

## **INTRODUZIONE**

L'oggetto dell'intera trattazione verterà in particolare sull'analisi del nuovo art. 709-ter c.p.c., introdotto dall'art. 2, II comma, della legge 8 febbraio 2006 n. 54 rubricata «*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*».

*Prima facie* tale norma colpisce per la sua scarsa chiarezza; l'interprete che si misura con tale disposizione si trova dinnanzi un testo normativo intriso di espressioni generiche.

Le difficoltà esegetiche, peraltro, sono ulteriormente accresciute dalla circostanza che l'art. 709-ter c.p.c. sembra intervenire in una materia mai stata trattata in precedenza.

Tale norma disciplina un procedimento diretto a risolvere le controversie in materia di esercizio della responsabilità genitoriale o di affidamento dei figli minori (o maggiorenni portatori di handicap); essa richiede, come presupposto per la sua applicazione, l'esistenza di un provvedimento relativo all'affidamento dei figli minori del quale si lamenta l'inadempimento (o il potenziale inadempimento, causato alla controversa interpretazione del provvedimento giudiziale), dovendosi così intendere la locuzione "controversia in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o le modalità di affidamento".

Inoltre tutela e riconosce quello che è il diritto alla bigenitorialità, inteso come diritto del minore di ricevere cura, educazione ed istruzione da parte di entrambi i genitori; notiamo, quindi, come venga in rilievo il preminente interesse del figlio.

Non esiste un solo profilo dell'istituto che non abbia suscitato dubbi e dibattiti in dottrina e giurisprudenza.

*In primis*, infatti, ci si è chiesti quali fossero le tipologie di controversie cui la norma si riferisse e quale il suo preciso ambito di applicazione.

Circa la competenza orizzontale e verticale nell'ipotesi di istanza proposta in via incidentale, il problema sorge quando si tratta di stabilire se il potere di decidere spetta al giudice istruttore che si pronuncia con ordinanza o al collegio con sentenza.

Sempre in tale ambito, forte è la problematica relativa al possibile concorso del procedimento davanti al tribunale ordinario e a quello per i minorenni quando si verifica da parte di un coniuge uno dei fatti di cui agli artt. 330 e 333 c.c.

Tutto ciò verrà ribadito e chiarito alla luce delle recenti pronunce della Corte di Cassazione, la quale interviene sia prima che dopo la riforma sulla filiazione.

Nel caso di istanza proposta in via autonoma, invece, posto che la norma attribuisce la competenza per i procedimenti di cui all'art. 710 c.p.c. al tribunale del luogo di residenza dei minori, a lungo si è dibattuto su quali fossero le tipologie di controversie applicabili ad essa.

Entrando nel cuore del processo disciplinato dalla nuova disposizione, notiamo come esso si sviluppi attraverso semplici forme di rito.

Tale norma si limita a stabilire che, a seguito del ricorso (e qui sorge un ulteriore dibattito circa il regime dell'iniziativa processuale) il giudice convochi le parti e adotti i provvedimenti più opportuni, i quali, in caso di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento possono giungere, oltre che alla modifica dei provvedimenti in vigore, anche all'applicazione di una o più delle misure elencate al suo secondo comma.

Ampio è il dibattito sulla natura del procedimento in esame.

Per alcuni esso presenterebbe natura volontaria, per altri contenziosa.

Come vedremo, forte è la propensione per la natura volontaria avvalorata da diverse pronunce giurisprudenziali; solo una netta minoranza, invece, afferma trattarsi di procedimento contenzioso ad ogni effetto.

Seguirà un'analisi dettagliata circa le singole misure previste al II comma della norma: *in primis* l'ammonimento, poi il risarcimento del danno nei confronti del minore e dell'altro genitore fino ad arrivare all'eventuale condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende.

Esse vengono considerate misure coercitive indirette a carattere *lato sensu* sanzionatorio.

Il punto di maggiore criticità, poi, è ravvisabile nel III ed ultimo comma dell'art. 709-ter c.p.c. poiché quest'ultimo afferma che i provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili "nei modi ordinari".

Tale formula, di difficile lettura esegetica, è pervasa da numerosi dubbi e incertezze.

Si ritiene, comunque, che essa debba essere interpretata come riferita ai tradizionali mezzi di impugnazione previsti per quel tipo di provvedimento emanato nel caso di specie.

Si passerà poi ad affrontare e ad analizzare dettagliatamente quella che è la figura del danno non patrimoniale in ambito familiare, ripercorrendo le tappe che hanno portato alla sua affermazione.

Sul punto, già da tempo la giurisprudenza di merito, ma anche di recente quella di legittimità, si è orientata nel senso della rilevanza del danno familiare ed "endofamiliare" che integra, secondo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., un danno

non patrimoniale, vale a dire un danno rilevante e risarcibile in quanto si offendano beni costituzionalmente protetti.

Circa la natura del risarcimento del danno di cui ai nn. 2 e 3 della norma in esame controversa e ampiamente dibattuta è la questione se esso costituisca una forma di *punitive damages* ovvero di sanzione privata, presentando, in tal caso, natura punitiva o debba più semplicemente ricondursi al paradigma di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c., essendo ravvisabile, per chi sostiene questa tesi, un danno di natura compensativa.

Le misure risarcitorie in esame, poi, verranno poi messe a confronto con analoghi strumenti coercitivi di altri ordinamenti: ci riferiamo in particolare ai *punitive damages* di origine anglosassone e nordamericana e alle *astreintes* francesi.

Infine, per concludere, si analizzerà il rapporto che sussiste tra i provvedimenti emessi sulla base dell'art. 709-ter, II comma, c.p.c. e l'art. 614-bis c.p.c., misura coercitiva generale pecuniaria applicabile alle ipotesi in cui il provvedimento di condanna del giudice abbia ad oggetto l'obbligo ad un *fare* infungibile o ad un *non fare*.

Dunque, dopo aver riconosciuto la possibile coesistenza tra i due strumenti di attuazione del provvedimento giudiziale, sorge un ulteriore problema: se tali misure possano essere anche cumulate tra di loro.

Anche qui le opinioni sono discordanti e non c'è una soluzione univoca in merito.

In sintesi, nonostante le difficoltà prospettate, l'introduzione del nuovo art. 709-ter c.p.c. nell'ambito degli istituti processuali di rafforzamento della tutela dei minori è senz'altro meritevole di apprezzamento, nell'ottica della necessaria valorizzazione del

principio di effettività della tutela giurisdizionale in questo particolare settore.

## **CAPITOLO I**

### **ARTICOLO 709-TER C.P.C.: ASPETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI**

*SOMMARIO:* - 1. TUTELA DEL DIRITTO ALLA BIGENITORIALITA': ESERCIZIO DELLA RESPONSABILITA' GENITORIALE E MODALITA' DI AFFIDAMENTO DELLA PROLE; ATTUAZIONE DEI PROVVEDIMENTI DI AFFIDAMENTO DELLA PROLE; - 2. CONTROVERSIE IN CASO DI INADEMPIENZE E VIOLAZIONI: TIPOLOGIE; - 3. ART. 709-TER E SUO AMBITO DI APPLICAZIONE. COMPETENZA ORIZZONTALE E VERTICALE: 1) NELL' IPOTESI DI ISTANZA INCIDENTALI *EX ART. 709-TER C.P.C. I COMMA, I PERIODO*; - 3.1 2) NELL'IPOTESI DI ISTANZA AUTONOMA *EX ART. 709-TER C.P.C., I COMMA, II PERIODO*; - 4. IL RICORSO INTRODUTTIVO; - 5. RITO APPLICABILE NELL'IPOTESI DI ISTANZA PROPOSTA IN VIA PRINCIPALE E NELL'IPOTESI DI ISTANZA PROPOSTA IN VIA INCIDENTALE; - 6. I SOGGETTI DEL PROCEDIMENTO; - 7. NATURA DEL PROCEDIMENTO: ATTIVITA' CONTENZIOSA O VOLONTARIA GIURISDIZIONE? - 8. SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO NELL'IPOTESI DI ISTANZA PROPOSTA IN VIA PRINCIPALE E NELL'IPOTESI DI ISTANZA PROPOSTA IN VIA INCIDENTALE; - 9. FORMA DEI PROVVEDIMENTI.

#### **1. TUTELA DEL DIRITTO ALLA BIGENITORIALITA': ESERCIZIO DELLA RESPONSABILITA' GENITORIALE E MODALITA' DI AFFIDAMENTO DELLA PROLE; ATTUAZIONE DEI PROVVEDIMENTI DI AFFIDAMENTO DELLA PROLE**

La famiglia, da sempre considerata un'istituzione fondamentale, fondata su principi e valori solidi, nel tempo ha subito numerose e profonde trasformazioni.

Infatti, negli ultimi decenni abbiamo assistito ad un progressivo mutamento interno alla stessa; il cambiamento più significativo ha

riguardato il passaggio dalla struttura patriarcale o allargata a quella nucleare o ristretta cioè quella composta dai due coniugi e dai figli.

Tutta la dinamica interna al nucleo familiare, inoltre, interessa il legislatore, il quale si è soffermato sul tema della crisi di coppia e dei rapporti successivi alla crisi della stessa, i quali sono spesso caratterizzati da una (micro) conflittualità tra i genitori, incapaci di risolvere in modo bonario i contrasti o le difficoltà insorti tra loro nei rapporti con i figli.

Sovente questi contrasti sfociano in un'aula giudiziaria, poiché solo la decisione di un soggetto terzo ed imparziale può trovare una soluzione per essi.

D'altro canto, l'attuazione pratica dei provvedimenti del giudice relativi al diritto di visita ed alle frequentazioni dei figli minorenni con ciascun genitore incontra notevoli ostacoli o difficoltà e spesso risulta materialmente impossibile.

E' ben noto infatti quanto sia arduo imporre ad un genitore di attenersi e rispettare i provvedimenti emessi dal giudice.

Pertanto, la crisi dei rapporti familiari fa sorgere complesse esigenze di tutela che non sempre hanno trovato soddisfazione negli strumenti del processo civile, molto spesso inadeguati ad attuare gli interessi e i diritti dei membri della compagine familiare, specie sul versante dell'esecuzione dei provvedimenti riguardanti i minori<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> In questo senso F. Tommaseo, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter c.p.c.* in *Famiglia e diritto* 11/2010, 1057. La riforma del diritto di famiglia del 1975 già aveva potenziato le difese dei crediti di mantenimento e di contribuzione alle esigenze della famiglia e ciò sia con le speciali forme di sequestro conservativo di cui agli artt. 146 e 156 c.c. sia "inventando" gli ordini di pagamento nei confronti del debitor debitoris di adempiere nelle mani del familiare previsti dal vecchio art. 148, comma 2, oggi modificato dalla legge 28 dicembre 2013 n. 154 e dall' art. 156 c.c.:

Tali provvedimenti infatti hanno sempre rappresentato, nell'alveo della tutela giurisdizionale civile, un *punctum dolens* non indifferente sotto il profilo dell'effettività e della garanzia del loro rispetto<sup>2</sup>.

Partiamo con l'esaminare il decreto legge del 2005 n. 35, il quale ha dato avvio ad un turbine di riforme, coinvolgendo anche quelli che sono i procedimenti del contenzioso matrimoniale: in particolare, dapprima le leggi n. 80 e n. 263 del 2005 hanno introdotto modifiche al c.p.c. sul procedimento di separazione e alla legge n. 898 del 1970 sul divorzio, poi, a distanza di pochi mesi, la legge 8 febbraio n. 54 del 2006 «*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*» ha riformato le disposizioni sull'affidamento della prole<sup>3</sup>.

Si tratta, quest'ultima, di una legge assai controversa, che interviene su una delle questioni più delicate del contenzioso familiare, introducendo, in caso di rottura dell'unione affettiva tra i genitori, l'affidamento condiviso dei figli minorenni<sup>4</sup>.

Essa contiene dal punto di vista processuale norme di tutto rilievo, purtroppo non tutte ben meditate e mal coordinate con la disciplina su cui si vanno ad innestare<sup>5</sup>.

---

sull'argomento, v. Ancone, *La tutela dei crediti di mantenimento*, Napoli, 1985, passim e già Carpi, *Doveri coniugali patrimoniali e strumenti processuali nel nuovo diritto di famiglia*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1978, 239 ss. ma vedi anche F. Tommaseo, *Ordini giudiziali di pagamento nel diritto di famiglia*, in AA. VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia* dedicate ad Alberto Trabucchi, Padova, 1989, 559 ss. e ora M. Sesta, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in Codice della famiglia, I, Milano, 2007, 483 ss.

<sup>2</sup> Così F. Danovi, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento* (art. 709-ter c.p.c.), in Riv. dir. proc., 2008, 603.

<sup>3</sup> M. A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, 1063.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> L. Salvaneschi, *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, in Riv. dir. proc., 2006, 1287.

Tale normativa viene resa nota per aver incrementato in modo significativo l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi del minore tramite una disciplina che ha lo scopo di evitare che rimangano inattuati sia i provvedimenti riguardanti l'esercizio della potestà parentale (la quale potestà viene oggi sostituita dal decreto legislativo 28 dicembre 2013 n. 154, entrato in vigore il 7 febbraio 2014, con il termine “*responsabilità genitoriale*”<sup>6</sup>), sia le modalità dell'affidamento della prole: obiettivo che il legislatore ha tentato di raggiungere con il nuovo articolo 709-ter c.p.c.<sup>7</sup>

L'applicazione di questa nuova norma è però ostacolata da un testo normativo tecnicamente infelice e di ardua comprensione<sup>8</sup>, a cominciare dalla sua rubrica, tanto lunga quanto poco chiara, «*Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze e violazioni*»<sup>9</sup>.

Introdotta dall'art. 2, 2° comma, legge n. 54 del 2006, e già contenuta nel disegno di legge n. 3537, nasce dalla dichiarata esigenza di «*garantire i diritti dei figli minori nel caso di separazione tra genitori*» e di «*responsabilizzare i coniugi in caso di inadempienze sia in sede civile sia in quella penale, in particolar modo, in quest'ultimo caso, per ciò che concerne la violazione degli obblighi di natura economica*»<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Si ritiene che tale termine meglio definisce i contenuti dell'impegno genitoriale, non più da considerare come una potestà sul figlio minore, ma come un'assunzione di responsabilità da parte di entrambi i genitori paritariamente nei confronti del figlio.

<sup>7</sup> In questo senso F. Tommaseo, *L'adempimento dei doveri parentali*, cit., 1057.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Così G. Finocchiaro, *Procedimento ad hoc per le liti sulla potestà*, in Guida dir., 2006, fasc. 2, 53.

<sup>10</sup> Così A. Doronzo, *Art. 709 ter, Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*, in AA.VV., *La riforma del processo civile*, a cura di F. Cipriani e G. Monteleone, 617-618.

Lo troviamo collocato nel libro IV c.p.c. «*Dei procedimenti speciali*», titolo II «*Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*», capo I «*Della separazione personale dei coniugi*».

La sua disciplina è relativamente nuova per il nostro ordinamento, soprattutto nella parte in cui prevede sanzioni per il genitore gravemente inadempiente o che pone in essere atti che arrechino pregiudizio al minore o che ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento già disposte dal giudice della separazione o del divorzio<sup>11</sup>.

Tale norma infatti individua, sia in pendenza del giudizio di separazione o di divorzio, che successivamente alla conclusione dello stesso, l'autorità giudiziaria competente, per un verso a decidere le questioni insorte tra i genitori sull'esercizio della responsabilità genitoriale o sulle modalità di affidamento dei figli, mediante la necessaria adozione di provvedimenti c.d. opportuni, per altro verso, a valutare le inadempienze o le violazioni commesse da uno dei genitori rispetto al provvedimento di affidamento della prole, pronunciando l'eventuale modifica dei provvedimenti in vigore e l'adozione di una, o più, delle misure coercitive e sanzionatorie previste nella stessa<sup>12</sup>.

La *ratio* dell'art. 709-ter c.p.c. è quella di indurre i genitori ad adempiere agli obblighi imposti dall'autorità giurisdizionale e con essa l'ordinamento tende a garantire indirettamente il rispetto dell'intervento dell'autorità giurisdizionale all'interno dei rapporti familiari, in campi caratterizzati sovente dall'infungibilità della

---

<sup>11</sup> Così' A. Doronzo, *Art. 709-ter, Soluzione delle controversie*, cit., 618.

<sup>12</sup> C. Padalino, *L'ambito di applicazione dell'art. 709-ter c.p.c.*, in [www.minoriefamiglia.it](http://www.minoriefamiglia.it), 8 febbraio 2006, 1.

funzione genitoriale e quindi dall'ineseguibilità forzata in forma specifica dei *dicta* giudiziali<sup>13</sup>.

Prima di passare alla disamina di tale norma bisogna inquadrare quella che è la situazione all'interno della famiglia ed esporre quelli che sono attualmente i diritti e i doveri del figlio minore.

La legge del 2012 n. 219 e il successivo d. lgsl. del 2013 n. 154, cit., hanno riscritto il I libro del codice civile, in particolare i titoli settimo e nono relativi allo stato di figlio, alla responsabilità genitoriale e ai diritti e doveri del figlio, allo scopo di assicurare, come vedremo, la parità di trattamento fra figli legittimi e figli naturali.

In particolare, proprio la legge n. 219 del 2012, cit., ha introdotto nel tessuto codicistico, in materia di filiazione, l'art. 315-*bis* c.c., rubricato «*Diritti e doveri del figlio*», la quale norma riconosce una maggiore "centralità" al ruolo del minore sia all'interno del processo, estendendo le possibilità di ascolto dello stesso a tutti i procedimenti che lo riguardano, sia nella relazione con i genitori, introducendo e rafforzando proprio il concetto di "responsabilità genitoriale".

Esso dedica i primi tre commi all'elencazione, in chiave positiva, dei diritti del figlio; in particolare al I comma parla dei diritti del figlio verso i genitori, i quali, dunque, non si desumono in via indiretta dai corrispondenti doveri che incombono sui coniugi ai sensi dell'art. 147 c.c., ma vengono enunciati in modo esplicito e prescindendo dal rapporto di coniugio dei genitori, in attuazione dell'art. 30 Cost.

---

<sup>13</sup> Così I Zingales, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 406. Sulla c.d. esecuzione indiretta cfr. per tutti E. Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 727 ss.