanto criticamente, che ogni forma di "abuso" di un genitore rispetto all'altro nell'assunzione delle decisioni che si riflettono sull'affido condiviso può certamente essere ovviato avendo cura, nel provvedimento che dispone l'affidamento, di specificare chiaramente che l'indicazione della residenza, o preferenziale collocazione, non influisce sulla delimitazione delle rispettive sfere di potestà sulla prole, fermo restando che, ove ciò non fosse sufficiente e dovessero manifestarsi, da parte del genitore abitualmente convivente con la prole, atteggiamenti non collaborativi nei confronti dell'altro, costui potrebbe attivarsi sia con la richiesta di revisione ex art.155 ter c.c., sia con l'emissione dei provvedimenti ex art.709 ter c.p.c..

La vera forza innovativa della L.54/06 si rivelerà tanto più potente quanto più troverà operatori all'altezza del compito, disposti a non appiattirsi su provvedimenti "comodi" e soprattutto non "cuciti" sulle reali esigenze dei figli, in primis, e poi dei genitori.

Merita di essere segnalata, a parere di chi scrive, una **ordinanza del Trib. di Palermo (27.03.07)** la quale proprio decidendo in concreto, in base alle esigenze reali emerse rispetto al nucleo familiare presentatosi al suo cospetto, ha stabilito che " *al fine di consentire un armonico sviluppo dei rapporti tra i figli ed entrambi i genitori e al tempo stesso attenuare la conflittualità incentrata sull'utilizzo della casa coniugale, il G.I. della causa di separazione, a modifica dei provvedimenti provvisori, può affidare la casa familiare e disporre l'assegnazione alternata della stessa prima all'uno e poi all'altro dei genitori* ". Nella specie il G.I. ha assegnato la casa familiare per periodi alterni di 21 gg. consecutivi prima alla madre e poi al padre, rinviando la causa ad altra udienza per verificare la compatibilità del nuovo assetto dei rapporti tra i genitori con i figli.

-Il cambiamento di residenza dei coniugi

Prima della riforma ex L.54/06, il genitore affidatario dei figli poteva decidere in ogni momento di trasferirsi in altra città senza che l'altro coniuge avesse pressochè alcun diritto di ostacolare tale decisione o limitare gli effetti negativi di tale decisione sul proprio rapporto genitoriale.

Secondo qualche esponente della dottrina, in realtà, con la Riforma nulla di sostanziale sarebbe cambiato, sia in quanto gli accordi e le decisioni in materia di diritto di famiglia sono soggette al principio "rebus sic stantibus", sia soprattutto poiché, in questo specifico, vengono in gioco diritti fondamentali della persona, tra i quali è certamente compreso quello di stabilire ovunque si ritenga la propria residenza senza dover subire ripercussioni sullo "status di genitore".

In realtà, il dettato dell'art. 155 quater, ult.comma, c.c., ha sancito le conseguenze che il cambio di residenza o di domicilio di uno dei coniugi determina, con ciò dovendosi ritenere, da un lato, affermato l'insopprimibile diritto di ognuno dei coniugi di portare la propria residenza nel posto prescelto, anche lontano da quello che costituiva la residenza familiare, dall'altro, quali sono i comportamenti che l'altro coniuge può porre in essere, ma solo laddove "il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento".

La **Corte d'Appello di Bologna (ord.28.12.06)** ha statuito che "l'intenzione di uno dei genitori, assolutamente legittima di trasferire la propria residenza in città diversa da quella in cui aveva vissuto, fino alla separazione, il nucleo familiare, rende di fatto impossibile l'affidamento condiviso, il quale presuppone divisione di compiti, di tempi, di modalità di permanenza del minore presso ciascun genitore, gestione e cura del minore nella quotidianità".

La pronuncia, legittimando la possibilità del genitore di trasferirsi in un luogo diverso da quello in cui ha vissuto fino a quel momento, ciononostante aggancia la realizzazione in concreto dell'affidamento condiviso alla vicinanza non solo affettiva dei genitori ma anche fisica.

In senso conforme, e con toni ancor più enfatici, il Tribunale di Rimini, recentemente, è arrivato a prescrivere ai genitori di mantenere vicine le proprie residenze.

Ancora, **Corte d'Appello di Roma (ord. 18.04.07)**, ha statuito che tra le condizioni per derogare alla disciplina sull'affido condiviso vi è "la distanza dei rispettivi (dei genitori) luoghi di residenza".

In realtà, pronunce che aprioristicamente negassero la compatibilità dell'affido condiviso con la lontananza dei coniugi dovrebbero essere tacciate di contrarietà all'art.155 quater c.c., ult.comma, che ha di fatto sancito una libertà della persona del coniuge di derivazione costituzionale sia pure legandola alla necessità di un bilanciamento con altri valori, anch'essi di rango costituzionale.

Tale bilanciamento (libertà/diritto del coniuge di andare ovunque voglia - diritto dei figli alla bi genitorialità) è fondato dalla L.54/06 sul principio di "effettività", per il chè solo al cospetto di riflessi negativi sulle modalità di affidamento il trasferimento di residenza del coniuge potrà avere come conseguenza la "rivisitazione" dei provvedimenti già assunti, ivi compresi quelli di natura economica.

La legge di riforma non ha inteso colpire e sanzionare il coniuge che si allontana "tout court" - così contraddicendo il pensiero di fondo che la ispira, basato sulla necessità di un ribaltamento non delle forme ma della sostanza del rapporto genitori/separati (divorziati) - figli, ma solo quel comportamento che "di fatto" sia censurabile in quanto infrattivo delle fissate modalità di svolgimento dell'affidamento condiviso.

La procedura di riesame degli accordi o del provvedimento, in tal caso, può essere azionata tanto dal coniuge collocatario dei figli, sia dall'altro a seconda che ad operare il cambiamento di residenza sia l'uno o l'altro di essi.

La norma non specifica, tra l'altro, se il cambiamento cui si riferisce è operato dal coniuge con cui i figli convivono o dall'altro, e non ha distinto le conseguenze che, invece, sono tutte accomunate dal fatto di dover far fronte ad un mutamento di abitudini, di spese, ecc.

Deve ritenersi consentito, data la formulazione della norma, non solo un cambiamento delle modalità dell'affidamento condiviso (privilegiato e non alternato), ma anche della "forma di affidamento" (es. da condiviso ad esclusivo), laddove ovviamente, a seguito della sopravvenienza, il giudice ritenga che l'affidamento condiviso sia contrario all'interesse del minore, secondo la previsione dell'art.155 bis c.c..

A parere di chi scrive, ha un tenore riepilogativo, e del tutto condivisibile sul punto, il decreto del Trib. per i Minorenni dell'Emilia Romagna, già altrove citato, il quale ha precisato che "il regime di affidamento condiviso pone un notevole limite al diritto costituzionale sussistente in capo a chiunque di fissare la propria residenza in

qualunque parte del territorio nazionale ,o all'estero, limite costituito dal prioritario e superiore interesse del minore alla bi genitorialità. Non soltanto ,quindi,al giudice è rimessa ai sensi dell'art.155 quater la facoltà di assumere le più confacenti determinazioni,anche di carattere patrimoniale,qualora il cambio di residenza implichi un mutamento delle modalità di affidamento, ma soprattutto è al medesimo rimessa la valutazione di un eventuale contrasto tra l'intenzione di trasferimento manifestata (o unilateralmente attuata) dal genitore e l'interesse del minore. Pertanto ,pur non costituendo di per sé,la lontananza delle abitazioni dei genitori (pur se determinata da trasferimento unilateralmente effettuato) un fattore ostativo alla conservazione del regime di affido condiviso,compito del giudice è ,in ogni caso,procedere ad un contemperamento tra i due diritti costituzionalmente garantiti, ed egualmente degni di tutela : quello del minore alla bi genitorialità e quello del genitore a trasferirsi in città o Stato diversi da quelli in cui si è svolta la vita familiare ,fermo restando che,ove il mutamento di residenza si prospetti in concreto di estremo pregiudizio nei confronti del minore, sradicandolo da vincoli affettivi,ambientali,scolastici oramai profondamente acquisiti, il giudice potrà legittimamente condizionare il mantenimento dell'affidamento della prole alla rinuncia al trasferimento (comunque non suscettibile di essere vietato, e neppure condizionato da eventuali pregressi accordi tra genitori).

-Il cambiamento di residenza della prole

Autorevole Dottrina (tra cui il Cons.Bruno de Filippis) ,condivisa da chi scrive, ritiene che il regime del mutamento di residenza dei figli ,deciso unilateralmente, non possa essere prospettato e risolto alla luce della norma fin qui esaminata,ovvero l'art.155 quater ,ult.comma,c.c..

In tal senso deporrebbero ,invero, innanzitutto il tenore delle disposizioni contenute nell'art.155 quater c.c. ,fin dalla rubrica diretto ai coniugi e alla regolamentazione della questione dell'assegnazione della casa familiare e fissazione della residenza.

Piuttosto, il riferimento normativo idoneo a risolvere il problema della possibilità stessa di immaginare un "mutamento di residenza della prole" è da individuare nell'art.155 comma 3,c.c., rubricato "Provvedimenti riguardo ai figli".

Superato il momento storico "ante-riforma" ,caratterizzato dalla libertà del coniuge affidatario di trasferirsi a proprio piacimento,in qualsiasi momento,portando con sé i figli (anche all'estero) , e di fatto sottraendoli all'affetto dell'altro genitore, la L.54/06 impone una logica interpretativa delle norme, sul punto non chiare, completamente inversa.

Essa va senz'altro individuata cogliendo il senso dell'affido condiviso , non identificabile con un'esigenza dei genitori , ma nel diritto dei figli all'esercizio condiviso della potestà da parte di entrambi i genitori.

Recita l'art.155 comma 3 c.c. che "la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto...".

Sarebbe improprio sostenere che la disposizione testè richiamata, non essendo riferibile chiaramente alla situazione in esame, non può essere sottoposta alla relativa disciplina.

La decisione di portare il minore lontano dalla residenza familiare, o comunque in luogo diverso da quello fino a quel momento conservato, non può non ritenersi decisione che non si riflette su ognuno degli aspetti considerati dalla norma (istruzione,educazione,salute) , e comunque determinazione che,per gli effetti che è destinata a riverberare sulla vita dei figli, non debba essere necessariamente assunta dai genitori di comune accordo.

Il **Trib. di Pisa (Ord. 20.12.2006)** ha consentito di delineare quanto segue : a) che il minore necessita di un riferimento abitativo stabile e di una organizzazione domestica coerente con le sue necessità di studi e normale vita sociale di cui si è preoccupato il legislatore nell'art. 155 c.c. (il giudice determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore...); b) nonostante il silenzio della legge e lo spirito dell'affido condiviso,che non presuppone eguale ripartizione dei tempi presso ciascun genitore, il minore deve avere una collocazione "preferenziale" (ciò sarebbe confermato dal tenore dell'art.155 quater cc); c) non vi è riferimento alcuno alla residenza della prole,posto che l'art.155 quater,comma 2,c.c. si riferisce al mutamento di residenza di uno dei coniugi,ponendo il problema rispetto ad un cambiamento già attuato che abbia delle ripercussioni sul diritto di frequentazione della prole ,tale da implicare l'esigenza di modifica degli accordi

,anche sul piano economico ; d) lo spostamento di residenza dei figli ,riflettendosi sulla vita della prole, va deciso di comune accordo tra i coniugi...in caso di disaccordo ,la decisione è rimessa ai giudici (art.155,comma 3,c.c.).

Il profilo di accentuata problematicità è sembrato quello del condizionamento della libertà del genitore presso cui è collocata la prole di trasferire altrove la residenza propria e dei figli, in contrasto con i principi costituzionali che governano la materia.

Il Trib. di Bologna (12.04.2007) ,in un caso di controversia tra i genitori circa l'esercizio della potestà genitoriale (in particolare sulla residenza del minore) , ha stabilito che " è opportuno disporre a carico del genitore convivente con la prole l' inibizione al trasferimento della collocazione-residenza del figlio,al fine di evitargli un brusco mutamento delle condizioni di vita (tanto più nel corso dell'anno scolastico); fermo restando che la madre è libera di trasferirsi altrove ma,in questa ipotesi, la prole rimarrà temporaneamente collocata presso il padre,mantenendo in questo modo l'attuale residenza.

Autorevole Dottrina (nello specifico il Cons. Bruno de Filippis , Affidamento condiviso dei figli nella separazione e del divorzio) ha considerato che un coniuge non può mutare la residenza dei figli ed invocare come unica conseguenza del suo comportamento il secondo comma dell'art. 155 quater c.c., vale a dire la possibilità per l'altro di chiedere la ridefinizione degli accordi. La norma non autorizza il genitore convivente a portare con sé i figli,in caso di cambio di residenza,perché le decisioni di maggiore interesse ,tra cui il cambiamento radicale determinato dallo spostamento in un'altra città rientra,devono essere assunte,come recita l'art.155/3, di comune accordo.

D'altra parte un simile potere non compete neppure al coniuge affidatario esclusivo, a meno che ,per effetto dell'applicazione dell'art.155 bis c.c.,il giudice non abbia negato anche il diritto dell'altro genitore di partecipare all'assunzione delle decisioni di maggiore interesse.

Diversamente,il coniuge non solo pone in essere un comportamento sanzionabile attraverso strumenti civilistici, anche di recente introduzione (art.709 ter c.p.c.), ma integra una fattispecie delittuosa riconducibile all'art.574 c.p. che appunto punisce la sottrazione di minori anche operata da un genitore,posto che il bene protetto è la potestà genitoriale che,in mancanza di uno specifico provvedimento giudiziario che affidi i figli in via esclusiva ad uno dei genitori, deve poter essere esercitata da entrambi i genitori (Cass.pen.28863/02).

La **Cass.pen,sez.VI, (sent. N.31717/08)** ha affermato ,per il caso di coniuge affidatario di un minore,che il trasferimento all'estero non integra di per sé gli estremi del delitto di cui all'art. 388 c.p. (mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice) per violazione degli obblighi concernenti il diritto di visita dell'altro genitore poiché la Convenzione dell'Aja sugli effetti civili della sottrazione internazionale di minori del 25.10.1980, resa esecutiva con la L.64 del 1994, attribuisce la coniuge affidatario di un minore il diritto di stabilire la propria residenza all'estero. Ne consegue che il dir. di visita del genitore non affidatario gode di una tutela affievolita potendo egli esigere l'immediato rientro in patria del minore soltanto in presenza di violazioni del diritto di affidamento o custodia e,in difetto, potendo unicamente chiedere che gli sia garantito l'effettivo esercizio del diritto di visita , anche attraverso una ridefinizione delle relative modalità.

Nella valutazione della condotta del coniuge affidatario non può infatti prescindersi dall'applicazione dei principi introdotti nel ns Ordinamento dalla Convenzione dell'Aja che distingue nettamente il diritto di affidamento dal diritto di visita prevedendo per le due situazioni una tutela differenziata.

Nel caso in cui l'allontanamento del minore si traduca in una violazione del diritto di affidamento,il genitore può rivolgersi all'Autorità centrale della residenza abituale del minore al fine di ottenere assistenza per assicurare il ritorno in patria del minore stesso (art.8,c. 1Convenzione) ; una tutela affievolita è prevista per l'ipotesi di violazione del diritto di visita.

Esso trova disciplina nell'art.5 della Convenzione come " il diritto di condurre il minore in un luogo diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo" e riscontro nell'art.21, che prevede la possibilità per il titolare di inoltrare una domanda all'Autorità centrale di uno Stato contraente in ordine all'organizzazione ovvero alla tutela dell'effettivo esercizio del diritto di visita.

Ha ritenuto la Cass.pen. che la " liceità del trasferimento del genitore affidatario,collegato al diritto di scelta della residenza che legittimamente gli spetta,non può non configurare elusione del provvedimento presidenziale del quale, in conseguenza di tale mutata situazione può essere modificato nei suoi contenuti a

richiesta del genitore cui il diritto di visita risulta, nel suo concreto esercizio, di difficile realizzazione. Il genitore non affidatario... può sollecitare l'Autorità centrale, a norma dell'art.21 della Convenzione, a compiere "tutti i passi necessari a rimuovere, per quanto possibile, ogni ostacolo all'esercizio del suo diritto".

In caso diverso dall'affidamento condiviso, ovvero in ipotesi di affidamento esclusivo ad uno dei coniugi, il **Trib. di Nicosia (decreto, 22.04.08)**, ha affermato che "la scelta del luogo di residenza spetta unicamente al genitore affidatario, il quale resta legittimato anche a fissarla in luogo diverso da quello dell'altro genitore, non esclusa una città estera. La pronuncia viene segnalata poiché il Tribunale, primo in Italia, ha accolto la richiesta del padre di visita "via web", seppure in via aggiuntiva rispetto ai contatti già autorizzati, dopo aver riconosciuto che la donna, modificando unilateralmente la propria residenza e quella dei minori, rendeva di fatto inattuabile l'esercizio del diritto di visita da parte del padre, o più gravoso rispetto a quanto disciplinato in decreto.

- Le conseguenze del mutamento unilaterale della residenza della prole

Per quanto innanzi evidenziato, il comportamento del genitore che si allontani dalla residenza portando con sé il figlio è "prima facie" contrario all'affidamento condiviso, per il che il genitore dissenziente può intervenire sulla decisione sia "preventivamente" (ai sensi dell'art.155 comma 3 c.c.) chiedendo al giudice di assumere la decisione ritenuta più opportuna, tanto "successivamente" ai sensi dell'art.709 ter c.p.c. al fine di sollecitare, oltre che l'adozione di ogni più opportuna decisione, anche (congiuntamente) provvedimenti sanzionatori.

L'art.709 ter c.p.c. prevede che in caso di gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento (non al punto da rendere necessario un provvedimento limitativo della potestà, perché altrimenti la competenza spetterebbe non al giudice del procedimento in corso bensì al Tribunale per i minorenni), il giudice può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: ammonire il genitore inadempiente, disporre il risarcimento danni a carico di uno dei genitori nei confronti del minore, disporre il risarcimento danni a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro, condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amm. a favore della Cassa delle ammende.

I precedenti normativi della norma vanno individuati nell'art. 388 cp (che sanziona chi elude il provvedimento del giudice civile che concerne l'affidamento dei minori), e nell'art.6, ult.comma, L.div. che prevede, in caso di esistenza di figli minori, per il caso di mancata comunicazione del trasferimento entro il termine perentorio di gg.30, il risarcimento del danno ove si ostacolassero i diritti dell'altro genitore (o dei figli).

Sul punto, va segnalata la tesi del Dr. Bruno de Filippis il quale sostiene che la norma è sopravvissuta alla riforma della L.54/06 poiché non incompatibile con essa ed anzi analogicamente applicabile ai giudizi di separazione per identità di "ratio" e di fattispecie.

Peraltro andrebbe a coprire un evidente vuoto normativo, dal momento che la stessa possibilità di ricorrere al giudice è condizionata dalla conoscenza del fatto, anche considerato che prima che attuato, il cambio di residenza andrebbe comunicato in base ad evidenti principi di correttezza.

In forza della nuova disposizione, il giudice potrà, se riscontra gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, modificare i provvedimenti in vigore, e congiuntamente applicare sanzioni in danno del genitore inadempiente che spaziano dal mero ammonimento al risarcimento del danno nei confronti del minore e/o dell'altro genitore, sino alla condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria in favore della cassa delle ammende.

Un problema interpretativo si è posto riguardo al presupposto di applicabilità della norma, secondo alcuni essendo possibile ricorrere ad essa anche in caso di violazione di adempimenti di natura economica, quando arrechino pregiudizio al minore; altri, invece, negano tale possibilità considerando che l'Ordinamento prevede già una tutela privilegiata per le violazioni di obblighi di natura patrimoniale (si pensi ai sequestri ex art.156,0 comma 6, c.c. e art.8, comma 7, l.div., agli strumenti di distrazione del reddito di cui all'art.156, comma 6, c.c. e art.8 comma 3 l.div., alle sanzioni penali di cui all'art.12 sexies, l.div. ora esteso alle separazioni in forza dell'art. 3 L.54/06).

Il Trib. di Termini Imerese ha statuito che l'applicabilità dell'art.709 ter c.p.c. è possibile solo alle controversie concernenti l'attuazione dei provvedimenti regolanti l'esercizio della potestà e le modalità di affidamento della prole".

Sicuramente, per l'ipotesi di mutamento unilaterale di residenza della prole, incidente negativamente sulle modalità dell'affidamento si è fatta applicazione dell'art.709 ter c.p.c..

Il Trib. di Venezia (decreto 17.09.07) ha stabilito che "costituisce comportamento valutabile ai sensi dell'art.709 ter c.p.c., stante l'ampia previsione della norma, finalizzata a dirimere i contrasti sull'esercizio della potestà genitoriale ovvero riferibili alle modalità di affidamento e/o all'irrogazione delle sanzioni conseguenti alle inadempienze e alle condotte pregiudizievoli dei genitori." Ciò in quanto l'allontanamento (in questo caso, all'estero) del minore costituisce un oggettivo ostacolo all'esercizio delle modalità di affidamento (se non altro condizionando l'esercizio del diritto-dovere spettante al genitore non collocatario) e ,per altro vero, non apparendo contestabile che il significativo diradamento degli incontri del padre concreti un pregiudizio per il minore" (così Trib.Pisa 20.12.2006)..

Un ulteriore aspetto critico si è posto rispetto all'adottabilità ,o meno,d'ufficio, delle misure di cui all'art.709 ter c.p.c.

Mentre è pacifico che il giudice può d'ufficio modificare i provvedimenti in vigore ove riscontri gravi inadempienze o atti pregiudizievoli per i minori, così non è in ordine all'applicazione delle misure del 709 ter c.p.c. .

Si osserva in particolare che ,mentre per l'ammonizione e la sanzione amministrativa pecuniaria, non sussistono particolari preclusioni, per il risarcimento danni sarebbe imprescindibile la domanda di parte poiché azione tipicamente calata nel contesto del processo civile.

Altri, privilegiando la funzione sanzionatoria e pubblicistica della norma, hanno ritenuto che si possa prescindere dall'espressa domanda di parte .Così Trib.Pisa,(20.12.2006), cui va riconosciuto il merito di aver anche affrontato il problema della competenza.

Infatti, ai sensi dell'art.709 ter c.p.c., la competenza spetta al giudice del procedimento di separazione, se pendente.

Di contrario avviso è quell'orientamento dottrinale secondo il quale mentre i provvedimenti opportuni, idonei a risolvere le controversie insorte tra i genitori, e le modifiche ai provvedimenti in vigore, potrebbero essere assunti dal giudice istruttore nel corso del giudizio di separazione o dal collegio in caso di ricorso ex art.710 c.p.c., le sanzioni dovrebbero essere riservate sempre al collegio che dovrebbe attuarle con la sentenza finale, se proposte nell'ambito di un giudizio di separazione, ovvero con decreto se proposte ai sensi dell'art.710 c.p.c..

Il Trib. di Rimini ,21.10.06, si è pronunciato affermando che "il diritto del minore alla bi genitorialità, come emerge dal nuovo testo dell'art.155 c.c., è un vero e proprio diritto del bambino , da tutelare e garantire anche d'ufficio. Il mutamento di residenza voluttuario pregiudicherebbe tale diritto, e può dunque essere interdetto dal giudice, nell'esercizio della facoltà, espressamente assentita dall'art.155 c.c., di adottare qualsivoglia provvedimento "diretto a realizzare la finalità indicata dal primo comma".