

## APPLICAZIONI DELL'ART. 709 TER C.P.C.: SANZIONE O RISARCIMENTO DEI DANNI?(\*)

*SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ambito ed i presupposti di applicazione della fattispecie di cui all'art. 709 ter c.p.c. – 3. In particolare: i presupposti oggettivi. – 4. Segue: il mantenimento diretto dei figli. – 5. La competenza. – 6. Il ricorso. – 7. L'oggetto. – 8. I provvedimenti: la modifica dei provvedimenti (eventualmente già) adottati, l'ammonizione e la condanna alla sanzione pecuniaria. – 9. In particolare: la condanna al risarcimento dei danni. – 10. Segue: la funzione del risarcimento del danno non patrimoniale. – 11. Segue: le funzioni della responsabilità civile in ambito familiare. – 12. Segue: residue problematiche processuali attinenti le fattispecie di cui all'art. 709 ter, comma 2, n. 2) e 3), c.p.c. – 13. Conclusioni*

### **1. Premessa.**

Le forme processuali (quali la semplificazione del rito, lo snellimento dell'istruttoria, la determinazione dei soggetti del giudizio, i rimedi endo-processuali) è evidente come da sempre siano strumenti indispensabili di cooperazione alla realizzazione delle finalità politiche della tutela sostanziale sottesa alle scelte del Legislatore.

In quest'ottica si possono leggere le numerose peculiarità che connotano il rito applicabile alle controversie sull'“*equa riparazione*” del danno per l'eccessiva durata del processo (legge 24 marzo 2001, n.° 89, cd. “*Legge Pinto*”), in cui, alla funzione riparatoria del danno sono evidentemente correlati obiettivi di politica giudiziaria.

Si pensi ancora alla singolarità del procedimento destinato al risarcimento dei danni sofferti da una collettività di consumatori o di utenti, secondo le forme processuali della cosiddetta “*azione collettiva*” (o “*class action*”) di recente introduzione legislativa, in cui scoperta appare la complessità delle differenti funzioni politico-economiche e della prevista efficacia della misura risarcitoria regolata.

La stessa estensione delle forme del rito del lavoro [prima ai rapporti locativi – (legge 27 luglio 1978, n.° 392), quindi alle controversie agrarie (legge 03 maggio 1982, n.° 203), più

---

\* Il presente contributo si inserisce a margine dell'intervento svolto nel convegno “*La responsabilità nelle relazioni familiari*”, organizzato dall'Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia, in collaborazione con il Consiglio Superiore della Magistratura, Ufficio Distrettuale per la formazione professionale della Corte di appello di Genova, tenutosi a Genova il 25 marzo 2009.

di recente alla tutela risarcitoria del danno da morte o da lesioni per effetto della circolazione stradale [legge 21 febbraio 2006, n.° 102<sup>(1)</sup>] – o l'introduzione del c.d. “rito societario” [D.L.vo 17 gennaio 2003, n.° 5<sup>(2)</sup>], testimoniano di un diffuso ricorso alla modulazione delle forme del processo come tecnica privilegiata della tutela civile dei diritti.

Correttamente rileva pertanto la Dottrina che, per certi versi, l'uso (e forse l'abuso) delle strutture del processo civile (pur a fronte dell'ingestibile effetto “inflazionistico” dei riti che ne deriva) o, meglio ancora, la duttilità delle configurazioni procedurali come strumenti di promozione della tutela civile, “*costituiscono fenomeni di fatto già largamente visibili all'occhio dell'osservatore provveduto, e richiedono in primo luogo, prima ancora di registrare il senso dell'eventuale fallimento degli obiettivi, il riconoscimento della “strumentalità” (già) delle (stesse) forme processuali adottate, rispetto alle finalità di tutela concretamente perseguite*”<sup>(3)</sup>.

Ed è proprio in quest'ottica, pertanto, secondo ormai invalsa consuetudine legislativa, che la legge 08 febbraio 2006, n.° 54, “*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso*”, pubblicata sulla “*Gazzetta Ufficiale*” del 01 marzo 2006, n.° 50, non si limita a dettare disposizioni di carattere sostanziale, ma provvede, all'art. 2, a fornire una nuova disciplina processuale dei procedimenti in materia di separazione personale dei coniugi (che, ai sensi del successivo art. 4, comma 2, risulta applicabile “*anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori coniugati*”).

Dovrebbero pertanto da questa angolazione riguardarsi le singolarità rituali delle azioni esperibili ex art. 709-ter, comma 2, c.p.c. (precipuo oggetto della presente disamina), evidentemente dirette (quantomeno sulla carta) al rafforzamento, od all'intensificazione, dell'effetto intimidatorio connesso alla prospettazione del risarcimento del danno e di sanzioni quali danno quale possibile conseguenza delle inadempienze genitoriali. Un'efficacia compulsiva che si avvarrebbe, accanto all'immediatezza e alla contestualità della verifica processuale dell'illecito, del carattere sufficientemente deformalizzato della pronuncia condannatoria.

---

<sup>1</sup> Quest'ultima, peraltro, con difetti di coordinamento (noto essendo che alla contestuale, o riconvenzionale, domanda di risarcimento del danno alle cose derivante dalla circolazione stradale medesima consegue, secondo l'indirizzo giurisprudenziale ormai prevalente, la riconduzione del giudizio al rito ordinario) ed effetti controproducenti (sul campo in concreto palesatisi) tali da far apparire prossima la sua rivisitazione sul piano normativo (con conseguente auspicabile ritorno al sistema previgente).

<sup>2</sup> Nuovamente oggetto di pesanti critiche, da parte degli operatori tutti del diritto, tanto da apparire anche in questo caso prossima la sua abrogazione.

<sup>3</sup> DELL'UTRI, *Funzione ed efficacia; note a margine dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Giur. merito*, 2008, n.° 6 (nota a Trib. Messina, 05 aprile 2007).

## **2. L'ambito ed i presupposti di applicazione della fattispecie di cui all'art. 709 ter c.p.c.**

In particolare, il comma 2 dell'art. 2, legge 08 febbraio 2006, n.° 54, ha introdotto, in seno al codice di procedura civile, l'art. 709 ter, intitolato "*Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*" ai sensi del quale:

*“Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'art. 710 è competente il Tribunale del luogo di residenza del minore.*

*A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:*

- 1) ammonire il genitore inadempiente;*
- 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;*
- 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro;*
- 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.*

*I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari”.*

Si tratta della disposizione sicuramente più problematica dell'intera legge a causa del molteplice rincorrersi, al suo interno, di espressioni atecniche (se non platealmente erranee e/o fuorvianti) che ne rendono estremamente difficoltosa non solo la collocazione sistematica all'interno dell'ordinamento ma, ancor prima, la semplice interpretazione.

Si deve pertanto con la massima cautela, ai fini della sua analisi, procedere con ordine, iniziando dall'inquadramento dell'ambito di applicazione e dall'individuazione dei presupposti.

In proposito, ed in primo luogo, l'art. 709 ter c.p.c., pur se inserito tra le norme dettate per lo svolgimento del processo di separazione personale dei coniugi (ferma l'estensione ai giudizi di scioglimento, cessazione degli effetti civili e/o nullità del matrimonio, nonché ai

procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ex art. 4, comma 2, legge 08 febbraio 2006, n.° 54), risulta far riferimento ai “genitori”, anziché ai coniugi (al contrario delle altre disposizioni del medesimo capo del codice di rito), ed alle “controversie” [tra loro] “insorte in ordine all’esercizio della potestà genitoriale o delle <sup>(4)</sup> modalità dell’affidamento”, in uno con l’esplicito riferimento, al comma 2, oltre che, nuovamente, alle “modalità di affidamento”, al “pregiudizio al minore”.

E’ allora evidente che la norma in esame è escluso possa essere applicata in assenza di prole od in presenza di prole maggiorenne, posto che l’art. 316 c.c. stabilisce che “il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all’età maggiore o alla emancipazione”, sicché, una volta cessata la potestà genitoriale, viene meno anche il presupposto logico e giuridico dell’affidamento.

Quanto precede, peraltro, con l’eccezione del caso di figli, seppur maggiorenni, “portatori di handicap grave ai sensi dell’art. 3, comma 3, legge 05 febbraio 1992, n.° 104”<sup>(5)</sup>, per i quali, pur in assenza di potestà dei genitori, appare necessario provvedere all’affidamento, con la conseguenza che [applicandosi a loro integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori<sup>(6)</sup>] anche in relazione a costoro sarà applicabile l’art. 709 ter c.p.c.

Incontroverso, invece, come la disposizione di cui trattasi sia applicabile ad ogni rapporto di filiazione conosciuto e disciplinato dall’ordinamento [legittima, legittimata, naturale riconosciuta, naturale non riconoscibile, adottiva legittimante, adottiva nei casi speciali<sup>(7)</sup>].

In secondo luogo, presupposto implicito di applicazione della norma in esame, secondo la prevalente Dottrina<sup>(8)</sup>, sarebbe la previa adozione di un provvedimento che dispone in

---

<sup>4</sup> Grammaticalmente forse meglio: “od alle”; altrimenti “dell’affidamento” (senza “modalità”); apparendo lessicalmente inconsueto l’“esercizio delle modalità”.

<sup>5</sup> Secondo cui: “1. È persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione. - 2. [Omissis]. - 3. Qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l’autonomia personale, correlata all’età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità. Le situazioni riconosciute di gravità determinano priorità nei programmi e negli interventi dei servizi pubblici.” - 4.” [Omissis].

<sup>6</sup> Art. 155 quinquies, comma 2, c.c., come inserito dall’art. 1, legge 08 febbraio 2006, n.° 54, “Disposizioni in favore dei figli maggiorenni”: “Ai figli maggiorenni portatori di handicap grave ai sensi dell’art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori”.

<sup>7</sup> E adottiva nei casi di cui agli artt. 291 e ss. c.c. relativamente alla prole maggiorenne portatrice di handicap grave.

<sup>8</sup> FINOCCHIARO G., *Procedimento ad hoc per le liti sulla potestà*, in *Guida al diritto*, 2006, n.° 11, 53 e ss.

ordine all'affidamento della prole<sup>9</sup>), cui il comma 2 fa espressamente riferimento (con l'espressione assolutamente impropria di provvedimenti "in vigore", correttamente riferita soltanto ai provvedimenti normativi e non giurisdizionali) prevedendone la possibilità di modifica.

Tuttavia, superata una prima sommaria lettura della norma stessa, è evidente come questa, facendo espresso riferimento ad ogni controversia inerente, non soltanto, l'affidamento ma, anche, l'esercizio della potestà genitoriale, appaia essere suscettibile di applicazione in una ben più vasta gamma di fattispecie.

<sup>9</sup> Pertanto, in caso di genitori coniugati, per quanto attiene il giudizio per declaratoria di nullità del matrimonio, l'adozione, da parte del Tribunale (qualora, su istanza di uno dei coniugi, lo stesso abbia ordinato la loro separazione temporanea durante il processo ai sensi dell'art. 126 c.c.), dei conseguenti provvedimenti relativi la prole dal contenuto sostanzialmente identico a quello dei provvedimenti necessari ed urgenti adottati nell'interesse della prole medesima nei giudizi di separazione o divorzio, nonché ogni provvedimento ad essi conseguente adottato nel corso del procedimento medesimo in sede di appello (secondo quanto presuppone Trib. S. Maria Capua Vetere, 19 luglio 1996, ai sensi del quale "la separazione temporanea di cui all'art. 126 c.c. va inquadrata tra i provvedimenti di natura cautelare in considerazione del suo carattere di prevenzione ed urgenza, ma la relativa decisione, in quanto riguardante la sospensione dell'esercizio del diritto alla coabitazione (art. 143 c.c.), deve essere assunta con sentenza. La relativa domanda è proponibile con il medesimo atto di citazione introduttivo del giudizio di nullità matrimoniale ed il susseguente procedimento deve snodarsi secondo il rito ordinario, senza, in particolare, che abbia ad esservi spazio per l'udienza presidenziale e gli annessi provvedimenti temporanei nell'interesse dei coniugi e della prole di cui agli art. 707 e 708 c.p.c."); per quanto attiene il giudizio per pronuncia della separazione personale dei coniugi, l'adozione, da parte del presidente del Tribunale, dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole di cui all'art. 708, comma 3, c.p.c., nonché ogni provvedimento ad essi conseguente, adottato nel corso del procedimento medesimo, in sede di reclamo o di modifica, rispettivamente, ai sensi dell'art. 708, comma 4, o dell'art. 709, comma 4, c.p.c., dalla Corte d'appello o dal giudice istruttore; per quanto attiene il giudizio per pronuncia di divorzio, l'adozione, nuovamente, da parte del presidente del Tribunale, dei provvedimenti relativi all'affidamento dei minori di cui all'art. 4, comma 8, legge 01 dicembre 1970, n.° 898, nonché ogni provvedimento ad essi conseguente, adottato nel corso del procedimento medesimo, in sede di reclamo dalla Corte d'appello (così dovendosi argomentare in ragione del combinato disposto di cui agli artt. 4, comma 2, legge 08 febbraio 2006, n.° 54, 4, comma 8, legge 01 dicembre 1970, n.° 898, 708, commi 3 e 4, c.p.c.) o di modifica dal giudice istruttore (ai sensi dello stesso art. 4, comma 8, legge 01 dicembre 1970, n.° 898): la sostanziale identità esistente tra la disciplina della fase iniziale del processo per separazione personale dei coniugi e di quello per divorzio, anche al fine di evitare irragionevoli profili di disparità di trattamento (in incoercibile contrasto con l'art. 3 Cost.), impone difatti che tutti i provvedimenti presidenziali, adottati tanto nell'uno che nell'altro processo, siano reclamabili (la revocabilità o modificabilità, ad opera del medesimo giudice istruttore, dei provvedimenti stessi, analogamente a quanto disposto dall'art. 709, comma 4, c.p.c., come modificato ad opera dell'art. 2, comma 3, lett. e-ter, D.L. 14 marzo 2005, n.° 35, convertito con modificazioni in legge 14 maggio 2005, n.° 80, essendo espressamente già prevista ai sensi dell'art. 4, comma 8, legge 01 dicembre 1970, n.° 898); per quanto attiene il giudizio per modifica delle condizioni della separazione personale dei coniugi, la sentenza che ha definito il giudizio di separazione stesso nonché ogni eventuale provvedimento interinale che, nel corso del procedimento di modifica delle condizioni medesimo, sia assunto dal Tribunale ai sensi dell'art. 710, comma 3, c.p.c.; per quanto attiene il giudizio per modifica delle condizioni di divorzio, la sentenza che ha definito il giudizio di divorzio stesso nonché ogni eventuale provvedimento interinale che, nel corso del procedimento di modifica delle condizioni medesimo, sia assunto dal Tribunale ai sensi dell'art. 9, comma 1, legge 01 dicembre 1970, n.° 89.

In caso di genitori non coniugati, invece, l'adozione, da parte del Tribunale per i minorenni (competente ex art. 38, comma 1, disp. att. c.c., anche ai sensi di Cass. civ., SS.UU., 03 aprile 2007, n.° 8362), di un provvedimento che dispone l'affidamento della prole (eventualmente anche in via interinale) assunto nel corso di giudizio attivato al fine di dirimere contrasti tra i genitori insorti in ordine all'esercizio della potestà stessa (ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 316, commi 3 e 5, c.c., 317 bis, comma 2, c.c.) od ai fini dell'adozione degli opportuni provvedimenti in caso di condotta pregiudizievole del genitore per i figli (art. 333 c.c.) od, ancora, ai fini di ottenere pronuncia di decadenza dalla potestà genitoriale (ai sensi dell'art. 330 c.c.).

Significativamente, a questo proposito, all'interno del comma 1 della disposizione in oggetto, le controversie inerenti l'“*esercizio della potestà genitoriale*” e quelle inerenti le “*modalità dell'affidamento*” sono tra loro distinte dalla disgiuntiva “o”; disgiuntiva altrettanto significativamente riproposta al comma 2, laddove si distinguono le “*gravi inadempienze*” non solo dagli “*atti che comunque*” arrecano “*pregiudizio al minore*” ma anche dagli atti che ostacolano “*il corretto svolgimento delle modalità di affidamento*”.

Ma se le “*modalità dell'affidamento*” presuppongono, evidentemente, l'adozione di un provvedimento giurisdizionale sul punto (che peraltro può solo intervenire in sede di giudizio per declaratoria di nullità del matrimonio, di separazione, di divorzio, di modifica delle relative condizioni od in caso di giudizio inerente la prole nata da genitori non coniugati, poiché in caso di genitori coniugati e conviventi l'adozione di siffatto provvedimento risulta ontologicamente inconfigurabile), non altrettanto è necessariamente presupposto con riferimento alle “*modalità di esercizio della potestà genitoriale*”, laddove le controversie possono pertanto insorgere indipendentemente da qualsiasi previo provvedimento giurisdizionale che, se vi è stato, potrà anche essere modificato, ma che se non vi è stato non costituisce circostanza sufficiente ad impedire di adire il giudice qualora sia insorta ciononostante controversia tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà medesima.

Ribadito difatti che “*il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli*” (art. 147 c.c.) e che tali obblighi derivano anche in capo ai genitori tra loro non coniugati (ai sensi non tanto di quanto stabilito dall'art. 4, comma 2, legge 08 febbraio 2006, n.° 54, ma, ancor prima, di quanto stabilito in via generale dall'art. 261 c.c.), qualsiasi controversia (*ex artt. 316 e ss. c.c.*) che insorga tra gli stessi (coniugati, separandi, separati, divorziandi, divorziati o mai coniugati) in ordine ad ogni aspetto inerente il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole può allora rientrare nell'ambito di applicazione della norma di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., senza necessità alcuna della previa emanazione, sull'oggetto, di un provvedimento in sede giudiziale.

Né vale obiettare che così opinando verrebbe a configurarsi un potenziale concorso di norme tra l'art. 709 *ter* c.p.c. e gli artt. 316, commi 3, 5, 317 *bis*, comma 2, 333, comma 1, c.c.<sup>(10)</sup>.

Invero, la disciplina di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. risulta avere il medesimo oggetto di quelle di cui alle norme del codice civile indicate solo laddove è prevista, in ciascuna norma,

---

<sup>10</sup> Non in relazione alle fattispecie di cui agli artt. 330, 334, comma 1, c.c., che hanno ad oggetto l'adozione di specifici provvedimenti dal contenuto diverso rispetto quelli di cui all'art. 709 *ter* c.p.c.

che il giudice possa adottare provvedimenti “*idonei*”, “*convenienti*” od “*opportuni*”, le formule in oggetto venendosi evidentemente ad equivalere.

Tali norme, tuttavia, prevedono la possibilità, per il giudice, di adottare ulteriori decisioni esclusivamente da ciascuna previste: per l’art. 709 *ter* c.p.c., in primo luogo, la modifica degli eventuali provvedimenti in ordine alla potestà genitoriale eventualmente nel corso del medesimo giudizio, o di altro pregresso, adottati, nonché l’irrogazione dell’ammonizione, della condanna alla sanzione pecuniaria da € 75,00 ad € 5.000,00 ed, infine, la comminatoria della condanna al risarcimento dei danni in favore della prole o dell’altro genitore (provvedimenti avulsi dal contenuto degli artt. 316, 317 *bis* e 333 c.c.); per l’art. 333 c.c., sua volta, l’allontanamento del minore, o del genitore o convivente, dalla residenza familiare, in caso di abusi o maltrattamenti da parte del genitore medesimo (provvedimento avulso dal contenuto dell’art. 709 *ter* c.p.c.).

Ben potranno pertanto i ricorsi rispettivamente dalle norme tutte citate, compresi peraltro quelli di cui agli artt. 330 e 334, comma 1, c.c., tra loro concorrere ed essere azionati contestualmente o indipendentemente al fine di ottenere le rispettive pronunce.

Vi è di più. Da quanto precede discende, inevitabilmente, come non possa tantomeno assumersi a presupposto di applicazione dell’art. 709 *ter* c.p.c. la contestuale pendenza di un procedimento di nullità, separazione, divorzio, modifica degli stessi, o di qualsiasi altro procedimento attinente l’esercizio della potestà genitoriale o l’affidamento della prole.

Il Legislatore, con la norma di cui all’art. 709 *ter* c.p.c., ha sicuramente avuto quale primario obiettivo quello di concentrare la cognizione dei procedimenti relativi alla soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all’esercizio della potestà ed in ordine alle modalità dell’affidamento (altresì al fine, in quella sede, di procedere all’adozione dei conseguenti provvedimenti sanzionatori e risarcitori previsti) nei procedimenti tutti che sono sede elettiva per l’adozione (eventualmente anche in via interinale) di provvedimenti relativi a tale esercizio ed a tale affidamento [così prescindendo, ad onta della collocazione sistematica, all’interno del codice di rito, tra le disposizioni dettate in tema di separazione personale dei coniugi<sup>(11)</sup>, dalla natura del procedimento in corso, dalla competenza per materia a conoscere dello stesso, dalla posizione soggettiva delle parti del medesimo].

Tuttavia, coerentemente a quanto sopra accennato (ed accedendo alla tesi, *amplius infra* ripresa, per cui la norma del comma 1 dell’art. 709 *ter* c.p.c., in sostanza, contiene esclusivamente un criterio attributivo di competenza per territorio a conoscere del ricorso e

---

<sup>11</sup> Senza però tralasciare di estendere, si ribadisce, a mezzo l’art. 4, comma 2, legge 08 febbraio 2006, n.°54 (anche se con tecnica normativa di estrema superficialità), la disciplina ai casi di divorzio e di filiazione naturale.

non la delimitazione dell'ambito di applicabilità della disposizione mediante la fissazione di un presupposto sostanziale, per quanto implicito, dell'azione), si deve ritenere come il procedimento dalla stessa delineato possa introdursi anche in caso di mancanza di un processo principale in corso.

Anche in tale caso vale difatti l'osservazione che se le controversie sulle modalità dell'affidamento presuppongono l'adozione di un provvedimento sullo stesso e pertanto la celebrazione di un processo, le controversie sull'esercizio della potestà genitoriale tale provvedimento non necessariamente presuppongono e, di conseguenza, nemmeno la celebrazione di un processo.

Le conclusioni tutte cui si è sin qui pervenuti appaiono oltremodo legittimate dalla regola dettata dalla seconda parte del citato comma 1 dell'art. 709 *ter* c.p.c., laddove è previsto che *“per i procedimenti di cui all'art. 710 è competente il Tribunale del luogo di residenza del minore”*.

La disposizione, ad una prima lettura, brilla per l'innegabile sua oscurità, stante l'approssimazione del linguaggio utilizzato. Ciononostante è possibile per l'interprete approfondirne la disamina onde giungere ad attribuire alla stessa un senso utile e compatibile con il sistema nella quale essa viene a calarsi.

Non può, a tal fine, anzitutto condividersi la tesi, sebbene autorevolmente proposta, per cui la disposizione in oggetto andrebbe interpretata siccome statuyente che *“per i provvedimenti in materia di potestà dei genitori o di affidamento del minore pronunciati ai sensi dell'art. 710 è competente il Tribunale del luogo di residenza del minore”*<sup>(12)</sup>.

Invero, così interpretata, la disposizione avrebbe il limitato effetto di provvedere in ordine alla disciplina di una particolare ipotesi di ricorso *ex art. 709 ter* c.p.c. in via principale azionato [quello relativo alle controversie tra genitori insorte in sede di attuazione di pronuncia adottata all'esito di giudizio di modifica delle condizioni di separazione<sup>(13)</sup>], senza viceversa pervenire a disporre in ordine ad altre situazioni, di pari rilevanza, nelle quali tali controversie appaiono egualmente capaci di emergere (con ogni correlata conseguenza, anche di potenziale rilievo costituzionale). Si pensi, ad esempio, al caso di giudizi (compresi gli

---

<sup>12</sup> FINOCCHIARO G., *Op. cit.*, 56.

<sup>13</sup> O, al limite, anche di divorzio, argomentando dal combinato disposto di cui agli artt. 709 *ter* c.p.c., 4, comma 1, legge 08 febbraio 2006, n.° 54, Ai sensi del quale *“nei casi in cui i decreto di omologa dei patti di separazione consensuale, la sentenza di separazione giudiziale, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio sia già stata emessa alla data di entrata in vigore della presente legge, ciascuno dei genitori può richiedere, nei modi previsti dall'articolo 710 del codice di procedura civile o dall'articolo 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, l'applicazione delle disposizioni della presente legge”*.

stessi procedimenti di separazione personale o divorzio) conclusi [od estinti<sup>(14)</sup>] previa adozione di provvedimenti statuenti in ordine all'esercizio della potestà genitoriale e/o in ordine alle modalità di affidamento della prole.

Al contrario (come sopra anticipato) la norma di cui all'art. 709 *ter*, comma 1, secondo periodo, c.p.c., deve ritenersi introduca più correttamente un criterio di attribuzione della competenza per territorio; e ciò propriamente in caso di giudizio azionato in via principale.

In uno con la regola secondo la quale il procedimento relativo si introduce con ricorso, l'art. 709 *ter*, comma 1, secondo periodo, c.p.c. viene difatti ad inserire, all'interno del codice di rito, uno speciale procedimento volto, precipuamente, a risolvere le controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale ed in ordine alle modalità di affidamento della prole, conferendo al giudice del procedimento in corso, od a quello indipendentemente in via principale adito ai sensi del secondo periodo del medesimo comma 1 (nel caso nessun procedimento sia pendente), di adottare i provvedimenti opportuni, potendo, in caso di gravi inadempienze, di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento stesse, “*anche*” congiuntamente, disporre la modifica dei provvedimenti (eventualmente in progresso procedimento) già adottati, l'ammonizione, la condanna di uno dei genitori al risarcimento dei danni in favore del minore o dell'altro coniuge o la condanna del genitore medesimo alla sanzione pecuniaria da un minimo di € 75,00 ad un massimo di € 5.000,00.

Come più ampiamente si illustrerà *infra*, § 5, la norma in esame deve in altri termini essere interpretata come determinante, da un lato, quello che è il giudice competente, per territorio, a conoscere del ricorso *ex art. 709 ter* c.p.c. azionato in via incidentale o principale (che sarà, a seconda dei casi, e *ratione materiae*, il Tribunale ordinario od il Tribunale per i minorenni); dall'altro come introducente la regola che in caso di procedimento azionato in via principale, si debbono seguire le forme del procedimento camerale<sup>(15)</sup>.

L'esplicita menzione dell'art. 710 c.p.c. [che peraltro riconduce alle forme del procedimento camerale stesso richiamando espressamente gli artt. 737 e ss. c.p.c.<sup>(16)</sup>], deve

<sup>14</sup> Tenuto presente il disposto di cui all'art. 189, disp. att., c.p.c., ai sensi del quale “*l'ordinanza con la quale il presidente del Tribunale o il giudice istruttore dà i provvedimenti di cui all'articolo 708 del codice costituisce titolo esecutivo. - Essa conserva la sua efficacia anche dopo l'estinzione del processo finchè non sia sostituita con altro provvedimento emesso dal presidente o dal giudice istruttore a seguito di nuova presentazione del ricorso per separazione personale dei coniugi*”.

<sup>15</sup> Secondo una vera e propria, evidente, fascinazione del Legislatore per il giudizio camerale, confermata dalla scelta, effettivamente in questo caso sconcertante (e pertanto oggetto, fortunatamente, di rimeditazione a mezzo l'art. 3, comma 1, D.L.vo 12 settembre 2007, n.° 169), di applicare tale rito ai giudizi per revocatoria fallimentare (sul punto si rammenta l'improvvida introduzione, nel corpo dell'art. 24, RD. 16 marzo 1942, n.° 267, del, come visto poi abrogato, comma 2, ad opera dell'art. 21 D.L.vo 09 gennaio 2006, n.° 5.

<sup>16</sup> Nessuna esiziale deroga rispetto le regole ordinarie di giudizio sembra comportare la soluzione proposta laddove la si ponga in relazione con la facoltà del giudice così adito di, anche, provvedere alla modifica

difatti leggersi non nel senso di formalmente implicare, per la proposizione di qualsiasi ricorso *ex art. 709 ter c.p.c.*, la proposizione di un ricorso *ex art. 710 c.p.c.* (trattandosi di procedimenti aventi oggetti e finalità diverse: sul punto si veda *amplius infra* § 3, nota 26), ma soltanto in quello di prefigurare, per l'appunto, un più ampio richiamo alle forme del procedimento in camera di consiglio che, nella fattispecie (la norma *de quo* essendo stata inserita, sebbene incongruamente, nell'ambito delle norme relative alla separazione personale dei coniugi), è stato realizzato a mezzo il generico richiamo della norma sistematicamente "più vicina"<sup>(17)</sup>.

Qualora si configurasse d'altra parte la pendenza di uno dei procedimenti più volte citati (per declaratoria di nullità del matrimonio, separazione, divorzio, *etc...*), quale presupposto necessario per l'esperimento dell'azione *ex art. 709 ter c.p.c.*, si perverrebbe all'assurda conseguenza di riconoscere, o negare, la tutela dalla norma in oggetto apprestata a seconda che la relativa azione sia esperita a giudizio in corso o meno, con ogni evidente ricaduta sul piano della disparità di trattamento di situazioni sostanziali identiche.

L'ambito di applicazione della norma, concludendo, ricomprende pertanto ogni controversia insorta tra genitori (coniugati e conviventi, separandi, separati, divorziandi, divorziati o mai coniugati) in ordine all'esercizio della potestà genitoriale (a prescindere dall'eventuale pregressa adozione di qualche provvedimento sull'oggetto) ed ogni controversia insorta, tra genitori [separandi, separati, divorziandi, divorziati o mai

---

dei provvedimenti adottati nel corso del pregresso giudizio di separazione o divorzio o, comunque, nel corso dei giudizi svoltisi innanzi il Tribunale per i minorenni: i provvedimenti di cui all'art. 710 c.p.c. (pur avendo carattere e natura di decreto modificabile) possono difatti incidere sulle determinazioni assunte dal giudice della separazione (sebbene con sentenza) sulla scorta della stessa norma di cui all'art. 710 c.p.c.; identica conclusione si ritrae dallo specifico richiamo formulato all'interno del comma 1 dell'art. 9, legge 01 dicembre 1970, n.° 898, al procedimento in camera di consiglio volto, nella fattispecie, a decidere delle eventuali modifiche delle condizioni di divorzio stabilite nella relativa sentenza; camerale sono infine i giudizi che si svolgono innanzi il Tribunale per i minorenni.

Più difficoltosa la soluzione appare ove la si estenda, come peraltro preteso dall'art. 4, comma 2, legge 08 febbraio 1996, n.° 54, all'eventuale giudizio per declaratoria di nullità del matrimonio. La difficoltà è tuttavia solo apparente: nella fattispecie l'introduzione del giudizio *ex art. 709 ter c.p.c.* ad opera della legge medesima è regola innovativa dell'ordinamento e sulla scorta della stessa appare pertanto riconducibile la possibilità del giudice così adito anche di provvedere alla modifica dell'eventuale provvedimento di affidamento della prole con sentenza adottato nel corso del giudizio azionato ai sensi dell'art. 126 c.c. a mezzo decreto.

Si rammenti infine la norma di chiusura di cui all'art. 742 *bis* c.p.c. per cui "*le disposizioni del presente capo si applicano a tutti i procedimenti in camera di consiglio, ancorché non regolati dai capi precedenti o che non riguardino materia di famiglia o di stato delle persone*".

<sup>17</sup> Non si dimentichi che l'art. 4, comma 1, legge 08 febbraio 2006, n.° 54, oltre a richiamare l'art. 710 del codice di procedura civile richiama altresì espressamente l'art. 9 della legge 01 dicembre 1970, n.° 898 (senza contare che la legge medesima, come sopra visto, non risulta aver nemmeno abrogato l'art. 38 disp. att. c.c.) pertanto non dovendosi indurre l'interprete a credere che lo strumento di cui all'art. 710 c.p.c. sia ora utilizzabile non più soltanto dal coniuge separato che intenda chiedere la modificazione dei provvedimenti contenuti nella sentenza di separazione giudiziale o nel decreto di omologazione della separazione consensuale ma anche in tutte le altre ipotesi in cui vi siano dei provvedimenti in materia di affidamento della prole.

coniugati<sup>(18)</sup>] in ordine all'affidamento della prole già disposto; ed il relativo ricorso, a seconda dei casi, sarà esperibile, incidentalmente in corso di giudizio (per declaratoria di nullità del matrimonio, di separazione, di divorzio od attinente l'esercizio della potestà genitoriale o l'affidamento medesimi), qualora lo stesso continui a pendere, od, in via autonoma e principale, qualora i giudizi medesimi siano conclusi (od altrimenti estinti) o non siano mai stati iniziati.

### **3. In particolare: l'ambito ed i presupposti oggettivi.**

Sotto differente prospettiva, occorre ora indagare se le controversie di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. possano riguardare esclusivamente l'esercizio della potestà e le modalità di affidamento personale della prole od afferire anche alle modalità di mantenimento della stessa<sup>(19)</sup>.

Secondo un primo orientamento, l'*“esercizio della potestà comporta l'assunzione di decisioni che possono avere riflessi economici”*, onde il *“nuovo art. 155 c.c. considera come strettamente connessi il profilo dell'affidamento e quello del mantenimento”*<sup>(20)</sup>; l'art. 709 *ter* c.p.c., difatti, sanziona le *“gravi inadempienze, e tali possono essere gli inadempimenti di ordine economico, trattandosi di crediti alimentari sanzionati anche penalmente (v. infatti, l'art. 570 c.p.)”*.

Secondo differente orientamento, invece, *“la articolazione sistematica dell'art. 2 l. n. 54 del 2006 (che ha introdotto l'art. 709-ter c.p.c.) [Omissis], e dell'art. 3 l. cit. (che investe la violazione degli obblighi economici) configura la totalità degli strumenti di tutela sanzionatori predisposti dall'ordinamento a protezione degli interessi personali ed economici delle parti coinvolte in un procedimento di separazione coniugale. Nondimeno, sotto il profilo più squisitamente funzionale, va evidenziato come la disciplina dell'art. 709-ter c.p.c. è sostenuta anche dalla ratio di voler munire le parti di un provvedimento che sia titolo esecutivo [(21)] per la coercizione di obblighi infungibili, quali quelli derivanti dall'esercizio*

---

<sup>18</sup> Non tra genitori coniugati e conviventi. In quanto, si ripete, in tal caso, un provvedimento di affidamento della prole è ontologicamente inconfigurabile.

<sup>19</sup> In tal senso i lavori preparatori della legge 08 febbraio 2006, n.° 54, ove si legge che *“sono state individuate per la prima volta nel panorama normativo delle sanzioni di tipo economico nei confronti del genitore inadempiente e a favore del figlio, oltre che del coniuge eventualmente beneficiario dell'assegno consentendo, così, una protezione molto maggiore e più consolidata ai casi di inadempienza”*; secondo PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006, 245, addirittura, *“l'oggetto principale delle richiamate sanzioni civili dovrebbe essere il mancato pagamento, da parte del genitore onerato, dell'assegno di mantenimento a favore dei figli”*. Contra: DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso nella separazione e del divorzio*, Padova, 2006, 150; VULLO, in *Affidamento condiviso dei figli*, a cura di MANTOVANI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, n.° 1, sub art. 2 legge 08 febbraio 2006, n.° 54, 226 e ss.

<sup>20</sup> Trib. Bologna, 19 giugno 2007; *idem*: Trib. Reggio Emilia, 30 aprile 2007.

<sup>21</sup> Sulle questioni riguardo la sussistenza del titolo esecutivo si veda *amplius infra* § 5.

della potestà genitoriale e dall'affidamento condiviso dei figli minori in sede di separazione giudiziale, mentre, come è noto, gli obblighi di carattere economico sono già stabiliti con provvedimento altresì valido immediatamente come titolo esecutivo (l'ordinanza ex art. 708 c.p.c. del presidente del Tribunale, l'ordinanza modificativa del giudice istruttore, ecc.), per cui l'estensione interpretativa della dimensione sistematica funzionale della norma in esame anche verso questioni di ordine economico appare non corretta sotto il profilo del dettato normativo, della articolazione sistematica e della ratio legis”(22).

Quest'ultima impostazione argomentativa non appare tuttavia condivisibile.

In primo luogo non soddisfa la demarcazione, implicita nella pronuncia giurisprudenziale in oggetto, di due differenti regimi sanzionatori, autonomi e completi, e perciò esaustivi: uno, in ambito civile, volto a tutelare gli interessi personali (di affidamento) della prole coinvolti nel procedimento di separazione; l'altro penale, volto a prevenire e reprimere la lesione degli interessi economici coinvolti nel procedimento medesimo.

E' vero difatti che l'art. 3, legge 08 febbraio 2006, n.° 54, intitolato “*Disposizioni penali*”, statuisce che “1. In caso di violazione degli obblighi di natura economica si applica l'articolo 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n.° 898” (che, sua volta statuisce che “*al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto a norma degli articoli 5 e 6 della presente legge si applicano le pene previste dall'art. 570 del codice penale*”), così estendendo, in combinato disposto con l'art. 4, comma 2, del medesimo testo di legge, la tutela penale ad ogni violazione degli obblighi di natura economica derivanti dal ruolo genitoriale ed in ragione di qualsiasi rapporto di filiazione.

Ed è altrettanto vero che relevantissimi sono gli effetti di tale disposizione sul complessivo sistema della tutela penale dall'ordinamento predisposta a prevenire e sanzionare tali inadempimenti. Basti difatti considerare che, sulla scorta dell'art. 570 c.p.(23), per costante giurisprudenza, assumeva rilievo penalistico solo il mancato adempimento dell'obbligazione alimentare, esulando dalla tutela apprestata dalla norma in oggetto l'inadempimento

---

<sup>22</sup> Trib. Pisa, 27 febbraio 2008.

<sup>23</sup> Art. 570 c.p.: “*Violazione degli obblighi di assistenza familiare*” - “*Chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori o alla qualità di coniuge, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da 103 euro a 1.032 euro. - Le dette pene si applicano congiuntamente a chi: 1) malversa o dilapida i beni del figlio minore o del coniuge; 2) fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa. - Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo nei casi previsti dal numero 1 e, quando il reato è commesso nei confronti dei minori, dal numero 2 del precedente comma. - Le disposizioni di questo articolo non si applicano se il fatto è preveduto come più grave reato da un'altra disposizione di legge*”.

all'obbligo di mantenimento, avente natura assistenziale e perciò potenzialmente superiore a quanto necessario per l'assicurazione dei mezzi di sussistenza<sup>(24)</sup>.

E' pur sempre vero, però, che gli inadempimenti riferibili alle modalità di affidamento della prole non sono lasciati esclusivamente agli strumenti di tutela, civilistici, di cui al nuovo art. 709 *ter* c.p.c., gli stessi potendo difatti configurare il delitto di cui all'art. 388, comma 2, c.p. [*"Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice"*]<sup>(25)</sup>].

In secondo luogo, l'esigenza di munire le parti di un titolo esecutivo per la coercizione di obblighi infungibili [si vedrà nel prosieguo la problematica correlata all'idea di esecuzione (*rectius*: attuazione) indiretta sottesa alla novella legislativa oggetto della presente indagine], che poteva evidentemente apparire inutile a fronte dei provvedimenti attinenti gli obblighi di carattere economico nel corso del procedimento adottati (in quanto immediatamente validi come titolo esecutivo), torna viceversa ad assumere rilievo propriamente a fronte della disciplina dell'affidamento condiviso, che prevede quale privilegiata modalità di mantenimento quello cd. *"diretto"*, e residuale quello realizzato attraverso il pagamento di un assegno mensile.

Evidente allora come l'art. 709 *ter* c.p.c. possa rappresentare precipuamente lo strumento posto a tutela dall'inadempimento dell'obbligo di mantenimento diretto<sup>(26)</sup>.

---

<sup>24</sup> Ai sensi dell'art. 12 *sexies* legge 01 dicembre 1970, n.° 898, invece, il mancato versamento dell'assegno previsto dagli artt. 5 (in favore del coniuge privo di adeguati mezzi di sostentamento) e 6 (in favore dei figli) della stessa legge, veniva punito con le pene previste dal citato art. 570 c.p. (venendo pertanto in questo caso, ossia in costanza di divorzio, tutelato penalmente non solo il diritto agli alimenti del coniuge e/o della prole ma anche il di loro diritto al mantenimento).

La disparità di trattamento tra l'ipotesi del coniuge e/o genitore divorziato e del coniuge e/o genitore non divorziato (pertanto, ciò che in questa sede particolarmente rileva, anche separato) era stata tuttavia dichiarata manifestamente infondata da due pronunce, a breve distanza l'una dall'altra, adottate dalla Corte Costituzionale sul finire degli anni '80, precisamente la n.° 479 del 1989 e la n.° 48 del 1990).

Permaneva invece pur sempre priva della tutela penale in oggetto l'inosservanza, da parte del coniuge e/o del genitore divorziato, delle disposizioni di carattere economico contenute nell'ordinanza adottata dal presidente del Tribunale ai sensi dell'art. 4, legge 01 dicembre 1970, n.° 898, stante l'impossibilità di applicazione analogica della norma di cui all'art. 12 *sexies*, legge medesima

<sup>25</sup> Ai sensi del quale *"la stessa pena [prevista dal precedente comma 1: reclusione sino a tre anni e multa da € 103,00 ad € 1.032,00; n.d.r.] si applica a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile che concerne l'affidamento di minori o di altre persone incapaci [Omissis]"*.

<sup>26</sup> Non può assumersi quale precedente contrario Trib. Termini Imerese, 12 luglio 2006, in quanto non affronta il tema dell'applicabilità dell'art. 709 *ter* c.p.c. alle controversie relative al mantenimento; in quel contesto, difatti, il Tribunale si è occupato di una diversa questione, analizzando il rapporto tra l'art. 709 *ter* c.p.c. medesimo ed il potere del giudice istruttore, ai sensi dell'art. 709, comma 4, c.p.c., di modificare o revocare i provvedimenti temporanei dati dal presidente del Tribunale o dallo stesso giudice istruttore, nonché quello tra l'art. 709 *ter* c.p.c. e la modificabilità delle sentenze di separazione e divorzio *ex art.* 155 *ter* c.c., 710 c.p.c., 9 legge 01 dicembre 1970, n.° 898. Questione risolta, correttamente (si veda *amplius infra* nel testo), nel senso che le misure di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., in caso di previa adozione di provvedimenti aventi ad oggetto l'esercizio della potestà genitoriale o l'affidamento della prole, hanno ad oggetto problemi attuativi dei provvedimenti stessi, mentre le altre si riferiscono alla revisione delle disposizioni relative a tale affidamento ed esercizio, che prescindono da controversie tra le parti insorte sull'attuazione dei provvedimenti medesimi e che sono chieste allo scopo di ottenere una nuova regolamentazione del rapporto nell'interesse della prole.

Né può affermarsi, in senso contrario, che la norma in oggetto, riferendosi alle controversie “*gravi*” in ordine all’esercizio della potestà o in ordine alle modalità di affidamento, intenda avere riguardo ai soli aspetti esistenziali del rapporto genitore/figlio e non già a quelli patrimoniali tra gli stessi esistenti.

E’ anche in tal caso difatti vero che il contenuto della potestà genitoriale non si identifica, e tantomeno si esaurisce, nell’obbligazione di mantenimento; ma altrettanto vero è che l’art. 709 *ter* c.p.c. si riferisce tanto alla potestà sui figli quanto, significativamente (secondo quanto *amplius supra* già ribadito, ma ora invertendo la priorità logica dei dati formali posti a confronto) usando la disgiuntiva “o”, alle controversie in ordine alle modalità di affidamento, tra cui debbono ricomprendersi anche quelle relative al mantenimento [soprattutto a quello “*diretto*”<sup>(27)</sup>].

#### **4. Segue: il mantenimento diretto dei figli.**

L’art. 155 c.c. introduce difatti, quanto meno in via prioritaria, una modalità diretta di mantenimento<sup>(28)</sup>: il Legislatore, per quanto abbia eliminato dalla norma in oggetto il riferimento al mantenimento “*in forma diretta e per capitoli di spesa*”, esplicitamente privilegiata dal progetto di legge n.° 66 (XV Legislatura), è da ritenere (conformemente al pensiero della Dottrina che si è espressa sul punto) abbia comunque espresso preferenza “*per forme di contribuzione diretta, mentre all’assegno viene demandata una funzione essenzialmente integrativa dell’assolvimento personale diretto*”<sup>(29)</sup>.

Oltre che dalla logica propria della “*condivisione*” del rapporto di filiazione, e dal suo speculare concetto di “*bigenitorialità*” quale diritto proprio del figlio (anche nel momento della, e nonostante la, crisi della coppia genitoriale), che rimangono intatti (secondo i principi a livello costituzionale riconosciuti dall’art. 30 Cost. e secondo il dettato, a livello di legislazione ordinaria, degli artt. 147 e 148 c.c.), gli assunti che precedono discendono da una serie di dati testuali.

In primo luogo, l’art. 155, comma 4, c.c., il quale prevede che “*la corresponsione di un assegno periodico*” è stabilita dal giudice solo “*ove necessario [...] al fine di realizzare il*

---

<sup>27</sup> Precisamente in questi termini: FREZZA, *Appunti e spunti sull’art. 709-ter c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009.

<sup>28</sup> CUBEDDU, *I contributi e gli assegni di separazione e di divorzio*, in *Il nuovo diritto di famiglia*. Trattato diretto da FERRANDO, *I. Matrimonio, separazione e divorzio*, Bologna 2007, 879, 919 e ss.; FREZZA, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano 2008, 5 e ss.

<sup>29</sup> Si veda la bibliografia evidenziata da FREZZA, *Op. cit.*: BASINI, *Ancora in tema di affidamento condiviso della prole*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 303 e ss.; QUADRI E., *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, 408; SCHLESINGER, *L’affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2006, 301 e ss.; SESTA, *Le nove norme sull’affido condiviso: a) profili sostanziali*, in *Fam. dir.*, 2006, 385.

*principio di proporzionalità*”, indicando altresì tra i criteri determinativi dell’ammontare di tale assegno i “*tempi di permanenza presso ciascun genitore*” nonché “*la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore*”.

L’interpretazione suggerita trova riscontro in Giurisprudenza. Si precisa a tal proposito che “*l’ottica in cui si muove il legislatore è quella per cui, tendenzialmente, nel rapporto con i figli nulla con l’affidamento condiviso dovrebbe mutare se non nei limiti in cui la non più presenza giornaliera con i genitori incide nel far fronte alle quotidiane necessità economiche della prole*”(30). Ne consegue che “*il modo con cui far fronte al dovere contributivo può essere: diretto (ciascuno dei genitori provvede al mantenimento, recita la norma), e cioè provvedendo in proprio all’acquisto dei beni e al pagamento delle spese necessarie; ovvero indiretto, mediante il versamento all’altro coniuge della somma in denaro a conguaglio che residua ove il modo diretto non copra interamente il budget a proprio carico*”(31). La differente capacità di reddito dei genitori, o la diversa permanenza dei figli con gli stessi può, allora, essere compensata con la corresponsione, a favore di chi sopporta un onere maggiore, di un assegno integrativo(32).

Non sembra contraddire la tesi esposta né, da un lato, l’ipotesi in cui la contribuzione diretta sia improponibile per l’inaffidabilità di uno dei genitori [da cui deriverebbe, evidentemente, la necessità di prevedere il pagamento di un assegno di mantenimento(33)], né, dall’altro (e più in generale), quanto statuito da Cass. civ., Sez. I, 18 agosto 2006, n.° 18187.

Nella fattispecie, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito (relativa, peraltro, a noti personaggi dello spettacolo) che dall’affidamento congiunto delle figlie (adottato in sede di separazione consensuale) aveva espressamente fatto discendere l’obbligo dei coniugi di provvedere in misura paritaria al loro mantenimento, così rigettando la domanda di assegno, avanzata dalla madre, con cui le figlie convivevano. La Cassazione ribadisce, molto sinteticamente, i tradizionali criteri giurisprudenziali in materia di affidamento dei figli minori e in particolare di affidamento congiunto. Da tale premessa, in particolare, la Suprema Corte ricava che (dall’affidamento congiunto) non può affatto derivare, automaticamente e necessariamente, il “*pari*” obbligo dei genitori di provvedere al mantenimento dei figli (nel senso che non solo i genitori sarebbero obbligati nella stessa misura, prescindendo da ogni

---

<sup>30</sup> Trib. Catania, 12 luglio 2006.

<sup>31</sup> Conformemente: Trib. Chieti, 28 giugno 2006; Trib. Catania, 23 maggio 2007.

<sup>32</sup> Qualora, al contrario, l’affidamento sia esclusivo, la sola modalità di contribuzione al mantenimento della prole è, ovviamente, quella indiretta, attraverso il pagamento, da parte del genitore non affidatario, di un assegno mensile determinato in base alle modalità di cui all’art. 155, comma 4, c.c. (ancora: Trib. Catania, 06 giugno 2006; Trib. Catania, 18 giugno 2006; Trib. Ascoli Piceno, 18 maggio 2006).

<sup>33</sup> Trib. Catania, 18 agosto 2006.

valutazione sulla posizione economica dell'uno e dell'altro, ma lo sarebbero anche in “*via diretta*”, potendo ciascuno di essi provvedere a questo o a quell'esborso per i figli, minori o, se maggiorenni, non ancora autosufficienti).

Al contrario (replica la sentenza in rassegna) l'affidamento congiunto non esclude affatto la previsione di un assegno di mantenimento, da corrispondere al genitore con il quale i figli convivono, a carico dell'altro.

Ciò proprio in considerazione, da un lato, dell'interesse del minore, come detto alla base anche dell'affidamento congiunto; dall'altro della natura patrimoniale-assistenziale dell'assegno in oggetto, che è “*finalizzato a sostenere le spese necessarie per consentire le attività dirette*” allo “*sviluppo psico-fisico del minore*”.

Il profilo che quivi maggiormente interessa della sentenza in oggetto, risiede tuttavia nell'espresso richiamo alla legge 08 febbraio 2006, n.° 54, che, pur successiva alla sentenza cassata, introduce il cosiddetto “*principio della bigenitorialità*”, con ciò ovviamente privilegiando l'interesse esistenziale del minore e prescindendo, in particolare, sia dal rapporto patrimoniale tra i due *ex* coniugi, sia dagli aspetti economici riguardanti la vita del minore disciplinati dall'art. 155, comma 4, c.c. Secondo la Corte si tratterebbe di una “*ulteriore e definitiva conferma che l'affidamento congiunto non può certo far venir meno l'obbligo patrimoniale di uno dei genitori a contribuire con la corresponsione di un assegno al mantenimento dei figli, in relazione alle loro esigenze di vita, sulla base del contesto familiare e sociale di appartenenza. Ne consegue che censurabile è la decisione in esame là dove ha erroneamente fatto derivare, come conseguenza automatica, dall'affidamento congiunto, il principio che ciascuno dei genitori provvede in modo diretto ed autonomo alle esigenze dei figli*”.

L'orientamento che si esprime nella pronuncia citata, per quanto consolidato, riguarda però l'ipotesi dell'affidamento congiunto nel divorzio; quanto affermato viceversa in ordine ai principi introdotti dalla legge 08 febbraio 2006, n.° 54, è destinato ad operare a livello di mero *obiter dictum*, in quanto la normativa introdotta dalla novella non poteva applicarsi a quel *decisum*.

Se pertanto si coordinano le relative discipline, occorre allora affermare che il principio espresso in quella decisione, riguardante l'ipotesi di mantenimento dei figli nel divorzio, deve ora essere riletto e adattato ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 4, comma 2, legge 08 febbraio 2006, n.° 54, e 155, comma 4, c.c. come da tale testo normativo riformato, il quale “*privilegia nettamente [...] il principio del mantenimento diretto da parte di ciascun genitore, in proporzione al proprio reddito, come se i genitori fossero conviventi. La*

*corresponsione di un assegno appare nettamente subordinata (il giudice dispone in tale senso solo ove necessario) ed esclusivamente collegata alla necessità di realizzare il principio di proporzionalità”<sup>(34)</sup>.*

Ma quel che più importa sottolineare è che, così ragionando, nel pur lodevole tentativo di scongiurare l’interpretazione dell’assegno di mantenimento quale strumento con funzione “*perequativa*”, ovvero quale “*ripianamento dei redditi*”, si perde precipuamente di vista l’obiettivo, sopra illustrato, della realizzazione del diverso principio di proporzionalità, cui il mantenimento diretto, tutt’altro che estraneo, è al contrario perfettamente funzionale.

Un esempio varrà a conferma. Il Tribunale di Catania, con ordinanza 26 aprile 2006, ha stabilito, in sede di provvedimenti presidenziali, che, una volta disposto l’affidamento condiviso della figlia minore, con convivenza presso la madre, il padre, titolare di redditi sensibilmente superiori, deve contribuire al mantenimento della minore nella misura del 65%, mentre il rimanente 35% grava sulla madre. Il Tribunale ha inoltre ipotizzato (tenuto conto della posizione economica dei coniugi) “*un fabbisogno mensile medio presuntivo del minore di euro 1.000,00, e quindi un budget annuale di 12.000,00 euro*”, sicché “*la madre deve contribuire per euro 4.200,00 (35% di euro 12.000,00) ed il padre per euro 7.800,00 (65% di 12.000,00)*”. Tuttavia “*il genitore convivente farà fronte ai bisogni del minore in via diretta (in ciò considerato anche il lavoro domestico)*” mentre il padre (come da lui stesso richiesto) viene gravato del pagamento diretto della retta dell’istituto scolastico privato frequentato dalla figlia (€ 4.500,00 annue), restando ancora a suo carico la corresponsione di ulteriori € 3.300,00 annui (€ 7800,00 – € 4.500,00). Il Tribunale ha ancora disposto che il padre provveda almeno per un 20% di tale contributo (€ 660,00 circa) prendendosi cura di effettuare spese dirette a vantaggio della figlia (acquistando per lei beni e servizi), e per il resto rimborsando alla moglie (presso cui la figlia convive, e che per questo affronta le spese legate ai bisogni quotidiani) quanto dalla stessa sborsato in eccesso rispetto alla propria quota astratta). Il padre è stato pertanto in definitiva onerato del pagamento alla controparte “*di euro 2.620,00 annui (euro 3.300,00-euro 660,00) pari ad euro 218,00 mensili, somma, questa, da rivalutare annualmente secondo gli indici ISTAT*”<sup>(35)</sup>.

Il mantenimento diretto, così correttamente configurato, non viene pertanto a conseguire alcun ripianamento dei redditi; soltanto si colloca, ed in via preferenziale, tra gli strumenti di attuazione del dovere a ciascun genitore discendente in forza di quanto disposto dagli artt. 147

---

<sup>34</sup> Così DOGLIOTTI, *Affidamento congiunto, affidamento condiviso: un primo intervento della Cassazione*, in *Fam. dir.* 2007, 2007, 345 e ss.

<sup>35</sup> Precedente riportato da CASABURI, *Art. 709 ter c.p.c.: una prima applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 2007, 10.

e 148 c.c. (dovere che permane intatto anche in costanza della crisi del rapporto coniugale dei genitori medesimi), cui in sede di quantificazione potrà concorrere con l'obbligo di versamento di un assegno costituente forma sussidiaria, a titolo di concorso indiretto, nel mantenimento stesso della prole.

A conforto delle tesi appena evidenziate, parrebbe ascrivere la prima ordinanza (edita) applicativa dell'art. 709 *ter* c.p.c. adottata in data 05 aprile 2006 dal Tribunale di Modena che, oltre affrontare (quantomeno implicitamente) ulteriori aspetti che saranno oggetto di disamina nel prosieguo del presente lavoro (si veda *amplius infra* § 5), ribadito che *“sussiste la non contestata dichiarazione della ricorrente che il padre non segue un regime di visita dei figli idoneo a garantire un corretto mantenimento e sviluppo del rapporto genitoriale (un'ora ogni tre o quattro mesi, senza mai tenerli con sé per periodi continuativi), con conseguente allontanamento della figura paterna dalla vita dei figli, e che lo stesso si è reso di fatto irreperibile disinteressandosi della famiglia, circostanza, questa, confermata dalla contumacia sia nella fase presidenziale che avanti al Giudice istruttore e financo dalle relate di notifica degli atti giudiziari”* (contegno di sicuro rilievo per quanto attiene all'aspetto esistenziale del rapporto genitore/figlio), precisa altresì che, per quanto attiene all'obbligazione pecuniaria, *“a dimostrazione dell'inadempimento nel caso specifico sussiste la non contestata dichiarazione della ricorrente di non ricevere regolari pagamenti del contributo stabilito dal Presidente del Tribunale, tanto che si è resa necessaria azione esecutiva con relativo pignoramento, peraltro in larga parte infruttuoso”* così che *“l'applicazione di sanzioni ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c. trova necessario presupposto di fatto nell'effettivo inadempimento agli obblighi oggetto della decisione presidenziale (o del giudice istruttore in modifica) ovvero in comportamenti lesivi degli interessi della prole, ed è da ritenere che i poteri accordati al giudice dalla norma sono subordinati all'inadempienza citata (che, appunto, li prevede in caso di gravi inadempienze), o al compimento di atti pregiudizievoli (cioè atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento)”* così riconducendo l'applicazione delle disposte ammonizione e sanzione pecuniaria ad entrambi gli inadempimenti [sia di carattere personale che economico<sup>(36)</sup>].

---

<sup>36</sup> L'ordinanza interviene nel corso di un giudizio di separazione (peraltro prossimo alla sua definizione) in cui la moglie lamentava l'inadempimento, da parte del marito, dell'obbligo di versarle l'assegno di mantenimento per i figli (o forse anche in suo favore; l'ordinanza sul punto tace).

Il marito, peraltro, permaneva contumace.

Da qui l'istanza finalizzata al conseguimento dell'ordine di pagamento diretto dell'assegno a carico del terzo datore di lavoro del marito, ai sensi dell'art. 156, comma, 6 c.c.

Il giudice istruttore rigettava tale domanda, nonostante l'inadempimento fosse certo (vi era stato anche un pignoramento), in quanto l'istante non aveva indicato il datore di lavoro del marito, cui rivolgere l'ordine, ed

## 5. La competenza.

Si è visto come, in primo luogo, il comma 1 dell'art. 709 *ter* c.p.c. disponga che “*per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità di affidamento è competente il giudice del procedimento in corso*”.

Si è già *amplius supra* esaminata la norma in questione al fine di stabilire il suo ambito di applicazione.

Si tratta ora di indagare gli aspetti più strettamente procedurali sottesi alla disciplina codicistica in oggetto, senza previamente tralasciare di sottolineare come, soprattutto in questa sede, emergano evidenti le lacune nella formulazione del testo normativo.

Si ribadisce pertanto come la previsione di legge (art. 709 *ter*, comma 1, c.p.c., primo periodo), anzitutto, debba essere intesa nel senso che le eventuali controversie inerenti l'esercizio della potestà genitoriale o l'affidamento della prole minorenni sono attratte nella competenza del medesimo giudice che ha pronunciato un qualche provvedimento sull'oggetto solo a condizione che tale giudice continui ad essere investito del processo principale (per declaratoria di separazione, divorzio, nullità del matrimonio o avente ad oggetto l'esercizio della potestà genitoriale o l'affidamento della prole).

La *ratio* della norma stessa, infatti (secondo quanto già anticipato *supra* § 2), risulta essere precipuamente quella di concentrare la cognizione del giudizio incidentale di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. con quello principale attualmente pendente.

Deve allora concludersi che, per stabilire quale sia il giudice competente per il “*procedimento in corso*”, deve continuare a farsi riferimento (in relazione ai giudizi di nullità del matrimonio, separazione, divorzio ed attinenti la potestà genitoriale o l'affidamento della prole) alle norme già in vigore, non innovate sul punto dalla legge 08 febbraio 2006, n.° 54.

Ne consegue come la competenza risulti così ripartita:

per il giudizio di nullità del matrimonio, il Tribunale ordinario del luogo in cui il coniuge convenuto è residente (così come individuato ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 9 e 18 c.p.c.);

per il procedimento di separazione, il Tribunale ordinario del luogo di residenza o domicilio del coniuge convenuto ovvero, qualora questi sia residente all'estero o risulti anzi nemmeno aveva provato [pur essendone onerata (non potendosi difatti configurare al riguardo poteri officiosi del giudice)] l'esistenza stessa di una attività lavorativa del marito.

Provvedeva viceversa, anche sulla scorta dell'inadempimento del marito all'obbligo di tenere con sé i figli secondo le modalità prescritte nell'ordinanza presidenziale, ad irrogare l'ammonizione e la sanzione pecuniaria previste rispettivamente dai n.° 1 e 4 dell'art. 709 *ter* c.p.c.

irreperibile, del luogo di residenza o domicilio del coniuge ricorrente o infine, qualora anche quest'ultimo sia residente all'estero, innanzi qualsiasi Tribunale della Repubblica (così come individuato ai sensi dell'art. 706, commi 1 e 2, c.p.c.);

per il procedimento di divorzio, il Tribunale ordinario del luogo di residenza o domicilio del coniuge convenuto ovvero, qualora questi sia residente all'estero o risulti irreperibile, del luogo di residenza o domicilio del coniuge ricorrente o ancora, qualora anche quest'ultimo sia residente all'estero, innanzi qualsiasi Tribunale della Repubblica o, infine, in caso di domanda congiunta, facoltativamente innanzi il Tribunale del luogo di residenza di uno dei due coniugi [così come individuato ai sensi dell'art. 4, comma 1, legge 01 dicembre 1970, n.° 898<sup>(37)</sup>];

per i procedimenti aventi ad oggetto l'esercizio della potestà genitoriale di genitori tra loro coniugati e conviventi (*ex artt.* 316, 330, 333, 334 c.c.) e/o non coniugati (*ex artt.* 261, 317 *bis*, 330, 333, 334 c.c.), nonché per i giudizi in ordine all'affidamento della prole di genitori non coniugati (*ex artt.* 317 *bis*, 330, 333 c.c.), il Tribunale per i minorenni del luogo di residenza (intesa quale abituale dimora) del figlio stesso al momento della proposizione della domanda<sup>(38)</sup>.

Si è anche visto sopra, al § 2, come, in secondo luogo, il comma 1 dell'art. 709 *ter* c.p.c. disponendo che “*per i procedimenti di cui all'art. 710 c.p.c. è competente il Tribunale del luogo di residenza del minore*”, abbia individuato quello che è il criterio di competenza territoriale in caso di proposizione del ricorso in via principale.

In quella sede si è già difatti avuto modo di anticipare che la norma in esame deve essere interpretata come determinante, da un lato, quello che è il giudice competente, per materia, a conoscere del ricorso *ex art.* 709 *ter* c.p.c. azionato in via incidentale nonché, dall'altro, quello che è il giudice competente, per territorio, a conoscere del ricorso stesso azionato in via principale.

---

<sup>37</sup> Tenuto conto che, secondo Corte Cost., 23 maggio 2008, n.° 169, “*l'art. 4, comma 1, l. 1° dicembre 1970 n. 898, nel testo sostituito dall'art. 2, comma 3-bis, d.l. 14 marzo 2005 n. 35, che individua come competente per i procedimenti contenziosi, aventi ad oggetto lo scioglimento e/o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il giudice “del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza,” è costituzionalmente illegittimo limitatamente a queste parole, atteso che in modo assolutamente irragionevole stabilisce che sia competente per territorio il giudice del luogo in cui si trovava la residenza comune dei coniugi, nonostante, al momento dell'introduzione del giudizio, nessuna delle parti abbia alcun rapporto con quel luogo*”, con pronuncia perfettamente applicabile anche in sede di separazione personale dei coniugi *ex art.* 706, comma 1, c.p.c.;

<sup>38</sup> Determinato secondo quanto statuito dalla costante giurisprudenza; sul punto, *ex plurimis*, si veda Cass. civ., Sez. I, 07 luglio 2001, n.° 9266: “*in tema di controversie relative a minori, ai fini dell'individuazione del Tribunale per i minorenni territorialmente competente in ordine ai provvedimenti diretti ad intervenire sulla potestà genitoriale e sulle modalità del suo esercizio secondo le previsioni degli art. 330 e ss. c.c. deve aversi riguardo alla residenza di fatto del minore e, quindi, al luogo di abituale dimora alla data della domanda*”.

Deve allora adesso farsi riferimento al disposto dell'art. 709 *ter*, comma 1, secondo periodo, c.p.c., ai sensi della novella introdotta con la legge 08 febbraio 2006, n.° 54, per quanto riguarda la competenza a conoscere del relativo ricorso in pendenza dei procedimenti di modifica delle condizioni di separazione o divorzio.

Ne consegue, sul punto, come la competenza risulti così ripartita:

per i procedimenti di modifica delle condizioni di separazione, il Tribunale ordinario del luogo di residenza (intesa quale abituale dimora) del minore al momento della proposizione della domanda, così come innovativamente individuato, per l'appunto, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 709 *ter*, comma 1, 710 c.p.c.<sup>(39)</sup>;

per i procedimenti di modifica delle condizioni di divorzio, il Tribunale ordinario del luogo di residenza (intesa quale abituale dimora) del minore al momento della proposizione della domanda, ancora così come innovativamente individuato ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 709 *ter*, comma 1, 9, comma 1, legge 01 dicembre 1970, n.° 898, 4, comma 2, legge 08 febbraio 2006, n.° 54<sup>(40)</sup>.

E deve altresì farsi riferimento alla norma in oggetto per quanto riguarda la competenza a conoscere del relativo ricorso in assenza di giudizio in corso.

Ne consegue come, in questo caso, la competenza risulti ulteriormente così ripartita:

in caso di ricorso in via principale proposto *ex art. 709 ter* c.p.c. all'esito di pregresso procedimento per declaratoria di nullità del matrimonio, di separazione o di divorzio, conclusosi od altrimenti estintosi, il Tribunale ordinario del luogo di residenza (intesa quale abituale dimora) del minore al momento della domanda, così come individuato precipuamente ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c. medesimo;

in caso di ricorso in via principale proposto *ex art. 709 ter* c.p.c. all'esito di pregresso procedimento avente ad oggetto l'esercizio della potestà genitoriale di genitori tra loro coniugati e conviventi (*ex artt. 316, 330, 333, 334 c.c.*) e/o non coniugati (*ex artt. 261, 317 bis, 330, 333, 334 c.c.*) od avente ad oggetto l'affidamento della prole di genitori non coniugati (*ex artt. 317 bis, 330, 333 c.c.*), conclusosi od altrimenti estintosi, il Tribunale per i minorenni del luogo di residenza (intesa quale abituale dimora) del minore al momento della

---

<sup>39</sup> Così definitivamente superandosi le problematiche che ancora il 17 luglio 1995 il Tribunale di Mantova evidenziava statuendo che “*in regime di separazione personale tra coniugi, la competenza territoriale a decidere sulla domanda di modifica delle disposizioni (economiche) relative al mantenimento della prole va determinata ai sensi o dell'art. 18 o dell'art. 20 c.p.c., mentre la competenza territoriale a decidere sulla domanda di modifica delle disposizioni relative al diritto di visita e permanenza con la prole del genitore non affidatario va determinata solo ai sensi dell'art. 18 dello stesso codice di rito*”.

<sup>40</sup> Si veda, analogamente, quanto riportato in nota che precede.

proposizione della domanda, così come determinato ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 709 *ter* c.p.c., 38, comma 1, disp. att. c.c.<sup>(41)</sup>;

per i giudizi infine in via principale introdotti *ex art.* 709 *ter* c.p.c. in caso di mancanza di pregresso procedimento (e che possono pertanto avere ad esclusivo oggetto le controversie inerenti l'esercizio della potestà genitoriale e non anche quelle inerenti l'affidamento della prole), sempre il Tribunale per i minorenni del luogo di residenza (intesa quale abituale dimora) del minore al momento della proposizione della domanda, così come determinato ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 709 *ter* c.p.c., 38, comma 1, disp. att. c.c.

In altri termini: in caso di proposizione del ricorso in via incidentale, competente è il Tribunale (ordinario o, *ratione materiae*, per i minorenni) del giudizio stesso tuttora in corso; in caso di proposizione del ricorso in via principale a giudizio per declaratoria di nullità, separazione o divorzio conclusosi od estinto, il Tribunale ordinario del luogo di residenza del minore; in tutti gli altri casi il Tribunale per i minorenni del luogo di residenza del minore.

Si deve comunque ribadire e precisare che in relazione a ciascuna delle ipotesi testé considerate, oltre ad applicarsi le diverse indicate norme in materia di competenza, deve seguirsi il rito proprio di ciascun processo nel cui ambito il ricorso *ex art.* 709 *ter* c.p.c. viene, se azionato in via incidentale, ad inserirsi (rispettivamente: ordinario di cognizione; di separazione; di divorzio; camerale *ex art.* 710 c.p.c.; camerale *ex art.* 9, comma 1, legge 01 dicembre 1970, n.° 898; camerale innanzi il Tribunale per i minorenni *ex art.* 38, comma 3, disp. att. c.c.); altrimenti, qualora introdotto in via principale, il rito camerale rispettivamente previsto *ex artt.* 710 c.p.c., 9, comma 1, legge 01 dicembre 1970, n.° 898, 38, comma 3, disp. att. c.c.<sup>(42)</sup>.

Si deve infine aggiungere che qualora il giudizio principale nel quale viene incidentalmente introdotto il ricorso *ex art.* 709 *ter* c.p.c. penda in grado di appello, in forza dell'indicata regola stabilita dal comma 1, primo periodo, dalla norma stessa, il procedimento in esame è di competenza del giudice investito dell'appello<sup>(43)</sup>.

---

<sup>41</sup> Sul punto non abrogato dalla legge 08 febbraio 2006, n.° 54 (si veda Cass. civ., SSUU, 03 aprile 2007, n.° 8362).

<sup>42</sup> Si è già espressamente *supra* § 2 evidenziato che l'esplicita menzione dell'art. 710 c.p.c. (che peraltro riconduce alle forme del procedimento camerale stesso richiamando espressamente gli artt. 737 e ss. c.p.c.) deve difatti leggersi non nel senso di formalmente configurare qualsiasi ricorso *ex art.* 709 *ter* c.p.c. quale ricorso *ex art.* 710 c.p.c. (trattandosi di procedimenti aventi oggetti e finalità diverse), ma soltanto in quello di prefigurare, per l'appunto, un più ampio richiamo alle forme del procedimento in camera di consiglio che, nella fattispecie (la norma *de quo* essendo stata inserita, sebbene incongruamente, nell'ambito delle norme relative alla separazione personale dei coniugi), è stato realizzato a mezzo il generico richiamo della norma sistematicamente "più vicina".

<sup>43</sup> In tal caso con l'inevitabile sottrazione di un grado di giudizio.

Fermo quanto precede, deve, sotto differente profilo di indagine, affrontarsi la problematica sottesa al riparto di competenza funzionale, in caso di proposizione del ricorso in via incidentale proposto tra giudice istruttore e collegio investito della cognizione del giudizio principale<sup>(44)</sup>.

Sul punto, le prime pronunce di merito accolgono la prima tesi.

Senza entrare nella disamina della questione, difatti, il giudice istruttore del Tribunale di Modena, con ordinanza 05 aprile 2006, risulta aver provveduto sull'istanza dalla ricorrente avanzata ammonendo il genitore inadempiente, comminando la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 709 *ter*, comma 2, n.° 4), c.p.c., e fissando per precisazione delle conclusioni la successiva udienza cui in corso di causa all'uopo rinviava<sup>(45)</sup>.

Molto più diffusamente, il Tribunale di Messina, con sentenza 05 aprile 2007, osserva che i provvedimenti *ex art. 709 ter* c.p.c., nella fattispecie dal collegio assunti con la decisione nel merito della causa di separazione, possono (e nella fattispecie potevano) essere adottati dal giudice istruttore. Prosegue il Tribunale ribadendo che *“quanto a quest'ultimo punto (la competenza del giudice istruttore) rafforza l'opinione l'art. 179 c.p.c il quale espressamente prevede che “se la legge non dispone altrimenti le condanne a pene pecuniarie previste dal presente codice sono pronunciate con ordinanza dal giudice istruttore” e l'art. 709 ter fa parte del codice di procedura civile. Ma anche rafforza e consolida detta opinione la già rilevata analogia di finalità con il sequestro ex art. 156 c.c., sicché, al riguardo possono adattarsi le ragioni esposte nella motivazione resa dalla Corte Costituzionale, che nel 1996 (sent. 19 luglio 1996 n. 258) investita della questione di legittimità dell'art. 156 c.c., ne ha ritenuto la parziale illegittimità nella parte in cui la norma non prevedeva che la misura venisse adottata dal giudice istruttore in corso di causa; e ciò argomentando sulla funzione*

---

<sup>44</sup> Superfluo difatti rammentare che ogni procedimento attinente la materia oggetto della presente disamina (separazione, divorzio, modifica delle relative condizioni, nullità del matrimonio, questioni attinenti la potestà e l'affidamento del minore figlio di genitori non coniugati) sono devoluti alla cognizione del Tribunale in composizione collegiale ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 50 *bis*, comma 1, n.° 1), comma 2, 70, comma 1, n.° 2) e n.° 5) c.p.c.

<sup>45</sup> Richiamati i fatti di causa, il giudice istruttore del Tribunale di Modena ribadiva difatti con l'ordinanza in oggetto che *“occorre anzitutto richiamare il convenuto all'adempimento dei propri obblighi sanciti dal provvedimento presidenziale, tramite l'ammonimento e la contestuale inflizione della sanzione del pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende, salvo successivamente disporre, nel caso di protrazione dell'inottemperanza e di specifica prova dei danni, il risarcimento patrimoniale a carico del convenuto; quanto all'entità del dovuto, appare congrua in relazione alle condizioni concrete del caso, la sanzione amministrativa pecuniaria nella misura di euro 750,00” e “rilevato che parte attrice ha chiesto la pronuncia di sentenza non definitiva sullo status e che a tal fine occorre invitare le parti alla precisazione delle conclusioni”*, per tali motivi, [Omissis], *“visto l'art. 709 ter C.p.c., ammonisce [Omissis], nato a [Omissis] il [Omissis], al puntuale adempimento delle prescrizioni contenute nell'ordinanza del Presidente del Tribunale di Modena in data 20/6/05; condanna [Omissis] al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria di euro 750,00 a favore della Cassa delle ammende; visto l'art. 189 C.p.c., fissa per la precisazione delle conclusioni l'udienza del 4-12-2006 ore 10,00”*.

*di coazione anche psicologica del sequestro rispetto all'adempimento degli obblighi di mantenimento posti a carico di uno dei coniugi, sulla esigenza di dare tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del coniuge bisognoso e soprattutto dei figli minori, che sussiste anche prima della sentenza di separazione in relazione agli obblighi di mantenimento stabiliti in sede presidenziale. Del resto, osserva la Corte Costituzionale in questa stessa sentenza, la peculiarità dei provvedimenti provvisori è la loro esecutività e il loro inadempimento può determinare effetti gravemente pregiudizievoli per i componenti della famiglia, sicché ne deve essere assicurata pronta tutela affidando alla saggia valutazione del giudice istruttore bilanciare in modo equilibrato l'uso dei vari strumenti offerti dalla legge per conseguire il risultato di soddisfare nel modo migliore le ragioni economiche dei componenti più bisognosi della famiglia. Stesso discorso, nell'ottica di dare una interpretazione costituzionalmente orientata, può farsi per la soddisfazione non già dell'interesse economico ma di quello personale del minore a conservare un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, anche in caso di separazione, rispetto al quale i poteri ex art. 709 ter c.p.c. si configurano come strumentali. Per questo motivo non si può certamente condividere l'opinione di chi ritiene che i provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c. possano essere adottati solo dal Collegio, in quanto la competenza del giudice istruttore sarebbe limitata ai provvedimenti temporanei ed urgenti, perché ad esempio il sequestro ex art. 156 c.c., di competenza del giudice istruttore per decisione del giudice delle leggi, non partecipa neppure esso della natura di provvedimento temporaneo ed urgente, così come non partecipa di questa natura, se non in quanto è ad esso consequenziale, il potere di portare ad attuazione i provvedimenti temporanei ed urgenti del quale il giudice istruttore è investito ex lege”.*

La tesi appare opinabile.

Osserva difatti Tribunale di Pisa, 19 dicembre 2007, che “*mentre la seconda parte del comma 1 dell'art. 709 ter c.p.c., che si occupa dei provvedimenti di cui all'art. 710 c.p.c., fa riferimento al Tribunale, da intendersi necessariamente quale ufficio giudiziario, la prima parte fa riferimento al giudice: l'espressione giudice è talvolta usata dal legislatore al fine di indicare genericamente l'ufficio giudiziario, ma nel caso di specie, stante la differente terminologia utilizzata nella prima parte e nella seconda parte della disposizione de qua, sembra doversi identificare il giudice come il titolare del procedimento. In altre parole l'art. 709 ter c.p.c., nella prima parte, opera sia come criterio di competenza, individuando tra più Tribunali quello investito della decisione, sia come criterio di assegnazione del procedimento, individuando tra più giudici all'interno del medesimo ufficio quello a cui*

*affidare la controversia, nel chiaro intento di concentrare le decisioni inerenti ad una famiglia in unico giudice, in questo modo evitando che le parti si trovino sempre di fronte ad un nuovo interlocutore.*

*Il giudice del procedimento non è tuttavia il giudice istruttore, in quanto il giudizio di separazione è di attribuzione collegiale e non monocratica: più precisamente, nella causa di attribuzione collegiale, mentre il collegio è il dominus del procedimento, il giudice istruttore è titolare di limitati poteri, circoscritti allo svolgimento dell'istruttoria (cfr. artt. 175 e ss. c.p.c.) ed all'adozione di provvedimenti urgenti. A ciò si aggiunga che il legislatore, che ha ben chiara la distinzione tra giudice titolare del procedimento e giudice istruttore, ben avrebbe potuto utilizzare tale ultima locuzione, come avviene in altri articoli del codice. Né pare decisivo l'art. 179 c.p.c., che, da un lato, fa salva la diversa previsione del legislatore e, dall'altro lato, si riferisce a condanne a pene pecuniarie di modestissima entità: ad ogni modo, il richiamo di tale articolo non sarebbe pertinente nel caso di specie, in cui non stata chiesta l'applicazione di una sanzione.*

*Del resto appare contraddittorio rimettere la decisione al collegio ove la lite sia insorta successivamente alla conclusione del procedimento di separazione e/o divorzio (i procedimenti ex art. 710 c.p.c., a cui rinvia l'art. 709 ter, comma 1, seconda parte c.p.c., sono procedimenti in camera di consiglio di attribuzione collegiale)<sup>(46)</sup>: n.d.r.] e rimettere la decisione ad un giudice monocratico ove la lite sia insorta nel corso del procedimento di separazione e divorzio o ancora operare una distinzione a secondo del momento in cui viene presentata l'istanza o in cui si perviene alla sua decisione (se nel corso dell'istruttoria o al suo esito), distinzione che essendo del tutto casuale risulterebbe in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza e del giudice naturale precostituito per legge e che inoltre appare priva di una ragionevole giustificazione”.*

Le considerazioni che precedono appaiono senza ombra di dubbio corrette, stante anzitutto il dato letterale secondo il quale, per giudice competente, deve necessariamente intendersi il collegio e non il giudice istruttore in mancanza di diversa formulazione del testo di legge<sup>(47)</sup>.

---

<sup>46</sup> Traendo così conferma, in sede giurisprudenziale, la tesi *amplius supra* § 3 riportata in sede di disamina dell'ambito di applicazione della norma circa l'esperibilità del ricorso anche in via principale.

<sup>47</sup> Si noti che identica dizione è usata dall'art. 418, comma 3, c.c. qualora “*nel corso del corso del giudizio di interdizione o di inabilitazione*” appaia “*opportuno applicare l'amministrazione di sostegno*”; in tal caso, difatti, “*il giudice, d'ufficio o ad istanza di parte, dispone la trasmissione del procedimento al giudice tutelare*”: la giurisprudenza, sebbene con qualche iniziale dubbio applicativo, sembra ormai correttamente consolidarsi ritenendo necessaria la pronuncia di ordinanza ad opera del collegio.

Più in generale, comunque, se nessuna questione può porsi in relazione alla competenza del collegio qualora il ricorso *ex art. 709 ter c.p.c.* sia esperito in via principale (sia innanzi il Tribunale ordinario che procederà nelle forme di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c., come richiamati dagli artt. 710 c.p.c. e 9, comma 1, legge 01 dicembre 1970, n.° 898, sia innanzi il Tribunale per i minorenni, che parimenti in tali forme procederà ai sensi del richiamo contenuto nell'art. 38, commi 1 e 3, disp. att. c.c.), in caso di proposizione del ricorso in via incidentale, nel corso di giudizio pendente per declaratoria di nullità del matrimonio, separazione, divorzio, modifica delle condizioni di separazione o divorzio, regolamentazione della potestà genitoriale o dell'affidamento della prole, il giudice competente a conoscere della relativa causa è il collegio, cui sarà pertanto devoluta la cognizione di tutte le domande nel corso dello stesso dalle parti proposte (compresa, pertanto, quella *ex art. 709 ter c.p.c.*).

L'inconferenza del richiamo all'art. 179 c.p.c., d'altra parte, appare manifesta non tanto in ragione della modesta entità delle pene pecuniarie dallo stesso previste ma, soprattutto, ove si ponga mente al fatto che le condanne dal codice di rito ivi richiamate<sup>(48)</sup>, si riferiscono tutte a sanzioni endoprocessuali volte a prevenire e punire comportamenti dilatori, e/o comunque di intralcio, posti in essere ad opera delle parti, o di eventuali terzi coinvolti nella vicenda processuale, capaci di impedire il corretto e pronto svolgimento del processo stesso.

Tale richiamo non può pertanto essere incondizionatamente riferito a misure (quali quella di cui all'art. 709 *ter c.p.c.*) dirette a prevenire e punire comportamenti costituenti inadempimento, sostanziale, a quanto statuito con pronuncia assunta all'esito di un procedimento, o di una fase del procedimento medesimo (qualora adottate in via interinale), in sede di decisione della controversia a giudizio portata e perciò capace di incidere su diritti soggettivi. E tali argomenti risultano viepiù pregnanti laddove correlati alla possibilità, per il giudice, di pronunciare condanna al risarcimento del danno [art. 709 *ter*, comma 2, n.° 2) e 3), c.p.c.].

---

<sup>48</sup> Si vedano sia i casi riservati alla decisione del collegio, per effetto della clausola di salvaguardia di cui all'art. 179, comma 1, c.p.c. [artt. 54, comma 3 (condanna in caso di dichiarazione di inammissibilità o di rigetto dell'istanza di rikusazione), in relazione all'art. 53, 220, comma 2 (condanna in caso di dichiarazione che la scrittura o la sottoscrizione è di mano della parte che ne ha proposto il disconoscimento), 226, comma 1 (condanna in caso di rigetto della querela di falso), 408 (condanna in caso di dichiarazione di inammissibilità, di improcedibilità o di rigetto per infondatezza dei motivi dell'opposizione di terzo)], sia i casi viceversa attribuiti, in via residuale, alla decisione del giudice istruttore [artt. 67, comma 1 (condanna in caso di mancata esecuzione dell'incarico da parte del custode), 118, comma 3 (rifiuto da parte di un terzo ad ottemperare all'ordine del giudice di consentire sulla propria persona o sulle proprie cose le ispezioni che appaiono indispensabili per conoscere i fatti di causa), 255, comma 1 (mancata presentazione del testimone debitamente intimato a comparire all'udienza)] od, anche, alla cognizione del presidente del Tribunale [476, comma 4 (condanna del cancelliere, del notaio o di altro pubblico ufficiale in caso di rilascio di copia in forma esecutiva contravvenendo alle disposizioni dei commi 1, 2 e 3, della stessa norma), quest'ultima peraltro caratterizzata da un certo rilievo economico (da € 1.000,00 ad € 5.000,00)].

E non basta: il comma 3 dell'articolo 709 *ter* c.p.c. medesimo, statuisce che “*i provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari*”; statuisce al contrario il comma 2 dell'art. 179 c.p.c. che l’*“ordinanza pronunciata in udienza in presenza dell'interessato e previa contestazione dell'addebito non è impugnabile; altrimenti il cancelliere la notifica al condannato, il quale, nel termine perentorio di tre giorni, può proporre reclamo con ricorso allo stesso giudice che l'ha pronunciata. Questi, valutate le giustificazioni addotte, pronuncia sul reclamo con ordinanza non impugnabile”*.

L'irriducibile antinomia tra le due disposizioni appare di evidenza tale da non necessitare ulteriori commenti, a meno di voler attribuire il senso, alla norma di cui all'art. 709 *ter*, comma 3, c.p.c., di operare un semplice rinvio alle norme del codice di rito che prevedono i singoli mezzi di impugnazione così da togliere, riducendosi nel caso di specie all'art. 179, comma 2, c.p.c., ogni significato alla disposizione in oggetto vanificandola di contenuto [in contrasto con il principio<sup>(49)</sup> secondo il quale le disposizioni normative debbono interpretarsi “*nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno*”].

La pronuncia del Tribunale di Pisa, tuttavia, soggiunge che “*va osservato che tale soluzione interpretativa appare garantire maggiormente le parti, in quanto, richiamando l'art. 709 *ter*, ultimo comma, c.p.c. i mezzi di impugnazione ordinaria, ove la decisione de qua fosse adottata con ordinanza del giudice istruttore, alle parti non resterebbe che prospettare la questione al collegio ai sensi dell'art. 178, comma 1, c.p.c. al momento della precisazione delle conclusioni, non potendo certamente invocarsi l'applicazione analogica o estensiva dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. avverso provvedimenti che non hanno natura cautelare, essendo strumentali alla risoluzione dei conflitti che in concreto insorgono in ordine all'esercizio della potestà e/o alle modalità di affidamento ed alla applicazione di misure sanzionatorie. In questo modo, invece, il collegio si pronuncia immediatamente, ferma la possibilità, su richiesta delle parti, di confermare o rivedere la statuizione al momento della sentenza, avverso la quale è possibile proporre l'appello*”.

Gli assunti della pronuncia, che molto opportunamente esclude i provvedimenti *ex art.* 709 *ter* c.p.c. possano avere la natura di provvedimenti cautelari (con ogni conseguente logica ricaduta su piano processuale), sembrano tuttavia dover essere oggetto di rieducazione laddove espressamente configurano la possibilità, per il collegio, di pronunciare i provvedimenti, e quindi anche le condanne, di cui alla norma in oggetto, a mezzo ordinanza

---

<sup>49</sup> Sancito, per l'interpretazione del contratto, dall'art. 1367 c.c., ma estensibile anche all'interpretazione della legge in quanto espressione di una generale regola ermeneutica.

(poi modificabile, ad istanza di parte, dal collegio medesimo in sede di sentenza) e non già, per quanto a mezzo pronuncia non definitiva, a mezzo sentenza (o decreto che definisce il giudizio, in caso di procedimenti per modifica delle condizioni di separazione e divorzio od in caso di giudizi aventi ad oggetto l'esercizio della potestà genitoriale o dell'affidamento).

Invero, l'art. 709 *ter* c.p.c., prevede che in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque ostacolano il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, il giudice possa, anche congiuntamente, oltre che modificare i provvedimenti adottati ed eventualmente ammonire il genitore inadempiente, disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore, disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro e/o, infine, condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione pecuniaria, da un minimo di € 75,00 a un massimo di € 5.000,00, in favore della Cassa delle ammende.

Le pronunce aventi ad oggetto tali condanne, espressamente previste dai n.º 2), 3) e 4) del comma 2, della norma in esame [si vedrà oltre (§§ 9 e ss) la complessa questione della natura dei danni dalle disposizioni di cui ai n.º 2) e 3) riconosciuti], dovrebbero tuttavia possedere l'efficacia del titolo esecutivo.

Ora: l'art. 474 c.p.c., premesso al comma 1, che l'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile, prevede, con formula tassativa, al comma 2, che costituiscono per l'appunto titoli esecutivi [oltre gli atti negoziali elencati ai n.º 2) e 3) della stessa norma], nell'ambito degli atti giudiziari, *“le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva”*.

Si è visto che alla fattispecie non appare applicabile la disciplina di cui all'art. 179 c.p.c., che tuttavia, al comma 3, effettivamente disporrebbe che *“le ordinanze di condanna previste nel presente articolo costituiscono titolo esecutivo”*.

Per giunta, il codice di rito, laddove ha previsto che determinate ordinanze possano portare condanna per il pagamento di determinate somme in via anticipatoria rispetto la pronuncia che definisce il giudizio [peraltro espressamente conferendo il relativo potere al giudice istruttore<sup>50</sup>], ha ritenuto conformemente di specificare come tali pronunce costituiscano titolo esecutivo (si vedano in proposito, gli artt. 186 *bis* e 186 *quater* c.p.c., nonché, secondo le regole proprie del procedimento di ingiunzione all'uopo richiamate, l'art. 186 *ter* c.p.c.).

---

<sup>50</sup> Da cui ulteriore conferma che il potere di pronunciare *ex art. 709 ter* c.p.c. debba essere riconosciuto, in assenza di espressa deroga, esclusivamente in capo all'organo giudicante deputato a decidere in ordine alla definizione del giudizio principale.

Deve allora ritenersi che il collegio, quando pronuncia in conformità all'art. 709 *ter* c.p.c., debba provvedere con sentenza, anche pronunciata, qualora ne sussistano i presupposti, ai sensi dell'art. 279, comma 2, n.° 4), c.p.c. (ovverosia non definendo il giudizio), in caso di procedimento attivato per declaratoria di nullità del matrimonio, separazione o divorzio; altrimenti con il decreto che definisce il giudizio, in caso di procedimenti per modifica delle condizioni degli stessi od in caso di giudizi volti alla regolamentazione della potestà genitoriale o dell'affidamento della prole<sup>(51)</sup>.

Solo così opinando, d'altra parte, riprendendo quanto già sopra affermato, acquista senso e fondamento la norma di cui all'ultimo comma dell'art. 709 *ter* c.p.c. in punto mezzi di impugnazione<sup>(52)</sup>.

## **6. Il ricorso.**

Le disposizioni dettate per il concreto svolgimento del procedimento appaiono effettivamente scarse.

Quanto alla domanda, si stabilisce che essa deve essere introdotta con ricorso, dovendosi pertanto ritenere applicabili le prescrizioni dettate dall'art. 125 c.p.c.

Parrebbe quindi contrastare con la lettera della legge la più volte citata pronuncia del Tribunale di Modena, 05 aprile 2006, ove il giudice ha dato spazio ad una ampia “*deformalizzazione*” del subprocedimento.

In difetto di una espressa previsione in senso contrario, inoltre, nel rispetto della generale previsione dell'art. 82 del codice di rito, si deve ritenere che per la proposizione del ricorso in oggetto la parte debba necessariamente avvalersi dell'assistenza di un difensore, non potendo avanzarla personalmente.

Il riferimento dalla norma effettuato al ricorso (quale determinante la necessità di proposizione dello stesso), consente di escludere che l'iniziativa del procedimento in esame possa essere assunta d'ufficio dal giudice e, stando al tenore letterale della norma stessa,

<sup>51</sup> In questo modo, peraltro, non si vengono a frustrare le finalità di pronta soluzione delle controversie insorte tra i coniugi, in materia di esercizio della potestà genitoriale o di affidamento, sottese alla disciplina di cui all'art. 709 *ter* c.p.c.. Invero, la possibilità di adottare la decisione in sede di sentenza non definitiva è assicurata già, come si è visto, dalla generale disciplina del codice di rito; inoltre tale possibilità non viene a configgere con l'esigenza di eventualmente pronunciare, sempre con sentenza non definitiva, la separazione, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, rimettendo al definitivo le ulteriori statuizioni, ben potendo le pronunce tutte essere adottate contestualmente con la medesima sentenza non definitiva o, altrimenti, con successive sentenze non definitive, od, infine, in uno con la sentenza che definisce il giudizio (in proposito si veda Cass. civ., Sez. I, 16 aprile 1996, n.° 3596, che statuisce che “*l'art. 4 n. 9 l. 1 dicembre 1970 n. 898, come modificato dall'art. 8 l. 6 marzo 1987 n. 74, non esclude che il Tribunale pronunci sentenza non definitiva oltre che in ordine alla domanda di divorzio, anche in ordine all'affidamento e al mantenimento della prole, ove ritenga già acquisiti elementi sufficienti al riguardo*”).

<sup>52</sup> Che saranno, a seconda dei casi, l'appello (immediato o, laddove ammissibile, differito ai sensi dell'art. 340 c.p.c.) ed il reclamo in Corte d'appello *ex art.* 739 c.p.c.

soltanto i genitori sono investiti della legittimazione (attiva) ad instaurare il procedimento medesimo, non essendo difatti stata espressamente prevista azione alcuna in capo al pubblico ministero ai sensi dell'art. 69 c.p.c. Si ritiene tuttavia, argomentando da quanto espressamente disposto dall'art. 9, comma 1, legge 01 dicembre 1970, n.° 898 e dall'art. 38, comma 3, disp. att. c.c. nonché da quanto statuito da Corte Cost. 09 novembre 1992, n.° 416, con riferimento all'art. 710 c.p.c. (tenuto oltremodo presente che, in caso di previa adozione, nello stesso od in pregresso giudizio, di provvedimento avente ad oggetto l'esercizio della potestà genitoriale o l'affidamento della prole, il giudice adito *ex art. 709 ter c.p.c.* può, anche, modificare i provvedimenti in "*vigore*") che l'intervento del pubblico ministero (qualora non già intervenuto ai sensi dell'art. 70 c.p.c. nel corso dell'eventuale giudizio pendente) sia necessario.

Non sussiste infine necessità di nomina di curatore speciale, ai sensi dell'art. 78 c.p.c., alla prole interessata dal provvedimento di affidamento.

Ciò, in linea di massima, dipende dal fatto che, il ricorso essendo diretto a far valere domanda nei confronti di un genitore, qualora lo stesso versi (come in effetti nella fattispecie versa) in conflitto di interessi con la prole, la rappresentanza dei figli, ai sensi dell'art. 320, comma 6, c.c. (salve le eventuali necessarie autorizzazioni ad opera del giudice tutelare territorialmente competente), spetta esclusivamente all'altro genitore, ovverosia a colui che procede alla proposizione del ricorso; solo in caso di ricorso da entrambi i genitori reciprocamente proposto, pertanto, tale necessità si può proporre.

Sotto differente prospettiva di indagine, ove la relativa istanza sia formulata nel corso di un processo già pendente, sembra potersi ammettere la possibilità di proporla direttamente in udienza a mezzo di deposito a verbale del relativo ricorso (qualora tutte le parti siano costituite, altrimenti dovendosi eseguire notifica, entro il termine assegnato dal giudice, personalmente al contumace ai sensi dell'art. 292 c.p.c.). Diversamente, qualora il ricorso sia proposto fuori udienza o nessun giudizio sia pendente, è indispensabile provvedere alla notifica, personalmente, dello stesso alla controparte nel termine nuovamente assegnato dal giudice (istruttore del procedimento in corso o delegato all'istruzione del procedimento in via principale proposto).

Si ritiene comunque che, in qualsiasi caso (sebbene la norma sul punto taccia), debba essere concesso al genitore convenuto un termine adeguato per consentire la predisposizione delle opportune difese.

Per quanto infine attiene alle regole che supportano l'attività istruttoria, nuovamente la norma sul punto serbando il più rigoroso silenzio (in particolare nulla stabilendo

conformemente o in deroga all'applicabilità del generale principio della disponibilità della prova enunciato dall'art. 115 c.p.c.), sembra che la soluzione da adottare (secondo quella che appare essere la *ratio legis* alla legge sottesa e secondo quanto già *supra* § 5 accennato in ordine al rito da seguirsi) sia quella per cui risulteranno applicabili le regole istruttorie relative al processo nel quale il ricorso *ex art. 709 ter* c.p.c. viene a calarsi (se proposto in via incidentale), ovvero sia quelle del giudizio ordinario (se pendente processo per declaratoria di nullità del matrimonio) o quelle relative ai giudizi *ex artt. 706 e ss. c.p.c. o 4 e ss. legge 01 dicembre 1970, n.° 898*; in ogni altra caso, quelle di cui all'art. 738, comma 3, c.p.c. relative al giudizio camerale (così come richiamati, rispettivamente, dagli artt. 710 c.p.c., 9, comma 1, legge 01 dicembre 1970, n.° 898, 38, comma 3, disp. att. c.c.).

In ogni caso non si può dubitare del fatto che il giudice possa e debba svolgere gli atti istruttori necessari e indispensabili per la soluzione delle controversie proposte e per l'adozione dei provvedimenti opportuni e degli altri più dettagliatamente indicati.

### **7. L'oggetto.**

L'art. 709 *ter* c.p.c. contempla al proprio interno sostanzialmente due diverse ipotesi, che debbono essere considerata separatamente.

Innanzitutto, è difatti previsto il caso che tra i genitori insorgano delle “*controversie [...] in ordine all'esercizio della potestà genitoriale*” od in ordine alle “*modalità dell'affidamento*”.

Con riferimento a tali situazioni, il giudice adito deve pervenire ad una loro soluzione tramite l'adozione di non meglio individuati “*provvedimenti opportuni*”, il cui contenuto, aprioristicamente, non può essere determinato, potendo variare a seconda delle particolarità di ciascuna fattispecie concreta.

Ad esempio, qualora un provvedimento sull'affidamento della prole sia già stato adottato (circostanza, evidentemente, di elezione per l'intervento in tal senso del giudice), i provvedimenti in oggetto potranno precisare o specificare il contenuto di questo [ad esempio indicando la decorrenza ed il termine dei giorni che durante le ferie estive, genericamente quantificati in sede di affidamento, in ipotesi, nel mese di luglio o agosto, il genitore non affidatario potrà trascorre con il figlio<sup>(53)</sup>].

---

<sup>53</sup> In questo senso gli interventi del giudice *ex art. 709 ter* c.p.c. appaiono alquanto simili a quelli attribuiti, tuttora, al giudice tutelare ai sensi dell'art. 337 c.c., laddove è previsto che egli vigili sull'osservanza delle condizioni stabilite dal Tribunale per l'esercizio della potestà e per l'amministrazione dei beni.

Il giudice adito ai sensi della norma oggetto della presente disamina, può tuttavia, evidentemente, a differenza di quanto è in potere del giudice tutelare stesso (più propriamente deputato solo a stimolare tra le parti una soluzione concordata delle controversie insorte o, altrimenti, ad interessare il competente Tribunale per i

Non è escluso, d'altra parte, che in tale contesto il giudice adito, come espressamente previsto in caso di inadempienze o compimento di atti pregiudizievoli per la prole o di ostacolo al corretto svolgimento delle modalità di affidamento, possa tuttavia anche pervenire a vere e proprie modifiche del provvedimento di affidamento stesso in atto.

In secondo luogo, l'art. 709 *ter* c.p.c. prevede (in modo più dettagliato) l'ipotesi in cui uno dei genitori si sia reso inadempiente agli obblighi correlati all'esercizio della potestà genitoriale o derivanti dall'affidamento ovvero abbia posto in essere atti che comunque hanno arrecato pregiudizio al minore od ostacolato il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento stesso (che più sinteticamente, ai fini della disamina che segue e secondo la formula adoperata nella rubrica della norma in oggetto, possono essere indicate come "inadempienze" e "violazioni").

Secondo quanto correttamente osserva la Dottrina<sup>(54)</sup>, *"in via di prima approssimazione, non si può dubitare che l'ordinamento giuridico consideri come più gravi le inadempienze o violazioni rispetto le controversie, predisponendo, conseguentemente, rimedi più incisivi per le prime rispetto le seconde. Ulteriormente, sembra che le controversie siano principalmente caratterizzate dalla mancanza di profili precisi: qualsiasi condotta dell'altro genitore, anche di minimo rilievo, può far insorgere una controversia, per la quale il giudice deve operarsi per far pervenire le parti ad una soluzione. Al contrario, l'aspetto caratteristico delle inadempienze e violazioni, che devono essere oggetto di specifico accertamento a opera del giudice, è rappresentato dall'avere contorni tendenzialmente più netti e definiti"*.

Sulla scorta di quanto precede, pertanto, risultando le "inadempienze e violazioni" possedere caratteri di maggior precisione e gravità rispetto le semplici "controversie", appare legittimo concludere che laddove una condotta dia luogo ad una controversia, qualora inibita espressamente e specificamente dal giudice tramite l'adozione di provvedimenti opportuni, se reiterata, possa eventualmente essere sanzionata con la pronuncia delle più penetranti misure previste dal comma 2 dell'art. 709 *ter* c.p.c.

E' da sottolineare, comunque, che ogni condotta, per quanto atta a determinare l'insorgere di una controversia o atta a costituire vera e propria inadempienza o violazione, può avere tanto contenuto positivo che negativo (omissivo) non essendo peraltro possibile,

---

minorenni, previa attivazione del pubblico ministero presso lo stesso, per l'adozione dei più penetranti provvedimenti di cui agli artt. 330 e ss. c.c.), effettivamente incidere sulle situazione alla propria attenzione portata con provvedimenti atti ad incidere sostanzialmente e direttamente sulle posizioni soggettive dei genitori e della prole coinvolti.

<sup>54</sup> FINOCCHIARO G., *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, in *Guida al diritto*, 2006, n.° 11, 59.

salvo ipotesi limite (anche di rilievo penale), determinarne in via generale ed astratta i relativi contorni.

Il giudizio sulle condotte dei genitori tenute nei confronti dei figli sono d'altronde irrimediabilmente destinate a mutare, anche profondamente, in relazione al contesto economico, sociale e culturale in cui ciascun rapporto viene a calarsi ed altresì in relazione agli specifici sistemi di valori fatti propri e condivisi dai genitori.

Dal tenore letterale della norma, può ricavarsi con chiarezza soltanto che le inadempienze e le violazioni possono, in via alternativa, arrecare pregiudizio al minore od ostacolare il corretto svolgimento delle modalità di affidamento e che se l'aggettivo "gravi" sembra riferito alle sole inadempienze, si deve ritenere che per entrambe le fattispecie il giudice debba valutare la gravità al fine di stabilire il contenuto concreto dei provvedimenti da adottare nel caso alla sua attenzione portato.

Sotto questo profilo, peraltro, si deve sin d'ora precisare come competa esclusivamente al giudice adito procedere alla qualificazione giuridica dei fatti di causa, secondo i principi delineati dall'art. 113 c.p.c. (secondo cui *jura novit curia*), per cui è affidato alla prudente valutazione del giudice stesso stabilire, in relazione ad una determinata condotta, quale provvedimento effettivamente far discendere al fine di provvedere opportunamente od altrimenti a sanzionarla. Tenuto presente, peraltro, come tale principio debba essere temperato e coordinato con l'altrettanto fondamentale principio della domanda sancito dall'art. 112 c.p.c., che in questo particolare ambito assume enorme rilievo.

Nel delicatissimo contesto dell'educazione della prole, ove determinante appare, come già anticipato, il sistema di valori di riferimento dei genitori, deve difatti scongiurarsi l'ipotesi che a questo si venga a sostituire il sistema di valori proprio ed (esclusivo) del giudice.

Si deve perciò concludere nel senso che il giudice è vincolato alle domande ed alle difese dalle parti avanzate e proposte, sia nella qualificazione della gravità della condotta dai genitori tenuta sia, correlativamente, nella scelta del tipo di provvedimento da adottarsi *ex art. 709 ter c.p.c.*, avendo per l'effetto il genitore che propone il ricorso l'onere di indicare esattamente e specificamente il contenuto del provvedimento richiesto<sup>(55)</sup>.

#### **8. I provvedimenti: la modifica dei provvedimenti (eventualmente già) adottati, l'ammonizione e la condanna alla sanzione pecuniaria.**

Oltre all'adozione dei non meglio specificati "*provvedimenti opportuni*" (da adottarsi, ad opera del giudice, con i contenuti reputati del caso necessari a seconda della fattispecie alla

---

<sup>55</sup> Sempre in questi chiari termini, FINOCCHIARO G., *op. ult. cit.*, 60 e s.

sua attenzione portata), l'art. 709 *ter* c.p.c. elenca una serie di provvedimenti, analiticamente indicati, dal contenuto e dagli effetti predeterminati, che la norma espressamente stabilisce possano essere adottati “*anche*” congiuntamente, in relazione alla particolarità del caso concreto. Tale espressione, è bene subito precisare, deve essere intesa non soltanto come riferita ai singoli provvedimenti di cui ai n.<sup>i</sup> da 1) a 4) del comma 2 della norma in oggetto, ma anche alla modificazione dei provvedimenti già (qualora) adottati, con la conseguenza che il giudice potrà pronunciare una, o più, di quelle misure, congiuntamente o disgiuntamente dalla modifica dei provvedimenti già in atto o, viceversa, modificare tali provvedimenti, congiuntamente o disgiuntamente dalla pronuncia di una, o più, di quelle misure.

Il primo tipo di intervento in tal senso disciplinato dall'art. 709 *ter*, comma 2, c.p.c., successivamente alla previsione dell'adozione dei provvedimenti opportuni, è rappresentato, come appena visto, dalla modificazione dei provvedimenti “*in vigore*”.

A parte la già stigmatizzata improprietà lessicale, questo tipo di provvedimento appare forse il più efficace ed il maggiormente idoneo a prevenire e sanzionare eventuali inadempienze o violazioni<sup>(56)</sup>, potendo ad esempio consentire la sostituzione dell'affidamento condiviso con quello esclusivo al genitore che non ha tenuto la condotta che ha dato luogo al procedimento.

Segue, al n.° 1), del medesimo comma 2, la possibilità per il giudice di ammonire il genitore inadempiente ai propri obblighi.

Si tratta di una misura i cui connotati che riecheggiano da vicino quelli della sanzione disciplinare ma che, essendo priva di un concreto contenuto affittivo, pare scarsamente utile od efficace; la funzione che tuttavia può esserle riconosciuta è quella di una intimazione al genitore ad astenersi, per il futuro, dal reiterare le condotte costituenti inadempimento o violazione dei propri obblighi, avverso la minaccia di incorrere in più gravi conseguenze<sup>(57)</sup>.

Sopraaddendo per il momento della disamina delle figure previste dai n.<sup>i</sup> 2) e 3) della norma in questione, è poi prevista espressamente per il giudice la facoltà di irrogare una sanzione (impropriamente definita “*amministrativa*”, evidentemente per differenziarla dalla sanzione penale) pecuniaria da un minimo di € 75,00 ad un massimo di € 5.000,00 in favore della cassa delle ammende<sup>(58)</sup>.

---

<sup>56</sup> E' circostanza nota alla prassi giudiziaria come la minaccia della modifica delle condizioni di affidamento sia la conseguenza maggiormente temuta dal genitore poco collaborativo.

<sup>57</sup> Funzione nuovamente non del tutto avulsa dall'intervento del giudice tutelare ai sensi dell'art. 337 c.c. (si veda, *supra*, nota 53).

<sup>58</sup> Si veda la bibliografia evidenziata da FREZZA, *cit.*, 33, nt. 17; TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2006, 400, nt. 65; ROSSINI, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGOGGIO e CAPPONI, I, Padova, 2007, *sub art.* 709 *ter*, 406.

Prescindendo dall'osservazione che la previsione in oggetto porta ulteriori argomenti atti ad escludere che le fattispecie di risarcimento del danno di cui ai precedenti n. 2) e 3) dell'art. 709 *ter*, comma 2, c.p.c. abbiano introdotto nell'ordinamento la figura del “*danno punitivo*” (o, meglio, della “*pena privata*”), essendo questa la norma cui il Legislatore ha voluto effettivamente attribuire una funzione punitiva, come meglio si vedrà nel prosieguo della presente trattazione<sup>(59)</sup>, si deve ritenere, contrariamente all'opinione prevalente, come, pur tenuto conto dell'indubbia rilevanza pubblicistica della materia della tutela dei minori, questo specifico provvedimento non possa essere adottato dal giudice indipendentemente da una espressa domanda formulata in tal senso dalla parte.

Non solo, difatti, deve ritenersi rimessa alla valutazione discrezionale ed insindacabile della parte stessa se promuovere il procedimento *de quo*, la cui instaurazione è, evidentemente, presupposto essenziale per l'emanazione del provvedimento sanzionatorio in oggetto, ma deve ritenersi rimessa alla parte medesima la denuncia affinché il giudice in tal senso provveda, esclusivamente alla sua determinazione essendo invece attribuita la concreta quantificazione della sanzione tra il minimo ed il massimo edittale [la quantificazione ad opera del ricorrente dovendo sul punto interpretarsi unicamente quale richiesta di sanzione, analogamente, *mutatis mutandis*, alla richiesta dal pubblico ministero effettuata, in punto pena, all'esito del giudizio penale<sup>(60)</sup>].

Pur prendendo atto dell'irreversibile anomicità e devianza dell'art. 709 *ter* c.p.c., non può concepirsi d'altra parte il sovvertimento dei principi fondamentali dell'ordinamento ed, in particolare, del principio del *ne procedat iudex ex officio*.

---

<sup>59</sup> Senza peraltro sottacere che la stessa previsione di due distinte ipotesi di risarcimento del danno, sempre a carico del genitore inosservante ai propri obblighi: una in favore del minore, l'altra in favore del genitore non inadempiente. Cosicché se la previsione di entrambe le fattispecie potrebbe ricondursi alla dicotomia di condotte che arrecano, da un lato, pregiudizio al minore e, dall'altro, ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento (venendo pertanto le medesime considerate fonte di responsabilità nei confronti, rispettivamente, della prole e dell'altro genitore), evidente è tuttavia che la norma configura due ipotesi di aggressione, a due differenti sfere soggettive (del genitore e della prole) così che il danno è un danno da doversi parametrare in rapporto alla concreta conseguenza derivata dalla condotta illecita posta in essere.

Invero, se il legislatore avesse inteso privilegiare la connotazione sanzionatoria, non si comprenderebbe la ragione della differenziazione operata, posto che la sanzione si sarebbe dovuta sancire, più plausibilmente, sempre nei rapporti interni tra i genitori.

Circostanza di cui appare (sebbene incidentalmente) accorgersi anche il Tribunale di Palermo con la sentenza 02 novembre 2007 (su cui vedi amplius infra § 9, e che pure abbraccia l'opposta concezione), laddove, ribadito che “*anche l'ipotesi prevista dal n. 3 dell'art. 709 ter c.p.c. debba essere inquadrata nel genere della pena privata*”, pur sempre sottolinea che “*sebbene in questo caso gli argomenti siano minori e meno convincenti*” [rispetto l'ipotesi prevista dal precedente n. 2)].

<sup>60</sup> E non si dimentichi che la sanzione pecuniaria prevista dalla norma in oggetto da € 75,00 ad € 5.000,00, nel massimo edittale, è maggiore rispetto la multa prevista dall'art. 388 c.p. che, perseguibile a querela di parte, prevede per giunta che tale pena possa essere irrogata in via alternativa (non cumulativa) con la reclusione fino a tre anni.

Ne si può fondare la contraria tesi ritenendo che il giudice proceda in questo caso quale autorità amministrativa, e non come organo giurisdizionale.

La qualificazione della sanzione come amministrativa, si ripete, appare dettata, sebbene confusamente, dall'intento del Legislatore di non confonderla con una sanzione di carattere penale: il devolversi dell'importo in favore della cassa delle ammende ne appare conferma.

### **9. In particolare: la condanna al risarcimento dei danni.**

Molto, nei primi tre anni di applicazione (per quanto rara) dell'art. 709 *ter* c.p.c., si è discusso in merito alla natura del danno al cui risarcimento sono dedicati i n.° 2) e 3) del secondo comma della norma in oggetto<sup>(61)</sup>.

Secondo la Giurisprudenza, difatti, occorre distinguere i casi di cui ai n.° 1) e 4), che avrebbero indiscussa natura e funzione sanzionatoria, dai casi suddetti, nei confronti dei quali interrogarsi se appartengano alla categoria dei danni punitivi, a quella delle sanzioni private o al paradigma degli artt. 2043, 2059 c.c.

Sul punto diffusamente argomenta Trib. Messina, 05 aprile 2007, secondo il quale *“abbastanza evidente appare la natura sanzionatoria del provvedimento di ammonizione e della applicazione della pena pecuniaria, definita amministrativa con una qualifica di per sé impropria ma verosimilmente intesa a distinguerla dalla sanzione penale in senso stretto; più controversa la questione se il risarcimento del danno di cui trattano i punti 2) e 3) della norma costituisca una forma di punitive damages ovvero di sanzione privata, o debba più semplicemente ricondursi al paradigma degli artt. 2043 e 2059 cod. civ. Questo Tribunale ritiene più corretta la prima ipotesi e non ostante la osservazione che il nostro sistema giuridico non conosce la categoria dei danni punitivi, tipica invece del diritto anglosassone e nordamericano (esempio famoso di punitive damages è il caso di O.J. Simpson) perché l'art. 709 *ter* c.p.c. è introdotto da una legge nuova (54/2006) che in tema di affidamento recepisce largamente l'esperienza anglosassone e nordamericana; una legge che rivede in un'ottica diversa, per certi versi operando quella che è stata definita una rivoluzione copernicana, le regole relative ai rapporti genitori figli nei casi di separazione e divorzio e di conseguenza ben può introdurre nel nostro ordinamento un *quid novum*, segnatamente quella condanna al risarcimento del danno che non è diretta a compensare ma a punire, al fine di dissuadere (to deter) chi ha commesso l'atto illecito dal commetterne altri. Sensibile la differenza tra il*

---

<sup>61</sup> Si veda ancora la bibliografia evidenziata da FREZZA, *cit.*, 33, nt. 18: CASSANO, *In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709 *ter*, comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente “patrimoniali” fra coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 498; ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709 *ter* c.p.c.*, *ivi*, 2009, n.° 1.

*danno punitivo ed il danno compensativo: è noto infatti che già da tempo la giurisprudenza di merito ma anche di recente la giurisprudenza 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., danno non patrimoniale, vale a dire un danno rilevante e risarcibile in quanto si offendano beni costituzionalmente protetti, configurabile ad esempio quando il fatto lesivo abbia profondamente alterato quel complessivo assetto dato dalle relazioni familiari, tale da incidere significativamente sulla persona e costituire una modalità di realizzazione della vita stessa dell’individuo, ovvero quando la lesione di un diritto fondamentale della personalità (tale ad esempio è la relazione genitore-figlio) avviene da parte di altro componente della famiglia, non potendo ritenersi che diritti definiti inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i titolari si pongano o meno all’interno di un contesto familiare e dovendo dall’altro lato escludersi che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio - se ed in quanto posta in essere attraverso condotte che, per la loro intrinseca gravità, si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona - riceva la propria sanzione, in nome di una presunta specificità, completezza ed autosufficienza del diritto di famiglia, esclusivamente nelle misure tipiche previste da tale settore del diritto (Cassazione civile, sez. III, 09 novembre 2006, n. 23918 Cassazione civile, sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20324; Cassazione civile, sez. I, 10 maggio 2005, n. 9801; Cassazione civile, sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827; Cassazione civile sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828)”.*

Il Tribunale messinese giustifica tali assunti ritenendo che “così ragionando si è riconosciuta la possibilità per il soggetto che abbia subito un danno alla persona all’interno di un relazione familiare di promuovere una azione di risarcimento del danno fondata sugli ordinari criteri di accertamento della responsabilità e soggetta alle comuni regole processuali, quali ad esempio la regolare instaurazione del contraddittorio, l’onere della prova, le preclusioni processuali: il che appare invece incompatibile con la struttura dell’art. 709 ter c.p.c. ed il suo inserimento nel processo di separazione e divorzio. Infatti poiché la competenza è attribuita al giudice del processo in corso, la domanda viene cumulata con la domanda di separazione, mentre la regola è che non è possibile il cumulo in un unico processo di domande soggette a riti diversi a meno che non sussista un vincolo di connessione forte o per subordinazione e cioè l’una risulti obiettivamente in posizione di subordinazione o dipendenza rispetto all’altra (Cassazione civile sez. I, 17 maggio 2005, n. 10356 Cassazione civile, sez. I, 12 gennaio 2000, n. 266). Ed infatti questo Tribunale ha sempre escluso la proponibilità nel giudizio di separazione o divorzio della domanda di

*risarcimento del danno ex art. 2043 e 2059 c.c., mentre la domanda di risarcimento danni ex art. 709 ter c.c. deve essere invece trattata in uno con il processo di separazione e divorzio, il che ove fosse considerata una ordinaria domanda di risarcimento danni porterebbe, ad esempio, a decidere in appello di una domanda ordinaria con il rito camerale ed in ogni caso, anche in primo grado, a trattare una domanda ordinaria con un rito speciale, rito speciale che conosce le preclusioni processuali ed è soggetta al principio della domanda solo con riferimento ai diritti disponibili, e non anche con riferimento alle questioni che riguardano il minore (vale a dire esattamente quelle che devono trattarsi per decidere su una istanza ex art. 709 ter c.p.c.). Inoltre deve osservarsi che la ordinaria domanda di risarcimento del danno prevede la regolare costituzione del contraddittorio con la partecipazione al giudizio della parte danneggiata, mentre il minore non è parte del giudizio di separazione o divorzio. Quindi in un ordinario giudizio in cui un genitore ed un figlio minore si ritengano danneggiati ex art. 2043 ovvero 2059 cod. civ. da un terzo ovvero dall'altro genitore, tanto il genitore che il minore, rappresentato come per legge, devono essere parti del giudizio, devono fornire prova del fatto ingiusto e del danno, prova che non può essere integrata d'ufficio dal giudice se non nei limiti dati dall'art. 115 c.p.c., e subiscono le preclusioni istruttorie. Quando invece si discute di risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c. si valuta la mancata attuazione dei provvedimenti di affidamento ovvero comportamenti che ne hanno ostacolato il corretto svolgimento, nell'ambito di una più ampia attività processuale diretta ad assicurare l'attuazione del provvedimento o comunque la soluzione di controversie ad esso relative, e non una compensazione per la lesione del bene protetto, che eventualmente la parte potrà separatamente domandare con azione ordinaria; si entra così in un campo ove molto più ampi sono i poteri officiosi del giudice che adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale dei figli minori ed anche a prescindere dalla domanda dei genitori, persino contro la stessa domanda dei genitori se non conforme all'interesse della prole, e si entra altresì in un processo in cui il minore pur essendo il primo interessato degli effetti della decisione non è però parte in senso tecnico”, così ritenendo che i provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c. sono altro rispetto al risarcimento del danno ex artt. 2043 e 2059 c.c.*

Ne deriva, dall'analisi di questa pronuncia, l'espressa qualificazione della fattispecie non già quale “pena privata”, categoria niente affatto estranea al nostro ordinamento

giuridico<sup>(62)</sup>, bensì, propriamente, quale vero e proprio “*danno punitivo*”, lo stesso della tradizione dei sistemi di *common law*.

La distinzione appare peraltro fondamentale.

Le “*pene private*”<sup>(63)</sup>, in effetti, sono figure ibride, eterogenee riguardo alla fonte (legale, giudiziale o negoziale) e di difficile definizione, tanto che un’autorevole Dottrina ha proposto un inventario di fattispecie che possono denominarsi sanzioni civili punitive al solo scopo di evidenziare, forse tautologicamente, il minimo comune denominatore, rappresentato dalla loro natura di sanzioni civili con finalità preventiva e punitiva. Come correttamente osservato, in sintesi, “*tali spesso eterogenee figure non sembrano in grado di possedere tratti comuni, sufficienti per l’elaborazione di una categoria unitaria*”<sup>(64)</sup>.

I “*danni punitivi*”, viceversa, sono tutt’altra cosa.

Essi, così come elaborati dalla prassi anglosassone, sono condanne risarcitorie che prevedono “*il pagamento di una somma che oltrepassa l’ammontare dei danni effettivamente subiti dal danneggiato, al fine di punire comportamenti caratterizzati da malizia e, in genere, da un rilevante danno sociale*”, la cui ratio è punitiva e, al tempo stesso, preventiva e deterrente<sup>(65)</sup>.

---

<sup>62</sup> Riporta in proposito FREZZA, *Op. cit.*, 33, nt. 19, che, sulla scorta dell’indagine storica, agli albori del diritto romano era ravvisata una forma di punizione per l’autore dell’illecito nella *actio legis per manus iniectioem* e nella *actio per sacramentum*. La prima mirava alla riduzione in schiavitù del colpevole, la seconda alla sua uccisione, solo in un secondo momento sostituita, prima, dal sacrificio animale, quindi dalla condanna al pagamento di una pena pecuniaria.

Tuttavia, soltanto con il diritto decemvirale e post decemvirale, si venne a perfezionare il superamento della pena personale in favore della sanzione patrimoniale, in tal modo aprendosi la strada ad una concezione compensativa della pena pecuniaria sempre più proporzionata al danno effettivamente patito dalla vittima dell’illecito.

Così, nel secolo I d.C., si affermò la distinzione tra le azioni penali e quelle reipersecutorie. Con la prima si perseguiva la punizione del colpevole attraverso la comminazione di una pena (che permaneva pur sempre privata); con le seconde si mirava a reintegrare il patrimonio del danneggiato.

Nel periodo romano medio-classico le pene private venivano quindi irrogate a seguito dell’esperimento delle azioni “*ut poenam tantum consequamur*”, a mezzo le quali il giudice condannava il danneggiante a corrispondere all’offeso una somma di denaro determinata in ragione del danno cagionato ma della quale costituiva un *multiplum* (il carattere privato di tale sanzione discendeva dal fatto che l’azione ad essa sottesa non era obbligatoria).

Entrata tuttavia in crisi in epoca imperiale in favore della pena pubblica, la pena privata fu parzialmente recuperata in età medioevale con la faida e la cosiddetta “*compositio*” tipiche del diritto longobardo; tali misure avevano peraltro una funzione composita, punitiva e riparatoria, tale da far dubitare della loro natura di pena privata, intesa come sanzione pecuniaria con finalità punitiva, e da far viceversa propendere per la sua funzione risarcitoria. Nel medioevo, d’altra parte, prevalse definitivamente, per lo meno nell’Europa continentale, l’ottica risarcitoria su quella punitiva, anche sulla base dell’idea di giustizia commutativa propugnata da S. Tommaso. Prevalse pertanto, sulle altre, l’*actio legi aquiliae*, che comportava la condanna al *simplum*, ossia una condanna pari alla sola entità del danno effettivamente dall’autore dell’illecito inferito.

La finalità in oggetto trovava conferma nell’opera di Grozio e nelle codificazioni moderne, dal *Code Napoleon*, agli attuali artt. 2043, 2059 c.c.

<sup>63</sup> Sul punto, PATTI S., *Pena privata*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 350 e ss.

<sup>64</sup> Alcuni autori facendovi rientrare il risarcimento del danno ambientale, oppure la clausola penale *ex art.* 1382 c.c., l’“*astreinte*” o le sanzioni proprie degli statuti delle associazioni, *etc.*...

<sup>65</sup> In questi termini: BUSNELLI, PATTI S., *Danno e responsabilità*, Torino, 1997, 1 e ss.

I “*danni punitivi*” visti pertanto nell’ottica corretta e qualificati come debbono essere qualificati, rappresentano pertanto una *species* del più ampio *genus* delle “*pene private*”, caratterizzati per essere dei risarcimenti che nel loro riconosciuto ammontare vengono a costituire delle pene esemplari a fini preventivi e sanzionatori.

La Giurisprudenza italiana, sul punto, ha però, anche di recente, ribadito la totale estraneità di tale figura all’ordinamento, ritenendola addirittura capace di configgere con l’ordine pubblico interno.

Sul punto, difatti, non più di tre mesi prima della pronuncia adottata dal Tribunale di Messina, la Corte di Cassazione, chiamata a decidere avverso sentenza della Corte d’appello di Venezia, che aveva respinto la domanda di delibazione di una sentenza della Corte distrettuale della Contea di Jefferson [Alabama, Stati Uniti<sup>(66)</sup>], ha avuto modo di recisamente affermare, confermando l’impugnato provvedimento, contrariamente a quanto ritenuto da parte ricorrente in ordine all’insussistenza di contrasto con l’ordine pubblico italiano della pronuncia statunitense (eccependo come anche il nostro ordinamento civilistico conoscesse istituti aventi natura e finalità sanzionatoria e afflittiva, quali la clausola penale e il risarcimento del danno morale o non patrimoniale), che “*la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva. Essa assolve la funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant’è che se l’ammontare fissato venga a configurare, secondo l’apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o sconfinamento dell’autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta. Quindi, se la somma prevista a titolo di penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno subito e da una rigida correlazione con la sua entità, è in ogni caso da escludere che la clausola di cui all’art. 1382 c.c. possa essere ricondotta all’istituto dei punitive damages proprio del diritto nordamericano, istituto che non solo si collega, appunto per la sua funzione, alla condotta dell’autore dell’illecito e non al tipo di lesione del danneggiato, ma si caratterizza per un’ingiustificata sproporzione tra l’importo liquidato e il danno effettivamente subito*”, e che “*del pari errata è da ritenere qualsiasi identificazione o anche solo parziale equiparazione del risarcimento del danno morale con l’istituto dei danni punitivi. Il danno morale corrisponde ad una lesione subita*

---

<sup>66</sup> Con la quale una società produttrice di caschi per motocicletta era stata condannata a pagare la somma di 1.000.000 di dollari USA, a titolo di risarcimento danni, per la morte di un giovane che, come ritenuto da tale sentenza, era stato sbalzato dal sellino del proprio motociclo a seguito dell’urto con un autoveicolo, aveva perduto il casco protettivo per difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura e, cadendo a terra, aveva riportato lesioni gravissime al capo che ne avevano determinato in seguito il decesso.

La Corte d’appello di Venezia respingeva la domanda ritenendo trattarsi di condanna a danno punitivo, in contrasto con l’ordine pubblico italiano; veniva quindi interposto in Cassazione il ricorso per cui è la sentenza in commento.

dal danneggiato e ad essa è ragguagliato l'ammontare del risarcimento. Nell'ipotesi del danno morale, infatti, l'accento è posto sulla sfera del danneggiato e non del danneggiante: la finalità perseguita è soprattutto quella di reintegrare la lesione, mentre nel caso dei punitive damages, come si è visto, non c'è alcuna corrispondenza tra l'ammontare del risarcimento e il danno effettivamente subito. Nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perchè non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi in re ipsa"[così Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n.° 1183<sup>(67)</sup>].

Sulla scorta di questi condivisibili assunti riesce pertanto veramente difficile ipotizzare, a fronte di una interpretazione che inevitabilmente introduce una vera e propria prospettiva "eversiva" del sistema tradizionale, l'inopinata, improvvisa introduzione nel nostro

---

<sup>67</sup> Si noti d'altra parte che dubbi sulla compatibilità, nello stesso ordinamento nordamericano, dei "punitive damages" con l'VIII Emendamento (introdotto nel 1791 con il "Bill of Rights"), ai sensi del quale "excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted", e con il XIV Emendamento alla Costituzione Federale (introdotto il 23 luglio 1868), che sua volta vieta di "deprive any person of life or property without due process of law", avevano portato ad una iniziale chiusura verso l'istituto in oggetto: in questo senso si veda *U.S. Supreme Court, Aetna Life Ins. Co. vs. Lavoie*, 106 U.S., 1580 (1986); *U.S. Supreme Court, Bankers Life & Cas. Co. vs. Crenshaw*, 486 U.S., 71 (1988); *U.S. Supreme Court, Browning Ferris Industries of Vermont. Vs. Kelco Disposal Inc.*, 492 U.S., 257 (1989).

Una svolta nel senso dell'ammissibilità dei "danni punitivi" si ebbe invece con famoso il caso *Gore*, in occasione del quale la Corte Suprema degli Stati Uniti fissò gli indici da rispettare perché gli stessi si potessero considerare legittimi (*U.S. Supreme Court, BMW of North America Inc. vs. Gore*, 517 U.S., 559 (1996), ovrerosia: il grado di riprovevolezza della condotta del convenuto ("degree of reprehensibility"), il rapporto di proporzionalità tra danni punitivi e danni compensativi ("ratio"), il raffronto alla misura delle sanzioni civili o penali applicabili a condotte equivalenti ("sanctions for comparable misconduct").

Con l'altrettanto celebre pronuncia *U.S. Supreme Court, State Farm Mutual Auto Ins Co. vs. Campbell*, 538, U.S. 408 (2003), la Corte Suprema degli Stati Uniti fissava infine il limite della misura di uno a dieci nella proporzione tra "danni punitivi" e compensativi, risultando i primi incostituzionali laddove superino più di dieci volte la misura dei secondi.

In questo senso si stanno tuttavia orientando ordinamenti di tradizione romanistica, come quello francese, che già nell'*Avant Projet de Réforme du Droit des Obligations* francese, prevedeva all'art. 1371 c.c., la facoltà per il giudice di destinare una parte della somma irrogata a carico dell'autore del fatto illecito doloso in favore del Tesoro Pubblico ("*l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à de dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables*", in *Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, 22 settembre 2005).

ordinamento dell'istituto giuridico del “*danno punitivo*” secondo una “*presunta consapevole volontà legislativa di compiere passi o scelte di grave impegno sistematico*”, peraltro “*proprio nel quadro di un testo normativo (se non proprio di una stagione di rilievo storico) in cui la lucidità o il rigore (quando non la più elementare coerenza) non appaiono tra le qualità suscettibili di più largo apprezzamento*”<sup>(68)</sup>.

La categoria in oggetto potrebbe quindi concepirsi solo ove vi fosse una legge idonea a prevederla, con un preciso grado di determinatezza della fattispecie, requisito che all'interno dell'art. 709 *ter* c.p.c. è invece totalmente assente, essendo d'altro canto paradossale ritenere che l'ordinamento richieda una espressa previsione di legge per il risarcimento del danno non patrimoniale e che si limiti a formulare solo un generico rinvio al “*risarcimento*” per comminare un danno punitivo, per il quale le esigenze di tassatività sono, o dovrebbero essere, ancora più sentite.

E' questa una ragione fondamentale, di ordine esegetico ed ancor prima, come visto, sistematico, per escludere che il risarcimento di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. possa intendersi quale danno punitivo, da risarcire oltremodo in via cumulativa rispetto quella di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c. od anche indipendentemente dall'applicazione di tali norme<sup>(69)</sup>.

<sup>68</sup> In questi termini, CASABURI, *Op. cit.*, ivi, .

<sup>69</sup> Nonostante l'espresso ripudio ribadito dal giudice di Legittimità, è bene subito sottolineare, la suggestione indotta dall'art. 709 *ter* c.p.c. nella giurisprudenza di merito (peraltro, come visto, sull'erronea qualificazione del “*danno punitivo*” come mera “*pena privata*”, del tutto svincolata dal rapporto con il danno effettivamente dalla vittima subito ad opera della condotta dell'autore dell'illecito) ha continuato ad operare, tanto che, ancora il 25 settembre 2007, il Tribunale di Messina ribadiva, richiamando la propria precedente pronuncia del 05 aprile, che “*la legge 54/2006 ha introdotto nel nostro ordinamento specifici strumenti di attuazione del provvedimento di affidamento, previsti dall'art. art. 709 ter c.p.c. che, come questo Tribunale ha già avuto modo di ritenere (sentenza n. 597 del 5 aprile 2007) sono provvedimenti sanzionatori ed appartengono alla categoria dei danni punitivi, vale a dire strumenti di pressione psicologica sul soggetto obbligato che si adottano al fine di dissuaderlo dal perseverare nel comportamento illegittimo, finalità che peraltro condividono con il già disposto provvedimento di sequestro*”, ed il Tribunale di Palermo, di conserva, statuiva che “*la previsione di risarcimento di cui all'art. 709 ter, n. 2, c.p.c. può astrattamente ricondursi alle figure: - del danno esistenziale subito dal minore per il comportamento di uno dei genitori, ipotesi già nota all'ordinamento (cfr. Trib. Venezia, Sez. III, 30/06/2004, Trib. Monza, 05/11/2004, App. Bologna, Sez. I, 10/02/2004, Trib. Rovereto, 19/02/2002, Trib. Roma, 13/06/2000), soggetta a ben precise regole di tipo processuale (principio della domanda, con i tutti i corollari in punto di legittimazione attiva, onere dell'allegazione e della prova; forma del provvedimento finale, che è certamente la sentenza; competenza del giudice monocratico) e sostanziale (applicazione degli artt. 2043 e ss. c.c.). Va subito detto che tale ipotesi non solo non giustifica la previsione espressa del legislatore (che non aveva alcuna necessità di inserirla), ma pone insuperabili problemi di coordinamento della norma (comunque di carattere processuale) non solo rispetto all'orientamento maggioritario in giurisprudenza, che prevede il divieto di connessione con procedimenti soggetti a rito della famiglia delle domande soggette al rito ordinario (come la domanda di risarcimento del danno esistenziale), ma soprattutto rispetto a principi generali del processo. A mero titolo esemplificativo basti ricordare che la promozione di un processo ordinario da parte di un minore in cui i genitori sono in conflitto fra loro (qui per definizione, visto il tipo di richiesta) necessita della nomina di curatore speciale (v. Trib. Roma, 13/06/2000), ma nulla dice l'art. 709 ter, n. 2 c.p.c. al riguardo; che è sconosciuta all'ordinamento l'iniziativa ufficiosa per la condanna al risarcimento dei danni, come invece sembra essere consentito dalla norma (purché vi sia un ricorso iniziale, l'inciso finale del 2° comma dispone che il giudice “*può, anche congiuntamente*” disporre il risarcimento del danno); che la forma del provvedimento dovrebbe necessariamente essere quella della sentenza, come per gli altri risarcimenti del danno, mentre l'art. 709 *ter* c.p.c. fa riferimento ai provvedimenti di cui all'art. 710 c.p.c., che sono decreti; che la decisione mediante sentenza è rimessa nel rito*

Sotto l'aspetto probatorio, inoltre, il danno punitivo, persino nel sistema nordamericano, non può prescindere dalla prova di un danno effettivo, anche se esso ne supera notevolmente l'ammontare.

Al fine di scongiurare la configurazione di una lesione in *re ipsa*, appare allora necessario apportare la prova degli elementi tutti dell'illecito, compresa quella del danno<sup>(70)</sup>, così da superare il problema, sicuramente centrale nell'interpretazione della norma in esame, della prova stessa, la quale, se riammessa in corso di causa, provocherebbe rallentamenti e ritardi a scapito della speditezza del processo. Proprio per questo, si è difatti (contraddittoriamente) affermato che la lesione ed il conseguente danno sussisterebbero in *re ipsa*, senza cioè, necessità di una specifica istruttoria, il danno peraltro dovendosi configurare come non patrimoniale con sua conseguente liquidazione in via equitativa<sup>(71)</sup>.

Il timore in ordine alla riammissione della prova a processo in corso è sicuramente fondato, così come fondata è la qualificazione del danno in oggetto quale danno non patrimoniale.

Tale timore, tuttavia, si mitiga riconoscendo al suo risarcimento la “*funzione sanzionatoria*” che gli è propria: in tal caso, invero, la prova del danno, seppur rigorosa, si baserebbe su parametri semplici ed oggettivi, dovendosi semplicemente applicare una sanzione.

## **10. Segue: la funzione del risarcimento del danno non patrimoniale.**

---

*speciale della famiglia alla sola composizione collegiale, mentre i provvedimenti di cui all'art. 709 ter c.p.c. sono “assunti dal giudice del procedimento in corso” che ben potrebbe essere il giudice istruttore, come nel caso di specie; - del danno punitivo o pena privata, perché determina la misura del risarcimento non rispetto al danno subito, ma rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del comportamento lesivo, in quanto ha lo scopo non di riparare il torto, ma di infliggere una sanzione al danneggiante (su tali differenze si è espressa in modo molto chiaro Cass. civ., Sez. III, 28/08/2003, n.12613). La natura sanzionatoria del chiesto risarcimento risponderebbe, pertanto, alle funzioni della pena e, in particolare, a quella (special preventiva) di dissuadere il genitore che non rispetta i provvedimenti di natura personale (di per sé non coercibili e la cui difficoltà di esecuzione è ben evidenziata nella sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 30.6.05 a seguito del ricorso n. 30595/02, che ha comportato la condanna dello Stato italiano per violazione dell'art. 8 della Convenzione, rispetto ad un padre che non riusciva a vedere la figlia, così come disposto dall'Autorità giudiziaria)”, ritenendo “che anche l'ipotesi prevista dal n. 3 dell'art. 709 ter c.p.c. (sebbene in questo caso gli argomenti siano minori e meno convincenti) debba essere inquadrata nel genere della pena privata, anche per via della lettera della legge, del tutto simile a quella utilizzata per il precedente n. 2” e che “l'art. 709 ter c.p.c. ha l'evidente scopo di approntare tutela al tipo di situazioni appena descritto e che la natura ufficiosa della pena (anche se di carattere privato) è, del resto, coerente alle caratteristiche dei provvedimenti provvisori ed urgenti emessi a tutela della prole in sede di separazione e divorzio (iniziativa anche ufficiosa; non necessità della nomina del curatore; competenza del giudice che procede; decisione con ordinanza in corso di causa da confermarsi con sentenza all'esito della causa ovvero decisione con decreto in sede di modifica per fatti sopravvenuti alla sentenza)”*

<sup>70</sup> Così FREZZA, *Op. cit.*, ivi, 35; FINOCCHIARO, *Op. ult. cit.*, 62 e s.

<sup>71</sup> Così espressamente Corte d'appello di Firenze 29 agosto 2007, che peraltro ha riconosciuto il ricorso innanzi sé proposto *ex art. 709 ter c.p.c.* come rinunciabile, conformemente ad una sua interpretazione in chiave risarcitoria, sottintendendo la disponibilità del diritto fatto valere.

Il profilo da ultimo evidenziato al paragrafo precedente appare di fondamentale importanza per una corretta ricostruzione del sistema.

E' innegabile difatti che qualche difficoltà si pone inevitabilmente qualora si aderisce all'orientamento che ammette la tripartizione del danno non patrimoniale in “*danno biologico*”, “*danno morale soggettivo*” e “*danno esistenziale*”, tenuto conto che i dubbi sollevati sulla loro autonomia concettuale condizionano inevitabilmente anche il sistema probatorio.

In effetti, conformemente alla giurisprudenza dominante, si afferma che il risarcimento del danno non patrimoniale svolge una funzione compensativa (per l'appunto) di un “*interesse non patrimoniale*”.

Tale funzione sarebbe irriducibile all'art. 709 *ter* c.p.c. in quanto questo risponderebbe al contrario ad una logica punitiva e sanzionatoria.

Tuttavia è sufficiente replicare che la natura punitiva e deterrente del risarcimento, la stessa che dovrebbe caratterizzare i danni punitivi ai sensi dell'art. 709 *ter*, comma 2, c.p.c., è effettivamente insita nella funzione stessa, se correttamente intesa, svolta dal risarcimento del danno non patrimoniale, così evitandosi non solo sovrapposizioni concettuali fra “*danni punitivi*” e danni non patrimoniali ma, ancor prima, evitando il proliferare di domande e la duplicazione di poste risarcitorie ben conosciute alla prassi giurisprudenziale<sup>(72)</sup>.

Per avvalorare questa tesi, sarebbe quindi opportuno rivedere la teorie che conferiscono funzione satisfattiva e compensativa al risarcimento del danno non patrimoniale, allo scopo di ricondurre tale ipotesi in seno a quella sanzionatoria, secondo la logica tradizionale e formalistica riconducibile all'interpretazione dell'art. 2059 c.c., tenuto conto della riserva di legge in tale norma contenuta<sup>(73)</sup>.

Secondo parte della Dottrina, sul punto, l'art. 2059 c.c. possiederebbe una “*funzione satisfattiva*” cui in linea teorica non sarebbero tuttavia estranei anche profili punitivi e compensativi; così opinando, il risarcimento del danno non patrimoniale dovrebbe se non proprio compensare, quantomeno equivalere ad un equo ristoro proporzionato al danno subito<sup>(74)</sup>. In quest'ottica, si prende atto della inidoneità del denaro a compensare in senso proprio una sofferenza, che è entità non comparabile, ma si ritiene che esso possa comunque

---

<sup>72</sup> Rischio tenuto presente, sebbene non risolto sino in fondo, dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione 11 novembre 2008, n.° 26972, che peraltro non si occupa dell'aspetto funzionale del danno non patrimoniale.

<sup>73</sup> Così, sempre, FREZZA, *Op. cit.*, 36 e ss.

<sup>74</sup> Si veda, in tal senso, NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 350.

offrire al danneggiato una più sfumata soddisfazione per il torto subito<sup>(75)</sup>, argomentandosi in tal senso anche in termini indennitari<sup>(76)</sup>.

Siccome l'idea della punizione non può però essere del tutto estromessa dalla funzione del risarcimento del danno non patrimoniale (si veda l'art. 185 c.p. ed il cosiddetto “*danno morale soggettivo*”), in seno a detto orientamento, altra parte della Dottrina si vede costretta ad attribuire tale funzione punitiva solo con riferimento ad alcune tipologie di illeciti, o per una parte del danno liquidato.

Il risarcimento del danno non patrimoniale svolgerebbe allora duplice funzione: satisfattiva per il danneggiato; punitiva per il danneggiante. La prima afferirebbe, per citare un esempio, alla materia degli illeciti meramente colposi, la seconda, invece, ai reati contro l'onore [ove la pubblicazione della sentenza di condanna acquisterebbe “*un evidente connotato sanzionatorio*”<sup>(77)</sup>]. Solo aderendo a questa idea, di una funzione composita del risarcimento del danno non patrimoniale, il cerchio si chiuderebbe: il privato si arricchisce e così trova soddisfazione perché contemporaneamente l'ordinamento punisce; “*ciascuna di queste funzioni è insufficiente a spiegare il danno morale; insieme gli attribuiscono piena legittimazione*”<sup>(78)</sup>.

La Giurisprudenza più recente, in maniera parzialmente difforme, configura invece la funzione dell'art. 2059 c.c. nella “*compensazione di un pregiudizio non economico*”.

E' a siffatte ricostruzioni, tuttavia, che autorevole Dottrina rimprovera il risultato di aver costruito una fattispecie ambigua, capace di possedere finalità satisfattiva, da un lato, e punitiva (in alcuni casi) dall'altro, contestando come sia ermeneuticamente difficile a comprendersi una norma con due distinte *rationes* e come, di conseguenza, debba interamente essere rivisitato il procedimento logico-assiologico che l'ha prodotta<sup>(79)</sup>.

Senza contare che dovendosi compensare e non sanzionare, si è giunti alla elaborazione del concetto di prova in *re ipsa* del danno.

---

<sup>75</sup> Così, già, SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 300 e ss.; DE CUPIS, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Assic.*, 1972, 226 e ss.; in giurisprudenza, *ex plurimis*: Cass. civ., Sez. III, 06 ottobre 1994, n.° 8177; Cass. civ., Sez. III, 11 gennaio 1988, n.° 43;

<sup>76</sup> RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962; BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 173.

<sup>77</sup> FRANZONI, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, 731 e ss.

<sup>78</sup> FRANZONI, *ivi*.

<sup>79</sup> PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I “nuovi” danni e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2003, 461 e ss., secondo cui “*l’eccezionale finalità afflittiva dei danni da reato (art. 2059 c.c. e 185 c.p.) legittima il ricorso ai punitive damages, ma solo nei casi determinati dalla legge. In tutti gli altri casi, la generale funzione di compensation espressa dall’art. 2043 c.c. garantisce il risarcimento di ogni danni ingiusto, a prescindere dal preteso carattere patrimoniale della lesione o delle sue conseguenze*”.

Invero, riordinando le fila del discorso, appare già in prima battuta difficile ricostruire il concetto della “*compensazione di un pregiudizio non patrimoniale*”, appurato altresì che “*la surrogazione del denaro ai tormenti dell’anima*” appare “*un’offesa più che un ristoro*”<sup>(80)</sup>.

La soluzione del dilemma sembra allora doversi ottenere aderendo all’orientamento più rigoroso e formalistico secondo il quale “*il riconoscimento di una soma di denaro a titolo di pregiudizio non patrimoniale va visto come una reazione predisposta, principalmente, per castigare il danneggiante e per placare il sentimento di vendetta dell’offeso*”<sup>(81)</sup>. Sul presupposto che l’art. 2059 c.c., oltre a riferirsi all’art. 185 c.p.c, rimanda ad una serie di previsioni legislative ove la risarcibilità del danno non patrimoniale è puntualmente prevista, è stata recentemente richiamata la sua funzione punitiva, repressiva e preventiva. “*Si impedisce il fatto non solo comminando anni di prigione e, prima ancora, minacciandoli, ma anche facendo pagare somme di denaro, alla stregua di multe, e, prima ancora, minacciandone il pagamento*”<sup>(82)</sup>. In quest’ottica si giustifica pertanto, da un lato, la Relazione al Re, che parla di “*riparazione*” del danno non patrimoniale, dato che è più intensa l’offesa all’ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo; dall’altro trova fondamento la tipicità dei danni non patrimoniali.

Ed in tale prospettiva si compendia l’idea della pena come insita nella funzione della risarcibilità del danno non patrimoniale, che ha di per sé natura sanzionatoria, senza doversi confondere, in seno all’art. 709 *ter* c.p.c. la figura dei “*danni punitivi*”, nell’accezione nordamericana, con i danni non patrimoniali inteso nel detto senso.

La Dottrina sembra concordare.

Si afferma difatti che la norma in oggetto contempla una pena privata giudiziale, dato che il contesto eminentemente sanzionatorio in cui è calata, risulta idoneo ad accentuare una funzione punitivo-deterrente in cui sono collocate le due ipotesi di risarcimento; la sanzione non potrebbe però qualificarsi propriamente quale “*danno punitivo*”, essendo questo una figura estranea agli ordinamenti continentali. Il risarcimento è allora nient’altro che quello previsto dall’art. 2059 c.c. e pur non negandosi, per il futuro, l’opportunità di introdurre un’apposita figura di “*danno punitivo*” per sanzionare gli illeciti endofamiliari, si riconferma come tale figura non sia certo quella delineata dal nuovo art. 709 *ter* c.p.c.<sup>(83)</sup>

---

<sup>80</sup> Come efficacemente rilevato da COSTANZA, *Qualche riflessione sul danno esistenziale a margine di una sentenza del Tribunale di Milano*, in *Giur. it.*, 2003, 1062.

<sup>81</sup> PONZANELLI, *Pena privata*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, V, 4, Roma, 1990.

<sup>82</sup> GAZZONI, *L’art. 2059 e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1302 e ss.

Così opinando, correttamente, il risarcimento cui fa riferimento la norma in oggetto è semplicemente quello previsto dall'art. 2059 c.c., non potendosi pertanto prescindere dalla prova del danno.

Ma non solo.

Sotto differente profilo di indagine, si è *amplius supra* §§ 3 e 4 difatti visto che nell'ambito di applicazione dell'art. 709 *ter* c.p.c. rientrano anche le controversie sul mantenimento della prole; occorre quindi individuare il titolo che giustifica il risarcimento di tale danno, che nella fattispecie è danno patrimoniale, in particolare indagando se per lo stesso rileva la disciplina di cui agli artt. 1218 e ss. c.c. oppure se, come appare plausibile, rileva la disciplina di cui all'art. 2043 c.c.

Le situazioni soggettive che coinvolgono i rapporti familiari, in particolar modo quelle relative ai rapporti tra genitori e figli, è noto tuttavia che prima ancora che obbligazioni si configurano come una sorta di “*statuto della personalità*”, da questo punto di vista più vicine alla figura del diritto assoluto, la cui lesione integra gli estremi dell'illecito extracontrattuale, che del diritto di obbligazione. A tal proposito, la giurisprudenza stabilisce, nel riconoscere il risarcimento del danno da illecito endofamiliare, che la responsabilità “*non si fonda sulla mera violazione dei doveri matrimoniali o da quelli derivanti dal rapporto genitori-figli*”, ma consegue alla “*lesione, a seguito dell'avvenuta violazione di tali doveri, di beni inerenti alla persona umana*”<sup>(84)</sup>.

La fattispecie appare pertanto da ricondursi all'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c.

### **11. Segue: le funzioni della responsabilità civile in ambito familiare.**

Proprio gli assunti appena evidenziati, sotto un profilo più generale, pretendono allora di impostare il discorso sul tema, ancor prima che delle funzioni del danno non patrimoniale, delle funzioni stesse della responsabilità civile in genere.

Così facendo, in realtà, parrebbe forse essere opportuno assumere posizioni di minor rigore rispetto quelle espresse dalla citata sentenza della Suprema Corte di Cassazione, Sez. III, 19 gennaio 2007, n.° 1183.

L'invito che occorre saper ricavare dall'esame della sentenza del Tribunale di Messina (05 aprile 2007), sebbene estrapolato dalle eccessive conseguenze cui la pronuncia in oggetto conduce, del resto, appare propriamente riferito all'esigenza di riarticolare, con più larga

---

<sup>83</sup> D'ANGELO A., *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709 ter c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006, 1048 e ss.

<sup>84</sup> Così espressamente Trib. Milano, 04 giugno 2002; implicitamente anche Cass. civ., Sez. I, 10 maggio 2005, n.° 9801.

duttilità, l'idea tradizionale della tutela civile, pervicacemente legata o, se si vuole, ancora gravemente condizionata dall'ipoteca ideologica che condanna il sistema dei rapporti privati ad assumere rilievo, sul piano giuridico, unicamente (o prevalentemente) sul piano dei rapporti di indole economico-patrimoniale.

Da questo punto di vista, più che il riconoscimento, nel nostro ordinamento, dei *punitive damages*, il discorso dovrebbe allora risolversi nell'opportuna articolazione, ferma restando la "forma" della tutela risarcitoria, delle "funzioni" della responsabilità civile e, attraverso queste, delle sue possibili proiezioni di efficacia.

Opportuno, sul punto, riportare ancora alcuni passi della sentenza in oggetto (che nella materia costituisce un vero e proprio "leading case"), laddove il Tribunale sostiene che "deve rilevarsi che l'art. 709 ter, pur nella sua carente struttura lessicale, recepisce e consolida un percorso di progressiva assunzione di consapevolezza da parte della dottrina e giurisprudenza sulla peculiarità dei provvedimenti di affidamento dei minori quanto al momento esecutivo. Ed invero diverse autorevoli voci dubitavano da tempo che per questi provvedimenti possa parlarsi di esecuzione in senso proprio, preferendo piuttosto utilizzare il termine attuazione, scelto peraltro dallo stesso legislatore nell'art. 6 della legge 898/1970 come modificato dalla legge 74/1987. I provvedimenti riguardanti i minori non sono infatti provvedimenti di condanna in senso proprio e non vedono una contrapposizione di interessi tra due parti ma tendono a realizzare un regolamento di vita nell'interesse prevalente di un terzo rispetto al soggetto obbligato. Inoltre non si è alla presenza di una specifica obbligazione da adempiere in predeterminato modo, ma di comportamenti imposti dal giudice alle parti secondo una valutazione fatta caso per caso e la cui esecuzione importa anche una partecipazione personale ed emotiva delle parti stesse. Allora, più che di obbligazione in senso tecnico è forse più adeguato parlare di un generale dovere di entrambi i genitori di attenersi a comportamenti soddisfattivi dell'interesse del minore e tra questi quelli che sono strumentali a garantire il mantenersi e consolidarsi di un adeguato rapporto con entrambi anche nella crisi coniugale: a questo fine i provvedimenti in materia di affidamento dettano modalità di concreta realizzazione di questo dovere, specificando i comportamenti cui attenersi.

L'aspetto materiale della consegna del minore, ad esempio, non è sicuramente soddisfattivo rispetto alla complessità dei comportamenti dovuti, connessi e consequenziali al trasferimento materiale da un genitore all'altro: infatti il genitore che consegna non deve provvedere solo ad una mera traditio ma altresì ad una idonea preparazione psicologica ed emotiva del minore e dal canto suo il genitore ricevente deve provvedere per tutto il tempo in

*cui avrà con sé il minore alle esigenze di quest'ultimo connesse alla sua crescita, educazione ed istruzione. In effetti il minore più che oggetto del provvedimento e degli obblighi imposti con esso, ne è al tempo stesso il mezzo ed il fine; è il mezzo nel senso che la esecuzione non può svolgersi senza di lui e deve tenere conto della sua eventuale resistenza, dovendosene in tal caso approfondire i motivi, è il fine nel senso che la esecuzione avviene principalmente nel suo interesse e quindi non può prescindere dalle sue effettive esigenze, ed il giudice deve - ogni qualvolta incontri resistenze o difficoltà nella esecuzione - porsi il problema se il provvedimento, anche se passato in giudicato, è tuttora, di fronte alla prova dei fatti, un provvedimento idoneo ad essere eseguito ed a realizzare gli interessi del minore. Il momento esecutivo costituisce quindi in un certo senso la pietra di paragone della bontà del provvedimento e cioè dell'idoneità di quel regolamento in precedenza predisposto a realizzare l'interesse del minore, ma anche il banco di prova della idoneità genitoriale.*

*In questo senso si esprime del resto la giurisprudenza: la S.C. evidenzia che "in tema di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice concernente l'affidamento dei minori, la valutazione del contenuto del provvedimento e degli obblighi che ne derivano sui destinatari non deve essere compiuta in termini grettamente letterali, ma alla luce dell'interesse dei minori che li ispira e che ne costituisce la ragion d'essere", dando rilievo penale al comportamento "equivalente alla sostanziale lesione dell'interesse del figlio a conservare validi rapporti affettivi con entrambi i genitori" (Cass. pen. 13 luglio 1990; Cass. pen., sez. VI, 30 gennaio 1991). L'orientamento è stato ribadito da Cass. 12 settembre 2003 (Giur. it. 2004, 2380 nota Pavesi; cfr. anche Cass. penale, sez. VI, 4 aprile 2003 n. 25899) laddove è stato ritenuto elusivo il comportamento della madre per non avere adottato i comportamenti indispensabili a consentire l'effettivo diritto di visita al padre, non fornendo sul piano materiale e su quello del rapporto con la figlia minore quell'apporto minimo in termini di coordinamento e cooperazione che è sempre necessario per garantire l'esecuzione secondo buona fede (id est: la non elusione) dei provvedimenti del giudice civile concernenti i minori".*

*Quanto sopra esposto è utile per comprendere la vera natura dei provvedimenti previsti dall'art. 709 ter c.p.c. nonché il collegamento tra i poteri in esso conferiti al giudice ed altresì il collegamento tra la norma ed il quadro normativo dato dalla legge 54/2006 ed in ultima analisi per capire come la norma può essere di utilità nel caso concreto. L'art. 709 ter nell'ottica di predisporre una soluzione per le questioni controverse in materia di affidamento (e verosimilmente nella ragionevole previsione che esse possano anche aumentare per effetto delle disposizioni della legge 54/2006) demanda, in ciò confermando la*

*già vigente previsione dell'art. 6 della legge 898/1970 come modificato dalla legge 74/1987, al giudice del procedimento in corso le competenze attuative sulle soluzioni delle controversie in ordine all'esercizio della potestà e modalità di affidamento, ed indica nel giudice del merito (il Collegio adito ex art. 710 c.p.c) il giudice parimenti investito delle stesse competenze quando il processo è concluso, e ciò per consentire che ai fini attuativi vengano adottate - se necessario - modifiche al provvedimento. Ed in effetti se una critica accomunava le soluzioni proposte nel tempo da dottrina e giurisprudenza sulla esecuzione dei provvedimenti riguardanti i minori, soluzioni che indicavano di volta in volta il giudice tutelare ovvero il giudice della esecuzione come organo competente, era proprio la limitazione insita nel ruolo di queste figure e cioè il non avere il potere di modificare il provvedimento neppure al fine di renderlo più facilmente attuabile (cfr. Cassazione civile, sez. I, 3 novembre 2000, n. 14360)*

*E, sin qui, possiamo parlare di una sintesi normativa delle idee e ragioni sopraesposte, non nuove alla dottrina e giurisprudenza. L'art. 709 ter c.p.c. aggiunge però qualcosa in più perché dota il giudice investito del difficile ma anche essenziale compito della attuazione del provvedimento di un potere coercitivo diretto ed indiretto (quest'ultimo fondato cioè sulla efficacia intimidatoria della norma) che conferisce, non necessariamente in alternativa - anche congiuntamente recita la norma e quindi tutti i provvedimenti previsti dai nn.1,2,3,4 hanno funzione analoga - facoltà di ammonire, di sanzionare, di condannare al risarcimento dei danni. Si tratta quindi, in una lettura coerente e sistematica della norma, ma anche conforme alla sua ratio, della costituzione di un sistema di poteri di coercizione, che uniti al potere di modificare, sono tutti volti al medesimo fine e cioè quello di rendere il provvedimento di affidamento attuale, efficace ed in ultima analisi di realizzare veramente nella realtà dei fatti l'interesse del minore. In parole povere potrebbe dirsi che il legislatore ha riflettuto sulla circostanza che due possono essere le cause (rimediabili) per le quali il provvedimento di affidamento non funziona: difetti intrinseci del provvedimento ovvero fattori estrinseci. Se il provvedimento non funziona perché non è adeguato e non tiene conto delle (anche sopravvenute) esigenze del minore, il giudice può correggerlo e modificarlo, ma se il provvedimento non funziona perché uno o entrambi i genitori tengono un comportamento oppositivo il giudice non può sic et simpliciter disporre l'esecuzione forzata in forma specifica, perché, come sopra si è detto, non si tratta di consegnare una cosa mobile, bensì di esercitare (correttamente) la funzione genitoriale, comportamento infungibile, che può essere incoraggiato nei genitori tramite alcuni interventi di supporto (ausilio dei Servizi Sociali, mediazione familiare) ma ove questi interventi si rivelino inutili*

*ovvero rifiutati da uno o da entrambi i genitori non si può che ricorrere alla coazione indiretta, cioè alla previsione - e se il caso applicazione- di sanzione.*

*Il sistema della pressione psicologica sul soggetto tenuto all'adempimento di un dovere non è, del resto, del tutto sconosciuto nel diritto di famiglia, basti pensare al sequestro di cui all'art. 156 c.c. Esso per giurisprudenza pacifica e consolidata configura una misura coercitiva atipica, strumentale ad assicurare le ragioni del creditore in ordine all'adempimento degli obblighi di mantenimento (cfr. Cass. 19 febbraio 2003 n. 2479, in parte motiva: tale sequestro manca della caratteristica funzione cautelare (Cass. n. 4776-1958), avendo invece una valenza che, secondo la migliore dottrina, sarebbe di natura psicologica, in quanto servirebbe essenzialmente ad indurre l'onere ad effettuare pagamenti regolari degli assegni periodici).*

Conviene innanzitutto sottolineare la piena divisibilità dei passaggi dedicati dal Tribunale siciliano alla denuncia della peculiarità del momento esecutivo riferito all'adempimento di doveri od obblighi che sfuggono allo schema dogmatico dell'obbligazione, in ragione dell'assenza di quel requisito della "patrimonialità" della prestazione che connota larga parte, se non interi settori, del sistema dei rapporti privati.

L'opportunità di riconoscere nello schema o nella disciplina positiva dell'obbligazione, il modello di riferimento "comune" alle più diverse situazioni di "doverosità giuridica" (sotto il profilo del richiamo analogico, sia di legge che di sistema), non vale difatti a superare l'irriducibilità degli aspetti che si legano al carattere infungibile e, talora, alla stessa "singolarità" di talune situazioni. Per cui la "prestazione" attesa (anche in ragione del complesso degli interessi che ad essa risultano indissolubilmente connessi) appare del tutto insurrogabile e per la stessa appare altrettanto ineludibile la necessità della personalità e della spontaneità dell'adempimento<sup>(85)</sup>.

Si ribadisce pertanto che, ancor prima della sua concreta applicazione, la minaccia stessa della sanzione sta qui a significare che interi settori dell'esperienza dei rapporti privati rimangono indissolubilmente dominati dall'idea della pressione psicologica come principale

---

<sup>85</sup> Il settore del diritto dei gruppi fornisce, in tal senso, un richiamo di immediata e intuitiva conferma di quanto sin qui esposto, tenuto conto della misura in cui il complesso dei rapporti ordinati attorno al perseguimento degli scopi di una comunità, priva di finalità speculative, risulta vincolato all'autenticità dell'adesione del singolo adepto, alla personalità del suo coinvolgimento, alla oggettiva ed assoluta insostituibilità dell'impegno individuale.

Si spiega del resto come, proprio nel quadro delle comunità private, appaia diffusamente condivisa l'idea della sanzione e, in breve, largamente praticata la strutturazione di un diritto disciplinare (d'indole integralmente privata), le cui finalità (secondo la testimonianza resa dall'esperienza dei partiti politici, dei sindacati, delle comunità di lavoro, delle associazioni sportive, delle strutture confessionali, delle associazioni di volontariato, della stessa comunità familiare) si associano all'idea dello stimolo o della coazione indiretta all'adempimento, nella comune convinzione dell'inutilità, quando non della dannosità, del ricorso agli ordinari meccanismi dell'esecuzione forzata.

(quando non unica) forma di tutela (necessariamente preventiva) delle situazioni giuridiche cui rimane radicalmente estranea ogni sia pur minima dimensione di patrimonialità. La stessa astratta previsione di un possibile risarcimento del danno (per lo più d'indole non patrimoniale), quale conseguenza dell'inadempimento, vale a fornire un contributo di cooperazione (in termini di efficacia, o di effettività) alla dimensione eminentemente compulsiva delle finalità della tutela.

E' in questo specifico senso, ossia nella prospettiva di un'efficacia compulsiva che risale alla minaccia del risarcimento del danno, che il discorso da condurre attorno alla disciplina dell'art. 709 *ter* c.p.c. assume allora una sua più concreta dimensione, fuori dalla prospettiva “*integralmente sanzionatoria*” (e di fatto, si ripete, “*eversiva*”) sposata dal Tribunale messinese.

Lo stesso Tribunale, del resto, sottolinea (con un'affermazione di principio non del tutto condivisibile) come la natura sanzionatoria dei quattro provvedimenti previsti dall'art. 709 *ter* c.p.c. (l'ammonizione, la sanzione, i risarcimenti) discenda dalla comune finalità che li distingue.

Eppure, il richiamo al sequestro di cui all'art. 156 c.c. (e alle considerazioni *in thema* svolte dalla Corte Costituzionale) ben avrebbe potuto indurre, il giudice messinese, a riconoscere come l'idea che le *funzioni*, di volta in volta, “*sanzionatoria*”, “*risarcitoria*” o, nel caso del sequestro, “*di garanzia*”, che si legano all'operatività dei diversi istituti, chiedano di essere ricostruite in termini autonomi rispetto alla dimensione dell'*efficacia* comunque “*compulsiva*” (ossia diretta ad esercitare una pressione psicologica all'adempimento) che si riconduce alle corrispondenti minacce, ora della sanzione, ora del risarcimento, ora dell'adozione della garanzia patrimoniale<sup>(86)</sup>.

La stessa modificazione dei provvedimenti provvisori in atto tra i coniugi separandi (o la minaccia della loro adozione) ben può assumere una non trascurabile efficacia intimidatoria (preventiva rispetto all'inadempimento), senza assumere alcuna diretta o indiretta funzione sanzionatoria rispetto al genitore che si vorrà inadempiente.

L'idea, manifestata dalla sentenza in commento, che solo la minacciata adozione di una misura giuridicamente afflittiva (e quindi la formale prospettazione di una sanzione in senso proprio) valga ad esprimere una concreta e rilevabile efficacia compulsiva o intimidatoria, può in tal senso ritenersi suscettibile di rimeditazione<sup>(87)</sup>.

---

<sup>86</sup> In altri termini, ne deriva come l'efficacia intimidatoria che spinge all'adempimento ben può ritenersi indifferente (o “*neutra*”) rispetto alla concreta forma di tutela cui il legislatore intende ricorrere al fine di provocarla.

<sup>87</sup> Così, più diffusamente, DELL'UTRI, *Op. cit.*

**12. Segue: residue problematiche processuali attinenti le fattispecie di cui all'art. 709 ter, comma 2, n. 2) e 3), c.p.c.**

Evidenziate le ragioni di ordine sistematico che inducono a ripudiare l'idea dell'introduzione nell'ordinamento italiano dell'istituto dei “*danni punitivi*”, vale infine la pena affrontare un'ultima problematica, estrapolabile dalle pronunce sopra esposte in rassegna, di ordine meramente processuale.

Si è già avuto modo, in tal senso, di accennare, proponendone il parziale superamento, ali inconvenienti <sup>(88)</sup> sottesi alla possibilità di presentare ricorso *ex art. 709 ter c.p.c.* in corso di causa pendente per declaratoria di nullità del matrimonio, separazione, divorzio, modifica delle relative condizioni, regolamentazione dell'esercizio della potestà genitoriale o dell'affidamento della prole, stante l'assoggettamento della domanda alle regole proprie di ciascun rito [con il richiamo alle relative regole in punto legittimazione attiva, costituzione in giudizio del minore danneggiato, instaurazione del contraddittorio (notifiche, termini di comparizione, *etc...*), rispetto del principio della domanda, assolvimento dell'onere probatorio].

Sia il Tribunale di Messina che quello di Palermo, tuttavia, fondano ulteriormente la propria tesi sul fatto di non poter configurare altrimenti i danni di cui trattasi stante la preclusione processuale inerente il divieto di cumulo dei riti, ordinario [per la proposizione dell'azione *ex art. 2043 c.c. (e/o 2059 c.c.)*] e speciale (in ogni altro caso, compreso il giudizio di separazione o divorzio, ove le deroghe al processo ordinario sembrerebbero, rispetto il rito camerale di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c., tuttavia minori).

L'art. 709 *ter c.p.c.* farebbe infatti eccezione alle comuni regole processuali tenuto conto della sua struttura e del suo inserimento nel processo per declaratoria di nullità del matrimonio, di separazione, divorzio, modifica degli stessi e nei giudizi aventi ad oggetto l'esercizio della potestà genitoriale e l'affidamento della prole. Poiché la competenza è attribuita al giudice del processo in corso, la domanda viene cumulata con le altre appena elencate, con ciò derogando alla regola generale secondo la quale, in linea di massima, non è possibile il cumulo in un unico processo di domande soggette a riti diversi.

*Adducere inconvenientia*, tuttavia, *non est solvere argumentum*.

---

<sup>88</sup> Che non si nega vi siano, stante la sottolineata, e mai sufficientemente affermata, devianza della norma di cui all'art. 709 *ter c.p.c.* dai principi basilari che permeano il processo civile come strutturato dal codice vigente.

La natura dell'art. 709 ter c.p.c. è quella di una norma processuale<sup>(89)</sup> che, in via eccezionale, consente al giudice del procedimento in corso di trattare una domanda ordinaria con un rito speciale, per preminenti ragioni di celerità e di efficacia del mezzo di tutela.

Né appare condivisibile l'affermazione secondo cui quando si discute di risarcimento del danno *ex art. 709 ter c.p.c.* “*si valuta la mancata attuazione dei provvedimenti di affidamento ovvero comportamenti che ne hanno ostacolato il corretto svolgimento, nell'ambito di una più ampia attività processuale diretta ad assicurare l'attuazione del provvedimento, o comunque la soluzione di controversie ad esso relative, e non una compensazione per la lesione del bene protetto*” entrando “*così in un campo ove molto più ampi sono i poteri officiosi del giudice che adotta i provvedimenti*” anche prescindendo “*dalla domanda dei genitori, persino contro la stessa*”<sup>(90)</sup>.

I maggiori poteri officiosi del giudice potrebbero difatti essere, in ipotesi, preordinati (ma la tesi appare opinabile tenuto conto del principio generale della necessità della domanda di parte già in questa sede *supra* § 6 evidenziato) ai casi di cui all'art. 709 ter, comma 2, n. 1) e 4), ovverosia all'ammonizione ed all'irrogazione della sanzione pecuniaria, mentre per la tutela risarcitoria ivi contemplata ai n. 2) e 3) la domanda è inequivocabilmente sempre necessaria.

Il potere del giudice di disporre il risarcimento del danno non può che essere allora esercitato in conformità delle regole sostanziali e processuali che presiedono all'istituto, a costo, altrimenti, di incorrere nel vizio di ultrapetizione<sup>(91)</sup>.

E nemmeno vale a fondare il contrario la tesi che edifica il potere d'ufficio del giudice sull'incapacità del minore ad essere parte processuale<sup>(92)</sup>. Invero, l'argomento (già peraltro affrontato *supra* § 6) prova troppo, pertanto non essendo condivisibile, “*perché se fosse*

---

<sup>89</sup> Oltre che sostanziale, sebbene inserita nel codice di rito (*sic!*).

<sup>90</sup> Ancora una volta, Trib. Messina, 05 aprile 2007.

<sup>91</sup> Spunto di riflessione (e conferma di quella “*fascinazione*” del Legislatore per il procedimento camerale *ex art. 737 c.p.c.* di cui già si è detto) potrebbe anche essere offerto dalla nuova disciplina introdotta con D.P.R. 03 novembre 2000, n. 396, per la revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, che ha interamente sostituito la procedura relativa ai giudizi di opposizione al matrimonio (che prima, introducendosi con atto di citazione si svolgeva secondo le forme del giudizio ordinario di cognizione) con un procedimento di natura schiettamente camerale, facendo tuttavia salva la norma di cui all'art. 104, comma 2, c.c., che tuttora prevede che “*se l'opposizione è respinta, l'opponente, che non sia un ascendente o li pubblico ministero, può essere condannato al risarcimento dei danni*”.

Ne consegue, la domanda per il risarcimento del danno dovendosi ritenere esperibile nello stesso giudizio relativo all'opposizione (altrimenti non vedendosi la necessità di espressamente statuire in ordine), che anche in tal caso viene a con figurarsi la possibilità di cumulare domande soggette a riti differenti in un unico giudizio [con ogni conseguenza del caso: nella fattispecie il decreto che definisce lo stesso appare difatti essere suscettibile di revoca, in ogni tempo, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 742, 742 bis c.p.c. (*sic!*)].

<sup>92</sup> D'ALESSANDRO E., *Profili di interesse processuale, in L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI e ROSSI CARLEO, Milano, 2006, 294 e ss.

*fondato, il Tribunale non potrebbe emettere nemmeno tutti gli altri provvedimenti relativi ai minori generalmente contenuti nelle sentenze di separazione e divorzio”<sup>(93)</sup>.*

E’ d’altra parte veramente strano preoccuparsi dell’impatto, sul piano meramente processuale, di una norma (in quanto ritenuta configgente con il sistema), da un lato, e, per porvi rimedio, dall’altro, proporre un’interpretazione che configge non solo, e non tanto, con il sistema processuale, ma con l’intera impostazione concettuale dell’istituto del risarcimento del danno propria dell’ordinamento giuridico.

### **13. Conclusioni.**

Le considerazioni tutte qui proposte, perfettibili, rivedibili, opinabili che si propongono l’ambizioso (e sicuramente non raggiunto) obiettivo di fornire un’interpretazione, di una norma “*abnorme*”, in maniera il meno possibile (pur tenendo presente il dato letterale della stessa ai sensi dell’art. 12, comma 1, delle disposizioni sulla legge in generale) antinomica rispetto il sistema nel quale viene a calarsi, inducono, per concludere, a tentare una più generale riflessione sul significato, ambiguo o contraddittorio, che distingue il modo contemporaneo di vivere il senso dei rapporti umani e il profilo della loro dimensione giuridica.

*“Il consolidamento dell’idea del diritto privato come momento dell’esperienza che non si esaurisce nella considerazione o nella disciplina di rapporti di mero ordine economico o patrimoniale (una cultura, quest’ultima, solidamente radicata e ancora tenacemente resistente), si associa all’accresciuta consapevolezza (una riscoperta preziosa) che non tutti gli interessi o i beni della vita sono misurabili o rapportabili al comune metro del denaro; e che la forza non vale a surrogare la spontaneità del comportamento umano e la libera scelta delle sue adesioni.*

*E tuttavia, nello sperimentare il fallimento della minaccia (e quindi dell’efficacia intimidatoria o compulsiva) della privazione della libertà, come ultimo rimedio di tutela contro l’infedeltà agli affetti familiari, occorre prendere atto del ritorno del denaro, e del suo minacciato possesso, come il valore cui la persona è disposta a sacrificare le determinazioni del suo arbitrio: estremo e infelice residuo di lealtà a cui, alla comunità degli uomini, è dato ancora di appellarsi.*

---

<sup>93</sup> GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1100; si veda anche Corte Cost. 14 luglio 1986, n.° 185.

*Così, l'antica miseria del diritto (cui ancora vale sacrificare la pena del giurista ed il suo intento di riscattarla) torna a testimoniare, a distanza di tempo, la sua radice lontana e le sue oscure origini nella costitutiva miseria dell'uomo”<sup>(94)</sup>.*

Diego Gandini

Avvocato, Giudice Onorario presso il Tribunale di Alessandria

---

<sup>94</sup> Così stigmatizzando, DELL'UTRI, *Op. cit.*, che riporta le parole che chiudono il saggio di RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 1965, 225 e ss.