

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto Processuale Civile

**IL PROCEDIMENTO DI SEPARAZIONE E DIVORZIO.
LA SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE INSORTE
TRA I GENITORI**

RELATORE
Chiar.ma Prof.ssa
Roberta Tiscini

CANDIDATA
Raffaella Ciao
Matr. 101553

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Bruno Capponi

ANNO ACCADEMICO 2013-2014

PREMESSA	4
 CAPITOLO I - IL PROCESSO DI SEPARAZIONE E DIVORZIO: GENERALITÀ	 9
1. PROFILI SOSTANZIALI.....	9
2. LE RIFORME	12
2.1 Legge 6 marzo 1987,n.74	12
2.2 Legge 26 novembre 1990, n.353	18
2.3 Legge 28 dicembre 2005, n.263 e legge 8 febbraio 2006, n.54.....	19
3. LA NATURA DEL RITO.....	27
 CAPITOLO II - ART. 709TER SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E PROVVEDIMENTI IN CASO DI INADEMPIENZE O VIOLAZIONI.....	 38
1. INTRODUZIONE.....	38
2. AMBITO APPLICATIVO.....	41
3. L' AFFIDAMENTO DEI FIGLI	44
4. COMPETENZA.....	49
5. DISCIPLINA PROCEDIMENTALE	56
5.1. Fase introduttiva	56
5.2. Procedimento in senso stretto	59
6. I PROVVEDIMENTI OPPORTUNI.....	61
7. LE “INADEMPIENZE E VIOLAZIONI”	66
7.1. Modificazione dei provvedimenti in vigore.....	67
7.2. L'ammonizione del genitore inadempiente	68
7.3. Risarcimento danni nei confronti del figlio e dell'altro coniuge	70
7.4. Pagamento della pena pecuniaria.....	73
8. DISCIPLINA DEI PROVVEDIMENTI.....	75

8.1. La natura	77
8.2. Procedibilità	82
8.3. Forma ed impugnabilità	85
8.4. Confronto tra art.709 ^{ter} c.p.c. e art.614 ^{bis} c.p.c.	91
CAPITOLO III - CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE I, 08-08- 2013, N.18977	98
1. INTRODUZIONE.....	98
2. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO.....	99
3. MOTIVI DELLA DECISIONE	100
4. LA CASSAZIONE 18977/2013 E L'ART.709 TER C.P.C.	106
5. RICORSO STRAORDINARIO IN CASSAZIONE EX ART.111, COMMA 7, COST.	109
CONCLUSIONI.....	122
BIBLIOGRAFIA.....	128

PREMESSA

“Il matrimonio è il negozio solenne mediante il quale un uomo ed una donna assumono l’impegno di stabile convivenza e di reciproco aiuto come marito e moglie. Oltre che come negozio, e cioè come atto, il matrimonio può essere inteso come rapporto, e cioè come l’insieme dei reciproci doveri e diritti intercorrenti tra i coniugi. Il matrimonio, ancora, può essere inteso come fatto, cioè come effettiva attuazione del rapporto matrimoniale attraverso la convivenza e l’osservanza degli altri doveri di solidarietà coniugale”¹.

La nozione del termine è strettamente collegata al periodo storico e alla cultura cui si riferisce. In Italia, dove l’influenza della religione cristiana è stata fortissima, il matrimonio è considerato un legame indissolubile poiché la consacrazione in chiesa consiste nel ricevimento di un sacramento, che nel cristianesimo rappresenta un segno sensibile della grazia divina. Pertanto, nel passato, la possibilità di separarsi o di divorziare non esisteva né in ambito legislativo né in quello sociale, nel quale il divorzio era visto come un disonore.

Nel corso del tempo il potere religioso è diminuito e il desiderio di legalità è, al contrario, aumentato, la società ha subito numerosi cambiamenti: l’emancipazione femminile, il diritto dei lavoratori e , di conseguenza, anche il diritto di famiglia. Nel 1878 fu presentata al Parlamento, per la prima volta, una proposta di legge per l’istituzione del divorzio, ma l’iniziativa non ebbe successo. Successivamente seguirono altre proposte con esiti negativi. A partire dagli anni ’50 iniziò la sensibilizzazione del popolo italiano sul tema della dissoluzione del matrimonio da parte dei partiti socialisti. Finalmente nel 1970 fu introdotto il divorzio nel sistema

¹ Bianca, “Diritto civile, la famiglia”,2014, pag.31;

giuridico italiano con la legge n.898 “Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio” (la c.d. legge Fortuna-Baslini dai nomi dei suoi fautori). Gli antidivorzisti si opposero, richiedendo un referendum per l’abrogazione della legge e gli italiani furono chiamati a votare nel 12 maggio del 1974. Il risultato fu a favore della permanenza della legge sull’istituzione del divorzio.

Nonostante la legalizzazione del divorzio, la società, inizialmente, non ricorreva di frequente a tale istituto. Nei giorni nostri, invece, si può dire l’opposto: le coppie che si dividono superano quelle che rimangono insieme. Conseguentemente l’ordinamento giuridico si è dovuto adeguare alle novità, riformando e disciplinando dettagliatamente gli istituti ed i processi di separazione e divorzio.

In questo elaborato si intende analizzare accuratamente uno degli aspetti più innovativi e delicati del processo di separazione e divorzio: la soluzione delle controversie insorte tra i genitori e l’adozione di provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni (previsti dall’art.709^{ter} c.p.c.). All’interno del nucleo familiare, infatti, i figli rappresentano la parte debole da tutelare, in quanto sono quelli che soffrono maggiormente in caso di dissoluzione del matrimonio: le liti tra i genitori possono durare a lungo ed essere estenuanti per la prole che deve subire non solo i cambiamenti apportati alla sua vita, ma anche un clima di tensioni. Per questi motivi appare necessaria una terza figura imparziale che abbia il potere di porre fine alle discussioni, avendo sempre presente l’interesse dei figli: il giudice. Quindi partendo dai profili generali del processo di separazione e divorzio, ci soffermeremo dettagliatamente sull’art.709^{ter} c.p.c., che è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla legge 8 febbraio 2006, n.54 (“Disposizioni in materia di separazione dei genitori e di affidamento condiviso dei figli”). Supportati dalle fonti dottrinarie (manuali e riviste) e giurisprudenziali (sentenze dei tribunali e delle corti) tenteremo di portare

alla luce tutti i dubbi e le incertezze riguardanti la recente normativa al fine di trovare un punto fermo, un' opinione prevalente, una soluzione maggiormente condivisa nel numeroso intreccio di teorie esistenti.

Il lavoro si divide in tre capitoli. Nel primo capitolo esamineremo genericamente il processo di separazione e divorzio. Nella prima parte faremo un breve accenno ai profili sostanziali, in particolare alle differenze principali tra separazione (giudiziale e consensuale) e divorzio. Nella seconda parte ci focalizzeremo: sui cambiamenti che i processi in commento hanno subito a causa delle continue riforme emanate nel 1975, 1987, 1990, 2005 e 2006. Queste ultime due saranno maggiormente approfondite, poiché costituiscono il corpo di norme disciplinante l'odierno processo di separazione e divorzio; e sulla natura del rito, riportando i quattro principali orientamenti in materia: il "tradizionale", il "rito ambrosiano", il "nuovo rito romano" e il rito "a specialità integrale".

Il secondo capitolo riguarderà specificamente la nuova disposizione. Iniziando da una breve introduzione per inquadrare l'art.709^{ter} c.p.c., studieremo l'ambito applicativo inerente i rapporti di filiazione, ai quali si collega la disciplina sull'affidamento della prole regolato dalla legge 2006, n.54. In seguito saranno indagate le problematiche strettamente processualistiche. Il giudice competente in tali processi: giudice istruttore, collegio, tribunale per i minorenni oppure ordinario. La disciplina procedimentale della separazione e del divorzio: chi è legittimato attivamente e passivamente, la forma dell'atto introduttivo, l'udienza di comparizione delle parti ed il relativo rito da applicare. Entrando nel vivo della materia saranno commentati i vari provvedimenti adottabili dal giudice dividendoli in:

- "Opportuni", in caso di controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale e della modalità dell'affidamento;

- Di “modificazione” dei provvedimenti in vigore o nuovi provvedimenti (la norma ne indica quattro: l’ammonizione del genitore, il risarcimento danni in favore del minore o dell’altro genitore e la sanzione amministrativa), in caso di inadempienze o violazioni da parte di uno dei due genitori;

Nel dettaglio saranno analizzati la natura sanzionatoria o risarcitoria, la procedibilità di parte o d’ufficio, la forma e l’impugnazione di tali statuizioni. Infine svilupperemo un paragrafo sul confronto tra l’art. 709^{ter} c.p.c. e l’art.614^{bis} c.p.c. rubricato “Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare”, in quanto entrambi regolano misure coercitive indirette e quindi utilizzabili per l’attuazione forzata degli obblighi di consegna dei minori.

Infine, nel terzo capitolo, si affronterà un precedente giurisprudenziale (Cass. n.18977 del 2013), quale esempio pratico degli argomenti analizzati nel capitolo precedente, in modo da rendere più semplice la comprensione dei problemi teorici. Il caso di specie concerne, in particolare, la tematica dell’ammissibilità del ricorso straordinario in Cassazione nei confronti dei provvedimenti emessi ai sensi dell’art.709^{ter} c.p.c. .

Ho scelto questo argomento per il forte interesse che provo nei confronti del diritto di famiglia, dati la delicatezza della materia e l’intreccio dei diritti e doveri da rispettare. In particolare, l’articolo 709^{ter} c.p.c. è stato introdotto da una riforma recente, perciò i dibattiti dottrinari e giurisprudenziali sono ancora aperti e non mancano auspici di nuove riforme al riguardo, evidenziandone l’attualità del tema. Dimostrazione di ciò sta nel fatto che nella società odierna la maggior parte delle coppie si separano; quindi è importante soffermarsi sulla disciplina della separazione e del divorzio e sui

disaccordi derivanti. Inoltre reputo necessario assicurare l'esercizio della giustizia in questi ambiti in cui è coinvolta anche la prole, al fine di tutelare e difendere coloro che da soli non possono e che non hanno alcuna colpa. Le dinamiche familiari richiedono attenzione ed accuratezza non solo per la particolarità degli interessi da curare, ma anche perché è un settore in continua evoluzione: non vi è un numero di ipotesi chiuse, al contrario, possono rivelarsi problemi sempre nuovi mai sorti prima.

CAPITOLO I - IL PROCESSO DI SEPARAZIONE E DIVORZIO: GENERALITÀ

1. PROFILI SOSTANZIALI

I coniugi, durante il matrimonio, possono decidere di sospendere legalmente i doveri coniugali di convivenza, fedeltà e collaborazione a causa dell'intollerabilità della convivenza. In questo caso si dice che i coniugi sono separati. La separazione può essere giudiziale o consensuale: la prima ha titolo nella sentenza del giudice (art.151 c.c.), mentre la seconda nell'accordo dei coniugi omologato dal giudice (art.158 c.c.). Nel tempo, tale istituto ha subito profondi cambiamenti. Prima si riteneva che con la separazione si dovesse punire il coniuge "colpevole", ossia colui che con la sua condotta avesse danneggiato l'altro coniuge (ad esempio chi si fosse macchiato di adulterio)¹. Successivamente alla Riforma del diritto di famiglia del 1975, invece, non si tiene più conto della colpa ai fini della separazione, ma solo dei fatti che comportano un'intollerabilità della convivenza, la quale è, attualmente, l'unica causa di separazione. I criteri di dolo o colpa sono rilevanti all'interno del giudizio di addebitabilità della separazione ad uno dei coniugi, il quale abbia tenuto dei comportamenti contrari ai doveri nascenti dal matrimonio. Il coniuge con addebito della separazione perde il diritto al mantenimento ed alle aspettative successorie

¹ Cipriani, "Dalla separazione al divorzio", 1971, pag.1 e segg., spec.109, il quale definisce la separazione per colpa come: " un divorzio strozzato, un quasidivorzio, un divorzio che lascia in vita lo *status* di coniuge ridotto alla forma e che consente di risposare solo il proprio *ex* coniuge, se e quando entrambi lo vorranno. (...) il ricorrente *ex* art.706 cod. proc. civ. non agisce per ottenere la cessazione della convivenza, ma per farla definitivamente sanzionare, o per raggiungere – attraverso l'accertamento della colpa dell'altro – taluni scopi di natura patrimoniale o personale che il legislatore fa discendere solo dalla separazione per colpa";

inerenti allo stato coniugale². L'innovazione dell'istituto in commento ben si concilia con la sua natura sospensiva. Infatti, la separazione è un rimedio temporaneo, a seguito del quale i coniugi o si riconciliano³ o si divorziano (una delle cause di divorzio è ,appunto, la prolungata separazione personale: la durata minima deve essere di 3 anni). Inoltre, recentemente, è stata avanzata una proposta di legge concernente il c.d. divorzio breve: si potrà divorziare dopo soli dodici mesi di separazione giudiziale o sei mesi di consensuale, indipendentemente dalla presenza o meno di figli. Il disegno di legge è stato approvato dalla Camera dei Deputati il 29 maggio 2014 ed è, in questo momento, sottoposto al vaglio del Senato. La riforma riecheggia il pensiero di Cipriani che già negli anni '90 si augurava l'abrogazione della separazione coniugale⁴: “questo sistema, che ho definito del doppio processo, si spiega storicamente, ossia tenendo conto che fino al 1970 non avevamo il divorzio e che nel 1970 si prevede il divorzio pensando, secondo me, più a sanare le situazioni pregresse, che al futuro. Oggi, però, dopo 26 anni, dobbiamo avere l'onestà di ammettere che si tratta di un sistema perverso, una cattiveria bella e buona che viene perpetrata sulla pelle dei coniugi che vedono fallire il proprio

² La domanda di addebito deve essere formulata nel giudizio di separazione perché è valutata dallo stesso giudice che pronuncia la separazione (art.151 2°co. c.c.), ma la domanda di addebito è distinta rispetto a quella di separazione e deve essere distintamente proposta in via riconvenzionale. In giurisprudenza, infatti, è prevalso l'orientamento che afferma immutabile il titolo: il ricorrente non può chiedere l'addebito nel corso del giudizio.

³ La separazione personale si estingue automaticamente quando i coniugi si riconciliano “con un'espressa dichiarazione o con un comportamento non equivoco che sia incompatibile con lo stato di separazione”(art.157 c.c.);

⁴ Cipriani, “Abrogazione della separazione coniugale?”, in Dir. fam., 1997, 3, pag.1103 e segg.;

matrimonio(...) Bisogna perciò trovare il modo di unificare i due processi, disciplinando subito, all'inizio dell'unico processo, lo stato di separazione e pronunciando dopo un po', ossia alla fine del processo, il divorzio. A parer mio, il problema può essere risolto stabilendo che ogni coniuge, in caso di fallimento del matrimonio, può chiedere o la separazione o il divorzio.”

Il divorzio è stato introdotto nel nostro ordinamento con la legge del 1° dicembre 1970, n.898 ed è stato rinnovato dalla legge del 6 marzo 1987, n.74: la previsione tanto tardiva è dovuta all'ambiente sociale, influenzato dalla concezione cristiana del matrimonio indissolubile, perciò, scettico nei confronti di un istituto così radicale. Il divorzio scioglie, definitivamente, il vincolo coniugale: i doveri scaturenti dal matrimonio a carico dei coniugi di fedeltà, coabitazione, assistenza materiale e morale, collaborazione si estinguono e agli ex coniugi è restituito lo stato libero, consentendo loro di contrarre un nuovo matrimonio⁵. Tuttavia subentra un impegno di solidarietà postconiugale, consistente nel diritto dell'ex coniuge ad un assegno vitalizio, alla totale o parziale pensione di reversibilità, ad un assegno successorio e rimangono i doveri verso i figli. In ogni caso la

⁵ Cipriani, “Dalla separazione al divorzio”, op. cit., pag.1 e segg., spec.32, il quale si sofferma sulla differenza tra separazione e divorzio: “Siamo quindi finalmente in grado di conoscere la <vera idea della separazione> e per converso, diremmo, <la vera idea del divorzio> (...) cioè a dire quando l'ordinamento non considera conclusa con la separazione la *vitae coniugalis communio* e dimostra tale suo convincimento assicurando la permanenza in almeno un coniuge del diritto di convivere e, comunque, non estinguendolo mai in entrambi in perpetuo. Per contro, si ha divorzio quando l'ordinamento prende atto che la *vitae coniugalis communio* ha *rebus sic stantibus* da considerarsi finita e per conseguenza scioglie definitivamente entrambi i coniugi dall'obbligo di convivere. Ciò significa che il legislatore canonico, in tanto nega che si possano contrarre nuove nozze prima della morte di uno dei coniugi, in quanto, essendo fuori discussione la monogamia, non considera mai né concluso né fallito il matrimonio prima della morte di uno dei coniugi”;

risoluzione del matrimonio è sottratta all'autonomia negoziale, perché il vincolo coniugale una volta costituito non può essere sciolto per volontà delle parti. Di conseguenza il legislatore indica delle specifiche cause di divorzio⁶, dalle quali deve risultare che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi sia divenuta impossibile.

2. LE RIFORME

2.1 Legge 6 marzo 1987,n.74

Nel testo originario del 1942 le norme sul procedimento di separazione e divorzio erano contenute nel Capo 1, Titolo II, Libro IV, “Dei procedimenti speciali”, del codice di procedura civile (art. 706-711). A seguito dell'introduzione del divorzio, nel 1970, le disposizioni codicistiche in materia di separazione furono inserite nell'art.4, salve alcune modifiche. I procedimenti si caratterizzavano per la struttura bifasica: prima si svolgeva la fase dinanzi al presidente del tribunale ed in un secondo momento davanti al giudice istruttore. La riforma del diritto di famiglia, avvenuta con l'approvazione della legge 19 maggio 1975,n.151, non apportò alcun cambiamento riguardante il profilo procedurale, concentrandosi maggiormente sulla disciplina sostanziale⁷. Al contrario, la legge 6 marzo

⁶ I presupposti del divorzio sono tassativi e si suddividono in due gruppi: le condanne penali ed i fatti preclusivi della comunione spirituale materiale. Nel primo gruppo rientrano le condanne per reati dolosi a lunga pena detentiva: superiore a quindici anni e condanne per reati particolari, ad esempio reati contro la libertà sessuale. Del secondo gruppo fanno parte: fatti gravemente pregiudizievoli non punibili penalmente per vizio di mente o per estinzione del reato, prolungata separazione personale, annullamento e divorzio pronunciati all'estero, nuovo matrimonio dell'altro coniuge, inconsumazione del matrimonio e mutamento di sesso;

1987, n.74 (“Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”) ha rivoluzionato il modello tradizionale del processo di divorzio ed anche quello di separazione, limitatamente alle norme compatibili. Innanzitutto il legislatore ha capovolto il rapporto intercorrente tra separazione e divorzio: oggi bisogna prima esaminare il giudizio di divorzio e dopo quello di separazione, nonostante quest’ultimo si svolga per primo, perché “mentre il legislatore del 1970 aveva disciplinato il processo di divorzio ad immagine e somiglianza di quello per la separazione per colpa, il legislatore del 1987 ha stabilito che sia il processo di divorzio a rappresentare il prototipo rispetto a quello di separazione, il che, almeno in linea di principio, non può non essere approvato perché è ben giusto che, in un ordinamento divorzista, ci si preoccupi più del processo di divorzio che di quello per la separazione”⁸. La legge in commento ha previsto, inoltre, la semplificazione dell’iter a struttura contenziosa⁹ e l’introduzione del rito

⁷Finocchiaro, “Il procedimento di separazione e divorzio: la legge 14 maggio 2005, n.80 e successive modificazioni”, in Vita notarile, 2006, 1, pag.49 e segg., spec.50;

⁸ Cipriani, “La riforma dei processi di divorzio e di separazione”, in Riv. dir. proc., 1988, pag.398 e segg., spec.399, il quale spera in ulteriori cambiamenti che differenzino i processi in base alle domande: “la separazione per intollerabilità della convivenza, che è chiesta da coniugi che provengono (normalmente) dalla stessa casa, non può non richiedere un processo diverso dal divorzio per pregressa separazione ultratriennale”;

⁹ Il processo a struttura contenziosa ha subito alcune modifiche nel tentativo di superare i dubbi posti dalla legge precedente: Cipriani, “La riforma dei processi di divorzio e di separazione”, op. cit., pag.398 e segg., spec.403-406:

“a) Si è espressamente previsto che, qualora entrambi i coniugi risiedano all’estero, la competenza spetta a qualunque tribunale della Repubblica (art.4, 1° comma, come modificato dall’art.8);

b) Si è specificato dettagliatamente il contenuto del ricorso, richiedendo l’indicazione del giudice, delle parti, del *petitum* della *causa petendi* e delle prove (art.4, 2° comma, come modificato dall’art.8);

-
- c) Si sono accordati al presidente cinque giorni di tempo per fissare la data dell'udienza di comparizione davanti a sé e il termine per la notifica del ricorso e del decreto (nuovo art.4, 5° comma);
- d) Si è stabilito che tra la data della notificazione del ricorso e quella dell'udienza di comparizione devono intercorrere i termini di cui all'art.4, 6° comma (...);
- e) Si sono abrogate l'opposizione del convenuto e la conseguente elevazione del termine per chiedere il divorzio (art.6 l. 74/1987);
- f) Si è fatto obbligo ai coniugi di presentare all'udienza di comparizione davanti al presidente del tribunale la dichiarazione personale dei redditi e ogni dichiarazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune (art.10, che ha modificato il 4° comma dell'art.5 della l.898/1970);
- g) Si è lodevolmente subordinato il potere del presidente di sentire i figli minori alla < stretta necessità > e alla valutazione della loro età (nuovo art.4, 8° comma);
- h) Si è soppressa la norma che obbligava il presidente a fissare l'udienza davanti al giudice istruttore entro un termine non superiore ad un anno quando intravedeva concrete possibilità di conciliazione e vi fossero stati figli minori;
- i) Si è assoggettata l'ordinanza presidenziale dell'art.189 disp. att. c.p.c. con conseguente acquisizione da parte della stessa dell'efficacia di titolo esecutivo e della sopravvivenza all'estinzione (nuovo art.4, 8° comma);
- l) Si sono (finalmente) eliminate la notificazione dell'ordinanza presidenziale al convenuto non comparso e la sua comunicazione al p.m., che erano assolutamente superflue;
- m) (...) Si è precisato che quando la domanda di divorzio è proposta per pregressa separazione l' <eventuale interruzione della separazione deve essere eccepita dalla parte convenuta> (art.5, che ha modificato il capoverso della lett. b) del n.2 dell'art. 3 l.898/1970);
- n) Si è soppressa la norma che consentiva al giudice istruttore di disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi istruttori, ma si è consentito al <giudice> di disporre d'ufficio mezzi di prova per provvedere sulla prole (nuovo art.6, 9° comma);
- o) Si è stabilito che, quando il processo deve continuare per la determinazione dell'assegno, il divorzio va dichiarato con sentenza non definitiva, contro la quale si è ammesso soltanto l'appello immediato (nuovo art.4, 9° comma);
- p) Si è consentito al tribunale di disporre le indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita dei coniugi, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria (nuovo art.5, ultimo comma);

camerale qualora i coniugi siano d'accordo sul divorzio e sulle domande accessorie, in modo da accelerare i tempi del giudizio che si conclude con lo scioglimento del rapporto coniugale. Il divorzio non cambia: sia che si svolga con rito contenzioso, sia con quello camerale i presupposti sostanziali e i poteri decisorii del tribunale sono sempre gli stessi. Rimane, ancora, invariata la concezione di divorzio: una soluzione in caso di matrimonio fallito e dal punto di vista processuale un provvedimento di volontaria giurisdizione che estingue il vincolo di coniugio. Da ultimo il legislatore ha esteso ai processi di separazione coniugale le disposizioni dettate per i giudizi di divorzio: l'art.23, 1° comma recita: “ Fino all'entrata in vigore del nuovo testo del codice di procedura civile, ai giudizi di separazione personale dei coniugi, si applicano, in quanto compatibili, le regole di cui all'art.4 della l. 1° dicembre 1970, n.898, come sostituito dall'art.8 della presente legge.” Scelta apprezzata dalla dottrina perché rende possibile, nella pratica, la conclusione del giudizio di separazione nei tre anni stabiliti dalla legge, quando la dichiarazione di separazione non è impugnata ed anche perché chiarisce, dal punto di vista sistematico, le differenze intercorrenti tra i due istituti. “Sembra possa senz'altro affermarsi che ormai nei giudizi di separazione ex art.151 c.c.:

a) Per la competenza valgono le nuove regole dettate per il divorzio;

q) Si è stabilito che la sentenza di primo grado è esecutiva *ope legis* per la parte relativa ai provvedimenti di natura economica (nuovo art.4, 11° comma);

r) Si è stabilito che, quando il divorzio è pronunciato con sentenza non definitiva, il tribunale può disporre che l'assegno di divorzio decorra dalla domanda (nuovo art., 10° comma);

s) Si è stabilito che l'appello è deciso in camera di consiglio (nuovo art.4, 12° comma);

t) Tutti gli atti, i documenti e i provvedimenti relativi al processo di divorzio sono esentati dall'imposta di bollo, registro e da ogni altra tassa (art.19);

- b) Il cancelliere deve comunicare il ricorso all'ufficiale dello stato civile del comune ove fu trascritto il matrimonio per l'annotazione in calce all'atto;
- c) Tra la data della notifica del ricorso e del decreto e quella dell'udienza presidenziale devono intercorrere almeno i termini di cui all'art.163*bis* c.p.c. ridotti alla metà;
- d) La comparizione personale del ricorrente all'udienza, che rappresentava il fulcro della specialità del vecchio processo di separazione, in quanto agiva da condizione legale risolutiva potestativa della domanda, non è più essenziale per la prosecuzione del processo: oggi il ricorrente in separazione giudiziale, qualora ricorrano gravi e comprovati motivi, può anche non comparire personalmente davanti al presidente, senza veder irrimediabilmente pregiudicato il proprio diritto di ottenere la separazione (...);
- e) Non vi è più alcuna norma che escluda i difensori dell'udienza presidenziale e perciò oggi i difensori possono partecipare anche alla prima parte dell'udienza, quella riservata al tentativo di conciliazione. Più precisamente, il difensore può presenziare non solo all'udienza del proprio assistiti, ma anche a quella dell'altro coniuge;
- f) Il giudice istruttore, anche se la domanda di addebito o di mantenimento non sia matura per la decisione, ha il potere-dovere di rimettere la causa al collegio sin dalla prima udienza per la decisione della domanda di separazione con sentenza non definitiva;
- g) La sentenza non definitiva dichiarativa della separazione giudiziale non è soggetta né a riserva di appello, né a regolamento di competenza ex art.43 c.p.c.;

h) Il tribunale, nel dichiarare, con sentenza definitiva o no, la separazione giudiziale, deve ordinare al cancelliere di trasmettere la sentenza medesima all'ufficiale dello stato civile del comune ove fu trascritto il matrimonio ai fini dell'annotazione in calce all'atto di matrimonio: il cancelliere deve eseguire l'ordine non appena la sentenza passa in giudicato;

i) La sentenza di primo grado, per la parte relativa ai provvedimenti di natura economica (e non solo per quella relativa al mantenimento o agli alimenti), è immediatamente esecutiva: contro di essa non è ammessa l'inibitoria;

j) L'appello, vuoi se limitato alla separazione, vuoi se riguardante l'addebito o una qualsiasi altra domanda proposta con quella di separazione, si propone nei modi e termini ordinari, ma va deciso in camera di consiglio, senza scambio di conclusioni e repliche e senza udienza pubblica per la discussione:

k) L'ordinanza presidenziale non va più notificata al convenuto non comparso, né comunicata al pubblico ministero: l'art.709 c.p.c. è stato integralmente abrogato (...) oggi, pertanto, non è più lecito dubitare che il processo di separazione comincia col ricorso, è iscritto a ruolo al momento del deposito del ricorso e non può mai svolgersi nella contumacia del ricorrente, la cui costituzione si perfeziona col deposito del ricorso; dopo l'udienza presidenziale il processo passa *de plano* davanti al giudice istruttore senza che le parti debbano fare alcunché”¹⁰.

¹⁰Cipriani, “ La riforma dei processi di divorzio e di separazione”, op. cit., pag.398 e segg.,spec.436-438, il quale elenca tutte le regole compatibili ed incompatibili. Tra queste ultime il 10° comma che consente, a discrezione del tribunale, la decorrenza dell'assegno di divorzio dalla domanda quando il divorzio sia stato pronunciato con sentenza non definitiva (incompatibile con il giudizio di separazione nella quale il mantenimento e gli

2.2 Legge 26 novembre 1990, n.353

La legge 26 novembre 1990, n.353, recante “Provvedimenti urgenti per il processo civile”, come si nota dalla rubrica, ha riformato il processo civile in generale. Tuttavia suddetta normativa ha avuto riflessi anche sullo svolgimento dei procedimenti di separazione e divorzio, nonostante la loro particolare struttura formata da due fasi introduttive, che comprendono sia elementi ordinari di ogni procedimento di cognizione, sia straordinari specificatamente previsti per l’udienza presidenziale. La pronuncia di separazione e di divorzio è emessa da un organo collegiale, come già previsto precedentemente, attesa l’indisponibilità dei diritti coinvolti e la delicatezza della materia oggetto di decisione. La legge 1987/74 aveva stabilito che i giudizi di separazione e divorzio erano introdotti con ricorso e che la costituzione dell’attore in tali procedimenti avveniva con il deposito del ricorso stesso nella cancelleria del giudice adito. Questa disciplina non ha subito modifiche per opera della novella del 1990, in ragione della specialità dei procedimenti in esame, che non possono essere regolati dalle nuove norme inerenti al processo ordinario di cognizione. Il tentativo di adattare il nuovo rito civile ai procedimenti di separazione e divorzio ha generato dubbi e problematiche di non facile soluzione. In primo luogo, non è chiaro se l’art.23 della legge del 1987 sia stato sostituito dalla l. 1990/353: “mi pare certo che (...) la legge nuova, capace di sostituirsi al regime transitorio, debba essere una legge che regoli la materia del procedimento della separazione e non una legge del tutto scevra da ogni riferimento in proposito, pena la sopravvenuta mancata regolamentazione

alimenti decorrono sempre dalla domanda) e il 13° comma che regola il processo di divorzio su domanda congiunta (incompatibile perché, se i coniugi sono d’accordo sulla separazione e sulle condizioni, non propongono affatto domanda giudiziale, bensì procedono con la separazione consensuale che viene, semplicemente, omologata dal giudice);

del procedimento da ultimo menzionato”¹¹. Il problema centrale concerne i tempi e i modi della costituzione del convenuto, poiché le diverse interpretazioni in materia hanno dato vita a rilevanti incertezze pratiche sul rito da applicare a tali particolari procedimenti (tematica affrontata approfonditamente nel paragrafo successivo). Infine sembra che siano compatibili con le sentenze di separazione e divorzio le novità introdotte con l’art. 282 c.p.c.: provvisoria esecutività *ex lege* della sentenza di primo grado, equilibrato dall’art.283 c.p.c.: potere del giudice d’appello di sospendere in tutto o in parte l’efficacia esecutiva o l’esecuzione della sentenza impugnata ,quando ricorrano gravi motivi¹².

2.3 Legge 28 dicembre 2005, n.263 e legge 8 febbraio 2006, n.54

Le ultime riforme in materia risalgono al 2005 e 2006, dopo un tortuoso iter parlamentare¹³, il legislatore ha emanato la legge del 14 maggio 2005,n.80

¹¹ Salvaneschi, “I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile”, in Riv. dir. proc.,1996,1, pag.31 e segg.,spec.33;

¹² Salvaneschi, “I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile” op. cit.,pag.31 e segg.,spec.51, la quale ammette l’applicazione dell’art.283 c.p.c. : “non mi paiono ravvisabili ragioni per le quali, pur in presenza del fondamento alimentare che connota i capi accessori delle pronunce di separazione e divorzio, non dovrebbe essere consentito al giudice del gravame di valutare l’esistenza di gravi motivi, anche connessi con una manifesta fondatezza dell’impugnazione sul punto, idonei a rendere preferibile nel caso concreto la sospensione dell’esecuzione della sentenza impugnata piuttosto che la sua esecuzione”;

¹³ Dapprima è stato proposto un disegno di legge di iniziativa parlamentare nel 16 gennaio del 2001 con l’intento di estendere al processo di separazione alcune disposizioni previste per il divorzio e di armonizzarli con il processo civile ordinario; il disegno governativo n.2517/C (“Misure urgenti e delega al Governo in materia di diritto di

(successivamente modificata dalla legge del 28 dicembre 2005,n.263) e la legge dell'8 febbraio 2006,n.54 recante "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e di affidamento condiviso dei figli". Le nuove norme hanno abrogato gli artt. 706, 707, 708, 709 c.p.c. e l'art.4 l.898/70, sostituendoli con altri che mantengono identica numerazione ed hanno aggiunto gli artt.709*bis* e *ter* c.p.c., l'obiettivo è risolvere i numerosi dubbi interpretativi (esaminati in precedenza) ed armonizzare il sistema. All'opposto, le incertezze non sono state superate poiché i procedimenti di separazione e divorzio sono rimasti separati, nonostante la disciplina sia pressochè identica, perciò molti studiosi¹⁴ hanno criticato tali riforme sotto un duplice profilo. L'equiparazione della struttura dei due processi ha trascurato i particolarismi che differenziano la separazione dal divorzio, soprattutto in ragione degli aspetti della vita familiare e delle situazioni soggettive oggetto di giudizio e di conseguenza dell'importanza di un

famiglia e di minori"), approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 14 marzo del 2002, proponeva ,invece, un unico organo giudiziario che giudicasse le questioni riguardanti la famiglia ed i minori; infine con l'emendamento di iniziativa del governo AS 3344 è stata approvata la l.205,n.80;

¹⁴ Lupoi, "La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva", in Riv. trim. dir. proc. civ.,2006,pag.955 e segg.,spec.956 ,il quale pone l'accento sulla visione troppo pubblicistica dei rapporti familiari e l'inadeguatezza degli strumenti processuali adottati dal legislatore; Finocchiaro "Il procedimento di separazione e divorzio: la legge 14 maggio 2005, n.80 e successive modificazioni"op. cit.,pag.49 e segg.,spec.50; Danovi "Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio", in Riv. dir. proc.,2005,pag.849 e segg.,spec.855-857; Cea "I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della L. N. 80/2005", in Riv. dir. civ., 2006,2,pag.103 e segg.,spec.105; Salvaneschi "I procedimenti di separazione e divorzio", in Fam. dir.,2006,4,pag.356 e segg.,la quale evidenzia l'incertezza della disciplina in materia di separazione e divorzio, rendendo ogni interpretazione "plausibile ed allo stesso tempo insoddisfacente";

modello processuale che tenga conto dell'ambiente socio-culturale e dei valori fondamentali della comunità. Il secondo dubbio che attanaglia la dottrina attiene alla scelta del legislatore di voler confermare alcune diversità: regole previste solo per il divorzio non recepite per il procedimento di separazione (tra le più rilevanti: art.4, 8°co. l. div. prevede l'audizione del minore ai fini dell'emanazione dei provvedimenti presidenziali; art.4, 12°co. l. div. ammette una pronuncia non definitiva, sul solo status delle parti; art.4, 14°co. l. div. afferma l'esecutorietà immediata dei provvedimenti; art.4, 15°co. l. div. disciplina la forma ed la struttura del giudizio di appello). La maggior parte degli interpreti¹⁵ acconsente alla sopravvivenza dell'art.23 della l. 74/1987 che, estendendo le disposizioni dettate per il procedimento di divorzio a quello di separazione, permette di colmare le lacune normative. Tale soluzione è sostenuta da una serie di motivazioni: la volontà del legislatore del 2005 di mantenere l'uniformità dei due riti, pertanto è sempre possibile, in caso di vuoti legislativi, fare riferimento a regole appartenenti alla stessa area normativa e la *ratio* sottesa alla legge del 1987 di accelerare la formazione del giudicato sullo status sarebbe vanificata se non valesse lo stesso anche per il giudizio di separazione. Inoltre l'art. 23 cit. è stato emanato nella prospettiva di una completa uniformazione dei procedimenti della crisi matrimoniale

¹⁵ Tommaseo, "Nuove norme per la separazione giudiziale e il divorzio", in *Studium iuris*, 2005, pag.1022 e segg., spec.1022 e 1023, il quale conferma tale orientamento con un esempio: le norme sulla competenza sono uguali per entrambi gli istituti, ossia la domanda va proposta "al tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi"; Cea "I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della L. N. 80/2005" op. cit., pag.103 e segg., spec.106 e 107; Danovi "Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio" op. cit., pag.849 e segg., spec.858 e 859; Lupoi, "La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva" op. cit., pag.955 e segg., spec.961; Cipriani, "I processi di separazione e di divorzio", in *Foro it.*, 2005, pag.140 e segg., spec.144;

all'interno di un nuovo codice di procedura civile, condizione risolutiva che ancora non si è verificata. Una parte minoritaria, al contrario, propende per l'abrogazione tacita dell'art.23 cit., in quanto il legislatore ha voluto escludere gli istituti non richiamati dall'area del giudizio di separazione, "essendo, altrimenti, oltremodo incoerente introdurre norme identiche che già potevano essere applicate alla separazione sulla base della norma da ultimo citata", a sostegno della sua opinione l'autore richiama il novellato art.709bis c.p.c. che prevede "l'emanazione di sentenza non definitiva di separazione immediatamente appellabile: ove il legislatore avesse ritenuto la permanente vigenza dell'art.23, l. n.74 del 1987 non ci sarebbe stato alcun bisogno della disposizione introdotta"¹⁶. Di conseguenza il procedimento di separazione deve essere integrato richiamando le norme del processo ordinario di cognizione e i principi generali¹⁷. Infine non manca chi¹⁸ formula una tesi più articolata: da un lato si abbraccia l'ipotesi dell'abrogazione tacita dell'art.23 cit. e dall'altro si consente l'applicazione analogica al processo di separazione delle disposizioni divorzili che non sono previste dai nuovi artt. 706-709bis c.p.c..

Le riforme del 2005 e del 2006 hanno reintrodotto (la l.74/1987 aveva delineato dei giudizi monobasici) una struttura bifasica dei procedimenti in commento, in cui l'udienza presidenziale è funzionale al tentativo di conciliazione e all'emanazione dei provvedimenti provvisori ed urgenti, mentre il processo contenzioso in senso stretto inizia solo con il passaggio

¹⁶ Finocchiaro, "Il procedimento di separazione e divorzio: la legge 14 maggio 2005, n.80 e successive modificazioni" op. cit., pag.49 e segg., spec.52;

¹⁷ Danovi, "Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio" op. cit., pag.849 e segg., spec.858;

¹⁸ Vullo, "Famiglia e di stato delle persone", 2011-2013, pag.1 e segg., spec.7;

alla fase avanti al giudice istruttore. Analizzando gli aspetti innovativi, si possono evidenziare i tratti salienti degli odierni procedimenti di separazione (gli artt.706-710 c.p.c. riguardano la separazione giudiziale e quella consensuale è disciplinata dall'art.711 c.p.c.) e divorzio:

- La competenza è affidata al tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi, e, in caso di mancanza, a quello del luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio¹⁹. Le alternative elencate per l'ipotesi di coniugi residenti all'estero e per l'ipotesi di domanda congiunta di divorzio erano già presenti nella normativa antecedente;

¹⁹ Eremita, "Sulla competenza territoriale nel giudizio di divorzio", nota a "Corte Costituzionale, sent. 23 maggio 2008, n.169, in Giusto proc. civ.,2008,3, pag.915 e segg., spec.917 e 918, la quale concorda con la decisione della Consulta di fissare quale criterio prioritario, in tema di competenza territoriale nei processi di divorzio, il luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio: "si è rilevato, infatti, che il criterio contenuto nelle nuove norme può apparire privo di un fondamento pratico con riguardo ai giudizi di divorzio, atteso che nulla esclude che per essersi entrambi i coniugi trasferiti altrove, il giudice dell'ultima residenza comune può finire per essere estraneo ad entrambi i coniugi con un presumibile aggravio di costi e di tempi. A tal proposito, pare opportuno ricordare che i coniugi possono avere residenze distinte già dal momento della proposizione della domanda di separazione personale, atteso che ciò costituisce giusta causa di allontanamento dalla casa coniugale, ex art.146, 2°comma, c.c.; inoltre, in riferimento alle cause di divorzio per pregressa separazione, è il presidente del tribunale che autorizza i coniugi a vivere separati sin dal momento della comparizione dinanzi a lui, ex art. 232, 2°comma, e 234, 2°comma, c.c. (...) La decisione della Consulta è ampiamente condivisibile, in quanto conforme alla disciplina codicistica in tema di competenza territoriale (artt. 18-30 c.p.c.), che privilegia il criterio di competenza fondato sul collegamento con le parti o con la situazione sostanziale dedotta in giudizio, censurando una previsione suscettibile di stabilire un collegamento di fatto inesistente in riferimento a talune (peraltro frequenti) ipotesi";

- Il ricorso introduttivo non deve contenere una vera e propria *editio actionis*, come previsto in precedenza, ma è sufficiente l'espressione della volontà di separarsi o divorziare: l'art.706 c.p.c. stabilisce che la domanda debba indicare "l'esposizione dei fatti" sui quali si fonda, mentre l'art.4 l. div. " l'esposizione dei fatti e gli elementi di diritto sui quali la domanda ... è fondata"²⁰;
- L'udienza presidenziale deve essere fissata entro novanta giorni dal deposito del ricorso²¹, invece, prima, si richiavano i termini di cui all'art. 163bis c.p.c.. Inoltre con tale decreto il presidente del tribunale fissa il termine per la notificazione del ricorso, del decreto ed il termine entro cui il convenuto può depositare memoria difensiva e documenti. Quest'ultimo può depositare memoria difensiva anche prima dell'udienza presidenziale, senza che ciò implichi una "costituzione in giudizio" in senso tecnico;
- I coniugi, all'udienza presidenziale, devono essere assistiti da un difensore, quindi la parte può stare in giudizio anche personalmente, sia pur assistita, infatti, l'assistenza è diversa dalla rappresentanza tecnica necessaria. Il ricorrente, però, una volta depositato il ricorso, si è dovuto costituire in giudizio con il patrocinio di un difensore tecnico;
- È necessario allegare al ricorso e alla prima memoria difensiva le ultime dichiarazioni dei redditi rispettivamente presentate agli uffici fiscali;

²⁰ Luiso, "I processi speciali", in "Diritto processuale civile",2011,pag.295 e segg.,spec.298, il quale giustifica tale differenza ,in ogni caso irrilevante: "la fattispecie che dà luogo alla separazione è unica, mentre le fattispecie del divorzio sono plurime";

²¹Lupoi, "La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva" op. cit.,pag.955 e segg.,spec.962, critica la mancanza di un termine minimo di comparizione per il convenuto;

- La mancata comparizione del ricorrente o la rinuncia all'azione comportano l'inefficacia della domanda (art.707 c.p.c. e art.4 l. div.). Qualora sia il convenuto a non presentarsi il presidente può spostare ad un altro giorno la comparizione. La disciplina antecedente prevedeva diversamente: la prima ipotesi non era contemplata e la mancata comparizione del convenuto era equiparata al fallimento della conciliazione;
- Il presidente ha il dovere di tentare la conciliazione dei coniugi ed in caso di fallimento può pronunciare, anche d'ufficio, i provvedimenti temporanei ed urgenti, ex art.708 c.p.c., nell'interesse dei coniugi e dei figli. L'ordinanza ai sensi dell'art.708 c.p.c. fissa, anche, l'udienza di comparizione delle parti per la trattazione della causa e sopravvive all'estinzione del processo. Infatti qualora, nonostante l'estinzione del processo, i coniugi non si riconcilino, sarebbe necessario un provvedimento contenente statuizioni che regolino la vita separata dei coniugi;
- È previsto il reclamo alla corte d'appello avverso i provvedimenti presidenziali (art.708, 4°co., c.p.c. e art.4 l.54/2006). I provvedimenti presidenziali erano già revocabili e modificabili da parte del giudice istruttore, ma, a seguito della riforma del 2006, tale revoca e modifica non è più sottoposta alla valutazione del mutamento delle circostanze;
- Il giudice può emanare sentenza "non definitiva" di separazione o di divorzio e rimette in istruttoria le altre domande cumulate (art.709bis c.p.c. e art.4 l. 898/1970), per l'ipotesi in cui la causa principale sia già istruita e le domande connesse necessitino ancora di attività istruttoria;

- È stato introdotto un nuovo sistema di provvedimenti che il giudice può emanare, nel momento in cui sorgano controversie tra i genitori in ordine all'affidamento della prole (art.709^{ter} c.p.c.);
- Il processo di appello è deciso in camera di consiglio (art.4 l. 54/2006). Una disposizione simile non è prevista per il giudizio di separazione;

In conclusione, è apprezzabile l'impegno del legislatore di porre fine a questioni da tempo dibattute: i principi del contraddittorio e del diritto di difesa sono attuati anche nella fase presidenziale. Al fine di raggiungere un raccordo tra la particolarità della fase di trattazione dinanzi al giudice istruttore e l'ordinarietà del processo di cognizione, è eliminata la tripartizione dei giudizi in esame, stabilendo che, se fallisce il tentativo di conciliazione, si prosegue con la prima udienza di comparizione e di trattazione. La nuova struttura bifasica permetterà non un aumento delle conciliazioni, ma almeno una “deformalizzazione” della controversia coniugale.

Tuttavia, allo stesso tempo, non tutti i dubbi e le incertezze sono stati dipanati. In caso ad esempio non vi è alcuna disposizione che coordini i procedimenti di separazione e di divorzio, nel caso in cui “la formazione del giudicato di separazione legittima la proposizione della domanda di divorzio”²². Pertanto bisogna attendere una futura riforma che, finalmente, introduca un unico processo della crisi matrimoniale: “norme comuni, dunque, che prevedano anche le poche differenze conseguenti alla specificità del giudizio di divorzio rispetto a quello di separazione, e che si

²² Danovi, “Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio” op. cit., pag.849 e segg., spec.876;

accompagnino inoltre a disposizioni di raccordo tra i due processi, nonché tra questi e gli altri procedimenti in materia matrimoniale (penso, soprattutto, al giudizio di modifica delle condizioni di separazione o divorzio, ma anche a quello di nullità del matrimonio)”²³. L’autore suggerisce, addirittura, un cambiamento dell’organo competente, istituendo un apposito “giudice della crisi matrimoniale”, ossia tribunali con sezioni specializzate composte da magistrati esperti nel settore.

3. LA NATURA DEL RITO

La natura del rito dei procedimenti in commento è uno degli aspetti più controversi in materia, perciò merita un’analisi approfondita. Nel corso degli anni, gli studiosi hanno sviluppato diversi orientamenti: i principali si possono suddividere in quattro gruppi. Il problema più rilevante riguarda i tempi di costituzione del convenuto e la transizione della controversia dalla fase presidenziale alla fase di trattazione innanzi al giudice istruttore.

Seguendo un ordine cronologico, l’ orientamento “tradizionale” può essere considerato il meno recente. Secondo tale concezione, atteso che i procedimenti di separazione e divorzio hanno struttura bifasica e l’udienza presidenziale è caratterizzata da una forte specialità, è impossibile far coincidere la prima udienza di comparizione ex art.180 c.p.c.²⁴ con l’udienza presidenziale, che è ridotta al ruolo di mera “anticamera precontenziosa del giudizio”²⁵. Pertanto la prima udienza di comparizione

²³ Vullo, “Famiglia e di stato delle persone” op. cit. ,pag.1 e segg.,spec.8;

²⁴ Attualmente l’art. 180 c.p.c. è diverso: il discorso è stato approfondito a fine paragrafo;

²⁵ Mandrioli, “Il rito ambrosiano nei giudizi di separazione e divorzio”, in Fam. dir.,1994,2,pag.215 e segg.,spec.216;

ex art.180 c.p.c. si colloca solo innanzi al giudice istruttore, cui il presidente, fallito il tentativo di conciliazione, abbia rimesso i coniugi per il “contenzioso”, e, l’onere di costituirsi almeno venti giorni prima, previsto per il convenuto ex art.166 e 167 c.p.c.(a pena di decadenza della facoltà di riconvenzione), va riferito unicamente a tale fase. L’argomento portato a sostegno di questa tesi è l’inderogabilità della regola fondamentale, ai sensi dell’art.152 c.p.c., la quale dichiara che il giudice non può stabilire termini perentori, né decadenze, se ciò non sia previsto espressamente dalla legge e l’anticipazione del momento della costituzione in giudizio non trova riscontro nel diritto positivo²⁶. In ogni caso il presidente può fissare un termine per il deposito della memoria integrativa da parte del convenuto, ma il termine non può avere il carattere della perentorietà, perciò non concerne la costituzione del convenuto²⁷.

Il c.d. “rito ambrosiano”²⁸, in voga presso il Tribunale di Milano dopo l’entrata in vigore della l. 353/1990²⁹, si contrappone nettamente all’

²⁶ Mandrioli, “Il rito ambrosiano nei giudizi di separazione e divorzio” op. cit., pag.215 e segg., spec.218;

²⁷ Mandrioli, “Il rito ambrosiano nei giudizi di separazione e divorzio” op. cit., pag.215 e segg., spec.218;

²⁸ Termine coniato da Mandrioli in, “Il rito ambrosiano nei giudizi di separazione e divorzio” op. cit., pag.215 e segg.;

²⁹ A favore: Salvaneschi, “I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile”, in Riv. dir. proc., 1996, 1, pag.31 e segg., spec.43-45, la quale critica l’orientamento “tradizionale” relativamente al pericolo di “appesantimento” dell’udienza presidenziale; Carbone, “Un rito per i giudizi di separazione e divorzio: tradizionale, ambrosiano, romano, a specialità integrale”, in Giust. civ., 2004, 5, pag.269 e segg., spec.274, il quale sottolinea che l’interpretazione milanese sembra l’unica che abbia

opinione “classica”, perché esalta l’uniformità strutturale dei processi di separazione e divorzio e il carattere contenzioso della fase presidenziale. Tale prassi giurisprudenziale si basa su tre fondamentali argomenti:

- “L’imposizione, ex art.4, comma 2, l. divorzio novellata, di una forma-contenuto del ricorso per giudizio divorzile (ed anche di quello per separazione contenziosa), tale da sottrarlo alla precedente genericità ed assimilarlo all’atto introduttivo del giudizio ordinario di cognizione – meglio del processo del lavoro – attraverso la piena idoneità agli scopi di editio actionis e vocatio in ius, in funzione evidentemente strumentale rispetto all’immediato avvio del contenzioso;
- La collocazione ex art.4, comma 6, del termine a comparire (di cui all’art.163bis c.p.c., con riduzione alla metà) tra la data della notifica del ricorso e pedissequo decreto e quella dell’udienza presidenziale, in ragione della possibilità per il convenuto di costituirsi prima di tale udienza e di predisporre, per allora, una tempestiva difesa;
- L’ abrogazione ex art.4, comma 8, l. divorzio novellata dell’onere - in precedenza posto a carico del ricorrente dall’originario comma 7 dell’art.4 e, per la separazione, dall’art.709 c.p.c. – di notificare al coniuge convenuto non comparso l’ordinanza presidenziale di remissione davanti al giudice istruttore, abrogazione che si giustifica solo ipotizzando che il convenuto debba costituirsi già in sede presidenziale e che, quindi, ai sensi dell’art.176, comma 2, c.p.c., si ritenga da lui conosciuta quell’ordinanza (se pronunciata in udienza), la quale non gli andrà comunicata (se data fuori

trovato una soluzione rispettosa dei principi costituzionali del “contraddittorio effettivo e simmetrico” e della “concentrazione del corso processuale”;

udienza), esorbitando essa dall'elenco tassativo degli atti da notificarsi al contumace ex art.292 c.p.c.”³⁰.

In tale prospettiva, l'udienza presidenziale oltre ad assolvere le proprie funzioni di fase in cui si tenta la conciliazione tra i coniugi e si adottano i provvedimenti urgenti, assolve anche le funzioni che nel giudizio ordinario sono proprie della prima udienza, ossia fungere da punto di riferimento per la costituzione del convenuto. Dunque il processo è “unico”, in ragione della perdita della specialità della fase presidenziale, la quale non ha più una sua autonomia strutturale e funzionale. Dall'altra lato, il ricorrente si considera già costituito con il deposito del ricorso introduttivo, necessariamente completo dei suoi elementi contenutistici, e non può modificare la sua domanda, se non nei limiti stabiliti dall'art.183 c.p.c.. Alcuni commentatori³¹ dissenzienti hanno mostrato i punti deboli della suddetta impostazione: i principi di tassatività e legalità dei termini perentori di cui all'art.152 c.p.c. (argomento già ricordato) e la sussistenza della particolarità ed autonomia della fase presidenziale, in virtù dell'importanza attribuita dal legislatore al tentativo di conciliazione che incide sui delicatissimi problemi dei rapporti familiari. Infatti, anticipare i

³⁰ Carbone, “Un rito per i giudizi di separazione e divorzio: tradizionale, ambrosiano, romano, a specialità integrale”, op. cit.,pag.269 e segg.,spec.270;

³¹ Mandrioli in, “Il rito ambrosiano nei giudizi di separazione e divorzio” op. cit.,pag.215 e segg.,spec.216; Contr. Salvaneschi,“I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile”, in Riv. dir. proc.,1996,1,pag.31 e segg.,spec.44, la quale si difende affermando che l'art.152 c.p.c. non è violato: “ non si tratta infatti in alcun modo di consentire al giudice di imporre *contra legem* dei termini a pena di decadenza, ma semplicemente di determinare quale sia l'udienza rispetto alla quale operano delle decadenze specificamente determinate dalla legge”;

tempi di costituzione delle parti , cristallizzando il conflitto, determina maggiori probabilità di fallimento del tentativo di conciliazione.

La teoria in commento è stata definitivamente smentita dalla riforma del 2006 che ha ripristinato l'obbligo, eliminato dall'art.23 della l.74/1987, di notificare l'ordinanza presidenziale al convenuto non comparso ai sensi dell' art.709 c.p.c. ed ha previsto,all'art.709, comma 3, c.p.c. e all'art.4 della l. 898/1970, l'assegnazione al ricorrente di un termine entro cui depositare la memoria integrativa, che ha il contenuto sostanziale di un atto di citazione e al convenuto del termine per la costituzione in giudizio ex artt. 166 e 167 c.p.c.. Conseguentemente, le parti sono libere di compiere attività innovativa: l'attore può proporre domande nuove rispetto alla richiesta di separazione e divorzio e il convenuto può compiere attività che ha omissso o posto erroneamente nell'udienza presidenziale. Nel 2004 ,anche, la Suprema Corte³² si era espressa a favore della distinzione tra la fase presidenziale, indirizzata soltanto all'adozione dei provvedimenti temporanei ed urgenti e alla nomina del giudice istruttore, e l'istruzione innanzi al giudice istruttore, la quale è l'unica udienza di prima comparizione rilevante ai sensi dell'art.180 c.p.c. e degli artt.166 e 167 c.p.c..

Un terzo orientamento, sviluppatosi a seguito di una pronuncia di legittimità³³ e definito da un autore³⁴ “nuovo rito romano”, sovverte i termini del dibattito attribuendo all'art.4 della l. 74/1987 la qualifica di

³² C. Cass. del 10 marzo 2004, n.4903 e del 4 agosto del 2004, n.14932 in Giust. civ.,2005,1,pag.15 e segg.,spec.19;

³³ C. Cass. Del 19 settembre 2001, n.11751 in Giust. civ.,2002,1, pag.3171 e segg.;

³⁴ Ricci G.F., “Il rito ambrosiano, la Cassazione e il rito romano”, in Riv. trim. dir. proc. civ.,2003,pag.717 e segg.;

“norma speciale e completa”, prescindendo dalla necessità di integrare la disciplina speciale dei processi di separazione e divorzio con quella del rito ordinario di cognizione novellata dalla legge del 1990. La Cassazione ritiene che : “l’udienza di comparizione cui si riferisce la legge”, l’art.4, comma 8, l. div., “di certo non è, in rapporto alla data in cui è entrato in vigore l’art.4,cit., quella di prima comparizione prevista solo dalla novella della l. n.534 del 1995”. Dato l’obbligo di completezza del ricorso ex art.4, comma 2, l. div., “si violerebbe il principio di uguaglianza formale delle parti se si consentisse al resistente, il quale può opporsi alla domanda già in fase precontenziosa (...) e può costituirsi in giudizio fino a venti giorni prima dell’udienza di comparizione dinanzi al giudice istruttore, di fruire di una successiva ulteriore udienza con un termine perentorio non inferiore a venti giorni prima della stessa (art.180 c.p.c.), per la proposizione di eccezioni processuali e di merito non rilevabili d’ufficio”. “Al fine di non concedere un’ingiustificata maggiore tutela del (...) diritto di resistere rispetto a quello di ricorrere”, con “stravolgimento delle finalità della novella in materia, che voleva impedire manovre defatigatorie di chi si opponeva al divorzio”, “la mancata concessione del termine dell’art.180 c.p.c. e l’omessa fissazione dell’udienza di trattazione” non comportano alcuna nullità, anticipando, in pratica, la preclusione per le eccezioni in senso proprio della parte convenuta al momento della sua costituzione antecedente alla prima udienza di comparizione innanzi al giudice istruttore. Sono state mosse critiche sia dai sostenitori del modello “classico” sia di quello “ambrosiano”. Da una parte, questi ultimi propendono per l’ unitarietà della struttura dei giudizi in esame, inoltre un autore³⁵, in particolare, rileva l’incoerenza della giurisprudenza citata che pone “in primo piano l’idea di una perfetta uguaglianza formale e

³⁵ Ricci G.F., “Il rito ambrosiano, la Cassazione e il rito romano” op. cit.,pag.717 e segg.,spec.727;

sostanziale delle parti”, ma, successivamente, “tale uguaglianza viene implicitamente negata allorchè essa esclude l’obbligo del convenuto di costituirsi già in udienza presidenziale”. Dall’altra, i “tradizionalisti” obiettano che anticipare la comparsa di risposta del coniuge convenuto crea “una regola che non esiste nella disciplina del processo civile: non esisteva al tempo della nuova legge del divorzio, quando le eccezioni erano liberamente proponibili nell’intero arco della fase di trattazione (...) non esiste oggi, in un sistema che consente al convenuto di sollevare le proprie eccezioni anche successivamente all’udienza di prima comparizione, nella memoria prevista dall’art.180 c.p.c.”³⁶

Infine, Giuseppe Vignera³⁷, muovendo dal presupposto della unitarietà del processo di separazione e divorzio, ha proposto un modello “a specialità integrale” di tali giudizi (il divorzio, esclusivamente, su domanda unilaterale). Ha dimostrato che la l.898/1970, applicabile al procedimento di separazione personale, contiene “una regolamentazione tendenzialmente completa ed autonoma rispetto a quella del processo ordinario di cognizione contenuta negli artt. 163 ss. c.p.c.”, ai fini della massima accelerazione nella formazione del giudicato sullo status personale³⁸. La problematica legata a questo coordinamento è insorta per l’errato inquadramento dei procedimenti

³⁶ Tommaseo, “Il procedimento di divorzio secondo la Cassazione: nomofilachia e dubbi non risolti”, in Fam. dir., 2002, pag. 140 e segg., spec. 146; Salvaneschi, “I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile”, op. cit., pag. 31 e segg., spec. 49;

³⁷ Vignera, “Sulla specialità integrale del rito del divorzio e della separazione”, in Riv. dir. proc., 2003, 1, pag. 103 e segg.;

³⁸ Anche nel “rito romano” è presente la concezione dell’esaustività delle disposizioni di settore;

della crisi coniugale da parte della *communis opinio*, che li considera “giudizi speciali di cognizione non sommaria”, ossia caratterizzati da alcune particolarità strutturali (per le controversie in esame individuate solo nella fase introduttiva³⁹). I procedimenti di separazione e divorzio, invece, sono dei “veri e propri processi a rito speciale”, “che hanno una strutturazione particolare e diversa da quella del processo ordinario di cognizione, suggerita dalla specialità della situazione sostanziale sulla quale incidono⁴⁰”, paragonabili al processo del lavoro, perché “a) tali procedimenti trovano la loro regolamentazione autonoma e tendenzialmente completa nella *lex specialis* dell’art.4 l. 1° dicembre 1970 n.898, i cui obiettivi fondamentali sono costituiti dall’accelerazione dei tempi e dalla semplificazione delle forme; b) agli stessi procedimenti può applicarsi la *lex generalis* di cui agli artt.163 ss. c.p.c. solo (e nel rispetto della clausola di compatibilità) per colmare le lacune eventualmente presenti nella legge speciale e, quindi, in via analogica ovvero in quanto espressione dei principi generali”⁴¹. Di conseguenza, anche l’*iter* procedimentale cambia:

- Il processo si introduce con il ricorso, che ha la forma-contenuto ai sensi dell’art.4, comma 2, l. divorzio ed il deposito del quale segna, quindi, la costituzione dell’attore, e in udienza presidenziale il giudice tenta la conciliazione dei coniugi e pronuncia i provvedimenti interinali (ex art.4, comma 7 e 8), previa verifica di regolarità del contraddittorio;

³⁹ Tommaseo, “Il procedimento di divorzio secondo la Cassazione: nomofilachia e dubbi non risolti” op. cit., pag.140 e segg., spec.144-146;

⁴⁰ Vignera, “Sulla specialità integrale del rito del divorzio e della separazione” op. cit., pag.103 e segg., spec.109, nota 16;

⁴¹ Vignera, “Sulla specialità integrale del rito del divorzio e della separazione” op. cit., pag.103 e segg., spec.111;

- Il convenuto, dato che gli viene notificato soltanto il ricorso ed il decreto di fissazione dell'udienza presidenziale (art.4, comma 5) e non più anche l'ordinanza in esito a tale udienza, ha onere di costituirsi già in sede presidenziale, e per questo il comma 6 dell'art.4 gli riconosce il termine a comparire rispetto all'udienza presidenziale; in assenza di termini *ad hoc*, ed essendosi l'attore costituito già con il ricorso, la costituzione del convenuto potrà effettuarsi, con deposito di comparsa, sino all'udienza presidenziale;
- Rimesse le parti davanti al giudice istruttore, questi dovrà vagliare, immediatamente ed esclusivamente, la maturità della causa ai fini della pronuncia di stato; nel caso positivo, inviterà le parti a precisare le conclusioni e rimetterà la causa al collegio per l'emanazione della sentenza non definitiva sullo *status*; in caso contrario, accetterà i mezzi di prova contenuti nel ricorso e nella comparsa di risposta, in modo da giungere, nel tempo più breve possibile, alla decisione di stato;
- La causa va rimessa immediatamente, ex art.4, comma 9, al collegio, il quale con l'ordinanza che accompagna ai sensi dell'art.279, comma 2,n.4,e 280 c.p.c. la sentenza non definitiva di stato, procede, se del caso, all'istruzione probatoria sulle questioni c.d. "accessorie";
- La sentenza non definitiva può essere impugnata, unicamente, con l'appello immediato;
- Il procedimento d'appello segue le regole del rito camerale ex art.4, comma12, l.898/1970.

Tuttavia i primi studiosi⁴² hanno censurato l'eccessivo *favor divortii* che danneggia il diritto del contraddittorio delle parti, sancito dall' art.111 cost.

⁴² Mandrioli, "Dal rito ambrosiano all'asserita specialità integrale del procedimento di divorzio e di separazione", in Riv. trim. dir. proc. civ.,2003,pag.915 e segg.,spec.925 nota 21,il quale si esprime contro "l'accelerazione della dissoluzione di una famiglia",in ragione degli eventuali "auspicabili ripensamenti" dei coniugi ; Danovi, "I processi di

(il “giusto processo”) e il principio di legalità dei termini perentori ai sensi dell’art.152 c.p.c.: l’onere dell’istruttore di rimettere la causa immediatamente al collegio per la decisione di *status* può determinare per le parti preclusioni di richieste non già proposte in ricorso e comparsa di risposta, a svantaggio soprattutto del ricorrente che una volta rimessa la causa al collegio non può replicare alla comparsa di risposta. “Di là da questo rilievo, le maggiori perplessità che la nuova impostazione porta con sé si connettono – più che alla controversa nozione di preclusione implicita – al concreto pericolo che il modello proposto, pur di evitare qualunque integrazione con il rito ordinario, si privi di scansioni perentorie indispensabili a razionalizzare il corso processuale e a guidarlo verso il dichiarato obiettivo della celerità”⁴³.

Alla luce delle riforme del 2005 e del 2006, il codice di procedura civile ha subito vari mutamenti inerenti, in particolar modo, alla trattazione della causa e all’udienza di comparizione, pertanto tali critiche, meno recenti, non hanno più ragion d’essere. Il vecchio art.180 c.p.c. rubricato “Forma di trattazione” recitava “la trattazione della causa è orale. Della trattazione della causa si redige processo verbale”; l’attuale art.180 c.p.c. “Udienza di prima comparizione e forma della trattazione”: “all’udienza fissata per la prima comparizione delle parti il giudice istruttore verifica d’ufficio la regolarità del contraddittorio e, quando occorre, pronuncia i provvedimenti previsti dall’articolo 102, secondo comma, dall’articolo 164, dall’articolo 167, dall’articolo 182 e dall’articolo 291, primo comma. La trattazione della

separazione e divorzio tra autonomia normativa e necessità di integrazione”, in Dir. fam.,2002,pag.457 e segg.;

⁴³ Carbone, “Un rito per i giudizi di separazione e divorzio: tradizionale, ambrosiano, romano, a specialità integrale”, op. cit.,pag.269 e segg.,spec.273;

causa davanti al giudice istruttore è orale. Se richiesto, il giudice istruttore può autorizzare comunicazioni di comparse a norma dell'ultimo comma dell'articolo 170. In ogni caso fissa a data successiva la prima udienza di trattazione, assegnando al convenuto un termine perentorio non inferiore a venti giorni prima di tale udienza per proporre le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. Della trattazione della causa si redige processo verbale, nel quale si inseriscono le conclusioni delle parti e i provvedimenti che il giudice pronuncia in udienza [126,130, 183, 184, 189; att. 84].” Come si evince dal testo della norma il giudice istruttore non rimette immediatamente la causa al collegio, ma ha maggiori poteri di controllo e verifica rispetto alla disciplina precedente, così da assicurare il rispetto dei principi del contraddittorio e del giusto processo.

CAPITOLO II - ART. 709TER SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E PROVVEDIMENTI IN CASO DI INADEMPIENZE O VIOLAZIONI

1. INTRODUZIONE

La legge 8 febbraio 2006, n.54 (“Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”) ha introdotto, con l’art. 2 2° comma, l’art. 709ter c.p.c.:

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

[2] 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.*

[3] I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari.

La norma in commento ha apportato una grande innovazione all'interno dei procedimenti di separazione e divorzio: interviene in una materia precedentemente priva di qualsiasi disciplina. Tuttavia la disposizione è di non agevole interpretazione, addirittura, in alcuni punti lacunosa. Numerosi sono gli interpreti che negli anni si sono susseguiti nel commentarla, sottolineandone il contenuto approssimativo e allo stesso tempo la portata innovativa.

Una delle maggiori critiche riguarda il mancato coordinamento con il sistema previgente e di conseguenza l'unione di disposizioni di diritto sostanziale e di diritto processuale: sorgono rilevanti perplessità perché la legge 2006, n.54 introducendo le une e le altre, avrebbe dovuto accompagnare l'innovazione con un raccordo tra norme del codice civile e codice di rito. Inoltre spesso vengono utilizzati termini di significato ambiguo, provocando confusione e difficoltà per i lettori.¹

¹ Ricci- Lena, “ Sub art. 709ter c.p.c.”, in “ Codice della famiglia”, a cura di Sesta ,2009,pag.2547 e segg., sul problema della sovrapposizione tra le controversie previste dall'art. 709ter e quelle dell'art. 710 c.p.c. ; Bianchi, “Soluzione delle controversie in tema di esercizio della potestà e modalità di affidamento. I provvedimenti in caso di violazione o inadempienze”, in “Codice ipertestuale di separazione e divorzio”, a cura di Bonilini, Chizzini, Confortini, 2008,pag.410 e segg.,spec.411; Rossini, “Commento all'art. 709ter c.p.c.”, in “Commentario alle riforme del processo civile”, a cura di Briguglio, Capponi,2007,pag394 e segg.,spec.395; Longo, “L' art. 709ter c.p.c. : problemi interpretativi di natura processuale e sostanziale”, in Famiglia e Diritto, 2009, 2,pag.180 e segg; Fanelli “Brevi note su misure coercitive e art.709ter c.p.c.”, in Rivista esecuzione forzata,2,2012,pag.267 e segg.,spec.273;

Il legislatore, d'altro canto, ha inteso, così, facilitare la soluzione delle controversie insorte tra i genitori e rendere più rigorosa e sicura l'esecuzione delle disposizioni emanate relativamente all'affidamento e all'esercizio della potestà. De Filippis² esalta l'importanza dell' art. 709ter c.p.c. proprio perché reputa che la *ratio* della norma sia non punire, bensì assicurare l'attuazione dei provvedimenti. Nel sistema previgente, infatti, il giudice della cognizione non aveva strumenti per rendere esecutive le decisioni statuite nel giudizio di separazione e divorzio, tenendo conto della delicatezza del procedimento coinvolgente i figli. La nuova disposizione , invece, affida direttamente al giudice della cognizione poteri tali da poter curare l'esecuzione dei provvedimenti. Il legislatore ha cercato di colmare la lacuna nell'ambito di attuazione dei provvedimenti in materia familiare e di affidamento, data l'inidoneità delle varie forme di esecuzione già note³. Altri , Vullo⁴, non ritengono che l'intento della norma sia risolvere il problema dell' individuazione del giudice dell'attuazione di questi ultimi, bensì la portata di quest'ultima sarebbe limitata ad un profilo meramente cognitivo: le controversie menzionate nell'art.709ter possono sorgere sia quando l'esecuzione è già iniziata, sia anche quando alla tutela esecutiva non si è ancora fatto ricorso.

² De Filippis, "Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione" in "La separazione personale dei coniugi ed il divorzio: conseguenze della crisi coniugale su coppia , famiglia , figli e beni", 2012,pag.633 e segg.,spec.634;

³ Fanelli, "Brevi note su misure coercitive e art.709ter c.p.c.",op. cit.,pag.267 e segg.,spec.273;

⁴ Vullo, "Famiglia e stato delle persone", 2011-2013,pag.295 e segg.,spec.300 e 301;

2. AMBITO APPLICATIVO

La portata applicativa di tale articolo calato nella parte del Codice di Procedura Civile inerente la separazione personale dei coniugi è, in realtà, più estesa, comprende anche i procedimenti “ di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio”, nonché i “procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati”(art.4, 2° comma, legge n.54/2006). I primi commentatori si sono focalizzati sul significato dell'estensione: creare un testo unico sulla crisi genitoriale, applicando la nuova disciplina anche ai figli di genitori naturali .⁵

In precedenza , infatti, l'art. 317-bis c.c. regolava la potestà sui figli naturali : in ipotesi di genitori naturali non conviventi, il criterio primario per l'attribuzione della potestà monogenitoriale era la convivenza con i figli stessi. Discriminazione ,oggi, ormai completamente superata dalla legge 2012, n.219 (“ Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali”), che ha equiparato i figli naturali ai figli legittimi, lasciando il semplice termine “figli” senza essere seguito da aggettivi di differenziazione.

Molte discussioni sono sorte tra gli interpreti: c'è chi reputa che l'articolo operi solo in riferimento ai rapporti di filiazione (figli minori o portatori di

⁵ Vullo, “Famiglia e stato delle persone”,op. cit.,pag.295 e segg.; Danovi, “Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709ter c.p.c.)”, in Riv. dir. process., 2008, pag.603 e segg.,spec.609; Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso”, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2006,4,pag.1063 e segg.; Fanelli, “Brevi note su misure coercitive e art.709ter c.p.c.”,op. cit.,pag.267 e segg.,spec.274 e 275, il quale ammette forme di esecuzione indiretta solo per attuare obblighi di carattere personale, altrimenti l'ampliamento anche al campo patrimoniale comporterebbe l'eccessiva compressione della sfera giuridica del debitore; senza contare che esistono già strumenti per assicurare l'esecuzione degli obblighi a contenuto patrimoniale:

handicap)⁶ e chi, al contrario, sostiene che si riferisca anche agli aspetti patrimoniali del rapporto genitori-figli, in particolare nel caso di mancato pagamento dell'assegno di mantenimento del minore⁷. Punto indiscusso, quindi, è che il riferimento alla prole limiti la portata della disposizione, che non si applicherà qualora questi ultimi siano maggiorenni, emancipati o in loro assenza. Le prime applicazioni giurisprudenziali, infatti, riguardano le decisioni sulla frequentazione tra genitore e minore contenute nei provvedimenti presidenziali o nella sentenza di separazione e divorzio.⁸

Presupposto per l'applicazione della norma è che le controversie insorte tra i genitori riguardino rapporti con i figli che siano stati già regolati da un provvedimento giudiziale⁹. Si tratta di un procedimento incidentale che si può inserire in uno principale: nel giudizio di separazione e divorzio, di

⁶ Vullo, "Famiglia e stato delle persone", op. cit., pag. 295 e segg., spec. 298; Lupoi, "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso", op. cit., pag. 1063 e segg., spec. 1073, il quale fa leva sul tenore letterale della norma: l'intento di rimediare ai difetti di mezzi per sanzionare l'inadempimento di un genitore rispetto ai provvedimenti sull'affidamento e al diritto di visita; Onniboni, "Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709ter c.p.c.", in Fam. e dir., 2007, 8; 9, pag. 823 e segg., spec. 824;

⁷ De Filippis, "Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione", op. cit., pag. 633 e segg., spec. 637-640; T. Bologna, 19.6.2007, in Fam. e dir., 2008, pag. 1159 e segg.; T. Modena, 29.1.2006, in Dir. e giust., 2006, pag. 24 e segg.;

⁸ A. Venezia 17.9.2007 (www.affidamentocondiviso.it): il genitore affidatario si era trasferito all'estero insieme al minore, rendendo impossibile l'attuazione della disposizione contenute nel provvedimento presidenziale regolanti i rapporti con l'altro genitore; A. Firenze, 29.8.2007, in Fam. pers. succ., 2008, 4, pag. 370 e segg.; A. Catania, 8.2.2007 (www.affidamentocondiviso.it);

⁹ De Filippis, "Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione", op. cit., pag. 633 e segg., spec. 637-2012; Rossini, "Commento all'art. 709ter c.p.c.", op. cit., pag. 394 e segg., spec. 395;

modifiche delle condizioni di separazione ex art. 710 c.p.c. o, ancora, di revisione delle condizioni di divorzio, ex art.9 legge div. . Come schematizzato da Vullo : “il procedimento si può applicare in tre diverse ipotesi: a) in via incidentale (nell’ambito dei giudizi della crisi matrimoniale e di quelli riguardanti i figli di genitori non coniugati); b) in via principale, congiuntamente alla domanda di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio; c) in via principale autonoma nelle forme previste dall’ art.710 c.p.c. (e dell’art. 9 legge div.)¹⁰” . Alcuni interpreti ritengono che i provvedimenti precedentemente emanati debbano avere ad oggetto le controversie insorte tra i genitori in ordine all’esercizio della potestà genitoriale e/o delle modalità dell’affidamento¹¹. Nella giurisprudenza di merito , invece, si ritiene sufficiente la semplice pendenza di un procedimento che si potrebbe concludere con un provvedimento in materia¹² ed , in riferimento a genitori non coniugati, la mera controversia tra questi e la proposizione di una domanda giudiziale inerente alle statuizioni previste dalla disposizione in commento.¹³

Nella casistica applicazione dell’ art.709^{ter}, sono indicate come questioni che richiedono l’intervento del giudice: il rifiuto del genitore non affidatario

¹⁰ Vullo, “Famiglia e stato delle persone”,op. cit., pag.295 e segg.,spec.300;

¹¹ Cea, “L’affidamento condiviso. Profili processuali”, in Foro it., 2006,5,pag.96 e segg.,spec.100; Balena, “Le riforme più recenti del processo civile”, 2006,pag.415 e segg.,spec.421; Bianchi, “Soluzione delle controversie in tema di esercizio della potestà e modalità di affidamento. I provvedimenti in caso di violazione o inadempienze”,op. cit.,pag.410 e segg.,spec.413; Vullo, “Famiglia e stato delle persone”,op. cit.,pag.295 e segg.,spec.300;

¹² T. Macerata, 26 novembre 2008, in Foro it., 2009,1,pag.837 e segg.;

¹³ T. min. Ancona, 3 ottobre 2008, in Dir. fam. pers., 2009, pag.265 e segg.;

di consegnare i figli, le violazioni del “diritto di visita”; scelte riguardanti la vita del minore assunte senza consultazione.¹⁴

3. L' AFFIDAMENTO DEI FIGLI

A questo punto sembra doveroso un accenno all'affidamento della prole, così come riformato. Innanzitutto, va ricordata la disciplina originaria, risalente al 1942, che prevedeva, in caso di separazione tra i genitori di figli minori, l'affidamento esclusivo (l'art.155 c.c. recitava “ il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati”). Ciò comportava che il giudice dovesse decidere quale dei due genitori fosse più idoneo a tale ruolo (nella stragrande maggioranza dei casi il genitore affidatario era la madre). Leggermente diversa era la situazione nella separazione “consensuale”, nella quale i coniugi non si affidano a un procedimento per separarsi, ma si accordano tra di loro sui profili economici e su quelli relativi alla prole, pertanto non è il giudice a stabilire l'esercizio della potestà sui figli. In entrambi i casi è stato riscontrato un notevole allentamento del rapporto dei figli con il genitore non affidatario¹⁵.

Per queste ragioni si è sempre auspicata una riforma della materia. Un primo tentativo è stato realizzato dal legislatore nel 2006 con la legge n.54 rubricata “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”, che ha sovvertito le norme precedenti, stabilendo che

¹⁴ De Filippis, ,”Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione”,op. cit.,pag.633 e segg.,spec.639 e 640; Costanzo,”La soluzione dei conflitti tra i genitori” in “I processi di separazione e divorzio” a cura di Graziosi, 2011,pag.238 e segg.,spec.240;

¹⁵ Schlesinger, “L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo”, in Corr. giur.,2006,3,pag.301 e segg.;

l'affidamento condiviso è la regola e non l'eccezione (il principio della bigenitorialità): affidare i figli ad entrambi i genitori¹⁶, salvo che il giudice non decida , a seguito di valutazione del preminente interesse del minore, di affidare la prole ad uno solo dei genitori.

La stessa legge ha fornito una definizione di “interesse del minore” che ,in caso di separazione e divorzio, consiste nel “diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo” con ciascuno dei genitori, palesando lo stretto collegamento dell'art. 709^{ter} con questo diritto.¹⁷ In questo contesto i poteri d'intervento giudiziale sono stati ampliati anche con riguardo all'iniziativa officiosa, in quanto il giudice diventa il “garante dei diritti della prole, arbitro nei conflitti tra i genitori, vigilante dell'osservanza delle disposizioni in materia di affidamento ”¹⁸, (il nuovo art. 155 c.c. stabilisce che “ la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli ... sono assunte di comune accordo ... In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente”; e l'art. 155^{sexies} c.c. sancisce la possibilità del giudice di assumere “ prima dell'emanazione,

¹⁶ Viene stabilito il genitore “collocatario”: il figlio vive nella residenza o domicilio di uno solo dei genitori, i quali operano disgiuntamente per le decisioni di ordinaria amministrazione e congiuntamente per quelle di straordinaria amministrazione (ad esempio il cambio di residenza del genitore collocatario);

¹⁷ De Filippis, ,”Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione”,op. cit.,pag.633 e segg.,spec.638 e 639; Tommaseo, “L'interesse del minore e la nuova legge sull'affidamento condiviso”, in Fam. e dir., 2006,3,pag.291 e segg.,spec.296 e 297;

¹⁸ Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso”,op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1077;

anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 155 ... ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova”).

Tuttavia i genitori non sono lasciati in balia del potere del giudice: possono, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo o la revisione delle statuizioni giudiziali riguardanti l'affidamento della prole (attività sancite dall'art. 155*bis* c.c.: “ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo” e dall'art 155*ter* c.c.: “i genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione della potestà su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo”).

Il legislatore del 2006 ha anche introdotto, nel nostro ordinamento, la possibilità di ascolto del minore ai sensi dell'art. 155*sexies* c.c., il quale prevede che “il giudice dispone ,inoltre, l'audizione del figlio minore ultradodicenne e anche di età inferiore ove capace di discernimento”¹⁹. L'ambito di applicazione della disposizione riguarda ogni pronuncia relativa ai figli, sia provvisoria, sia definitiva (sentenze, ordinanze interinale, giudizi di revisione e in grado di appello). Infatti, nonostante la norma non specifichi le modalità e l'importanza dell'ascolto, si ipotizza che la mancata audizione del minore, in contrasto con l'interesse di quest'ultimo, annulli il procedimento. Il giudice deve formare il proprio convincimento , principalmente, sulla base dell' opinione del minore, atteso che il criterio fondamentale per stabilire l'affido dei figli sia l'interesse di

¹⁹ Per completezza, l'art. 155*quater* c.c. si occupa della questione dell'assegnazione della casa familiare, indicando come criterio guida l'interesse dei figli; l'art. 155*quinquies* c.c. riguarda il mantenimento dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente;

questi, in particolare si reputa opportuno che l'ascolto sia disposto "tenendo conto delle speciali esigenze della personalità del minore"²⁰.

Vi sono ,però , molteplici commentatori che dubitano della portata semplificativa della nuova legge ed anzi, nell'attesa di verificare se realmente la tutela dei minorenni sia stata rafforzata, sono convinti che il sistema giudiziario non solo non ne abbia ricavato alcun vantaggio, ma addirittura sia stato complicato e reso ancora più inadeguato.²¹

Sulla scorta di questo orientamento il legislatore ha emanato una nuova legge in materia: l. n.219 del 2012 ("Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali"), la quale ha innovato il regime della filiazione, parificando la disciplina giuridica di tutti i figli, come già segnalato. Con particolare riferimento all'affidamento, la norma ne riforma la competenza ed il rito. In precedenza i provvedimenti in materia di

²⁰ Tommaseo, "L'interesse del minore e la nuova legge sull'affidamento condiviso", in Fam. e dir., 2006,3,pag.291 e segg.,spec.297; Tommaseo, "Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali", in Fam. dir.,2006,4., pag.388 e segg., spec.396 e 397; Eremita, "Sull'audizione dei figli minori nei processi di separazione e di divorzio", in Giusto proc. civ.,2010,1,pag.235 e segg.,spec.242, la quale interpreta il nuovo articolo nel senso che il giudice deve motivare, prima di adottare i relativi provvedimenti, l'eventuale decisione di non disporre l'ascolto del minore," in riferimento alle peculiari esigenze di tutela di tali soggetti". Il giudice non è obbligato a procedere all'ascolto perché l'interesse primario è sempre quello di tutelare la prole;

²¹ Lupoi, "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso",op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1077, il quale:" la via giudiziaria alla pace domestica è una contraddizione in termini: se condividere vuol dire cooperare per un interesse comune , è chiaro che nessun provvedimento giudiziale potrà mai imporre a nessuno di condividere alcunché. In realtà, la via giudiziaria alla pace domestica conduce inesorabilmente al contenzioso permanente " ; Schlesinger, "L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo", op. cit., pag.301 e segg.,spec.303;

affidamento erano di competenza del tribunale per i minorenni ai sensi dell'art.317bis c.c., mentre le pronunce che si riferiscono al mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio erano affidate al tribunale ordinario (in virtù del mancato richiamo alla norma di riferimento, l'art. 148 c.c., da parte dell'art. 38 disp. att. c.c.). A seguito delle numerose critiche mosse alla disciplina "dualistica", la l. n.54 del 2006 aveva cercato di creare una competenza unitaria, ma con scarsi risultati, perché l'interpretazione di dottrina e giurisprudenza non è stata uniforme: alcuni²² hanno devoluto tale potere solo al tribunale minorile ed altri, unicamente, a quello ordinario²³.

Infine, il legislatore del 2012 tenta di risolvere la controversia, prevedendo l'applicazione del rito camerale, con intervento necessario del p.m. e la competenza del tribunale ordinario per i procedimenti di affidamento e di mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio (richiama nell'art.38 disp. att. c.c. gli artt.737 e ss. c.p.c. ed elimina il riferimento all'art. 317bis c.c.).

Inoltre la nuova legge, per la prima volta, si è espressa per il riconoscimento dell'ascolto del minore quale "diritto" (art. 315bis 3° co. c.p.c.: " Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove

²² Tommaseo, "Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali", in Fam. dir.,2006,4., pag.388 e segg., spec.391 e 392;Casaburi "La nuova legge sull'affidamento condiviso(ovvero tanto rumore per nulla)", in Corr. mer., 2006, pag.566;

²³ Salvaneschi, "Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso", in Riv. dir. process., 2006, pag.1287 e segg.,spec.1292; Lupoi, "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso",op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1067; Scarselli, "La recente riforma in materia di filiazione: gli aspetti processuali", in Giusto proc. civ.,2013,3,pag. 667 e segg.,spec.669, il quale distingue tra la competenza generale del tribunale ordinario ai sensi del 2°co. dell'art.38 disp. att. c.c. e competenza residuale del tribunale per i minorenni ex art.38 1°co. disp. att. c.c., che rappresenta l'eccezione alla regola, ma in caso di eccezione all'eccezione il potere è di nuovo del giudice ordinario;

capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano”), imponendo al giudice, a prescindere da una propria valutazione discrezionale, di procedere all’ascolto, a seguito di richiesta da parte del minore²⁴. Tuttavia, neanche questa riforma ha colmato, definitivamente, le lacune normative, in quanto sia le regole sulla competenza, sia sul rito applicabile sembrano approssimative e poco chiare (“la competenza nei processi della famiglia continua ad essere “mescolata” e soggetta a inaccettabili differenze quanto al rito applicabile”²⁵).

4. COMPETENZA

Il 1° comma dell’art. 709^{ter} distingue nettamente tra ipotesi di soluzione delle controversie insorte tra i genitori e di procedimento ex art.710, per i quali è competente, rispettivamente, il giudice del procedimento in corso ed il tribunale del luogo di residenza del minore.

È nel caso di pendenza del giudizio di separazione che si nota l’incompletezza della norma la quale non chiarisce se la competenza sia attribuita al giudice istruttore o al collegio. In dottrina e giurisprudenza si sono susseguite numerose opinioni.

²⁴ Danovi “ Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) “naturali”, in Corr. giur.,2013,4, pag.537 e segg.,spec.538 e 539; Reali, “L’ascolto del minore nei procedimenti di separazione e di divorzio”, in Giusto proc. civ.,2013,3,pag.739 e segg.;

²⁵ Danovi “ Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) “naturali” cit. nota precedente,pag.537 e segg.,spec.543, il quale, addirittura, auspica una riforma organica che abolisca i Tribunali per i minorenni e istituisca nuovi organi più specializzati;

- Ripartire la competenza in base al tipo e al contenuto del provvedimento che il giudice assume²⁶: in caso di controversie tra i genitori, modifica di provvedimenti già in vigore ed emanazione dell'ammonizione di cui all' art. 709ter, 2° comma, n.1, c.p.c. , è competente il giudice istruttore perché i provvedimenti possono assumere la forma dell'ordinanza; mentre per le altre misure sanzionatorie di cui ai n. 2, 3 e 4 della disposizione richiamata è legittimato il collegio perché emanate con la pronuncia conclusiva del processo.²⁷

- Competenza del giudice istruttore in ogni caso²⁸, nonostante i provvedimenti dell'art. 709ter possano essere impugnati “nei modi

²⁶ Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso”,op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1074; Cea, “L'affidamento condiviso. Profili processuali”,op. cit., pag.96 e segg.,spec.101 e 102;

²⁷ Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso”,cit. nota precedente; Cea, “L'affidamento condiviso. Profili processuali”,cit. nota precedente, però, per quest'ultimo il collegio sarebbe competente per tutte le misure risarcitorie;

²⁸ Costanzo,”La regolamentazione dei rapporti familiari”,op. cit.,pag.238 e segg.; Danovi, “Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709ter c.p.c.)”op. cit.,pag.603 e segg.,spec.618 e 619, il quale lascia un margine d'intervento al collegio: quando per le misure risarcitorie occorre un'istruttoria non sommaria e per “danni di natura esistenziale/morale”; Ricci- Lena, “ Sub art. 709ter c.p.c.”,op. cit.,pag.2547 e segg.,spec.2550 e 2551; La Rosa E., “Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?”, nota a “Trib. Messina 5 aprile 2007”, in Fam. dir., 2008,1,pag.60 e segg.,spec.64; Casaburi,”I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso”, in Giur. merito-speciale riforma diritto di famiglia, 2006,pag.5 e segg.,spec.59; De Marzo, “La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare”, a cura di De Marzo, Cortesi, Liuzzi, 2007,pag.720 e segg.,spec.723; Fanelli, “Brevi note su misure coercitive e

ordinari”(3°co) e quindi si escluderebbe l’operatività dell’ordinanza e la legittimazione del giudice istruttore. Questa perplessità viene risolta invocando la flessibilità delle pronunce in questione: “possono essere emanate in ogni momento del procedimento quando se ne manifesta la necessità, attraverso la procedura semplificata prevista dal co. 2 della norma(...). Il che fa ovviamente supporre la pronunzia con ordinanza. Ma nessuno vieta che la pronunzia possa avvenire anche con sentenza finale di separazione, se la necessità del provvedimento si manifesta in quel momento o se la richiesta è effettuata solo nelle conclusioni finali (...). Ciò può spiegare il riferimento alla dizione dell’impugnabilità dei provvedimenti ex art. 709ter, “nei modi ordinari”²⁹. La legge non dice infatti che essi vanno impugnati con i “mezzi” ordinari (quelli cioè di cui all’art. 323 c.p.c.), ma nei “modi” ordinari, che sono quelli dipendenti dalla natura del provvedimento con cui le misure in oggetto sono connesse” (Ricci - Lena).³⁰

- Competenza esclusiva del collegio: “ nei procedimenti collegiali, come quelli di separazione, i poteri decisorio fanno capo al collegio, essendo il giudice istruttore investito dei soli poteri espressamente conferitigli dalla legge. Ciò anche in un’ottica garantistica, in quanto il provvedimento collegiale potrebbe essere sempre rivisto in sede di sentenza definitiva, a sua volta appellabile, mentre un eventuale provvedimento del giudice istruttore, reso ex art. 709ter c.p.c., non sarebbe reclamabile, perché non

art.709ter c.p.c.”,op. cit.,pag.267 e segg.,spec.276 e 279, sottolinea la “tempestività della tutela”;

²⁹ Ricci- Lena, “ Sub art. 709ter c.p.c.”,op. cit.,pag.2547e segg.,spec.2550;

³⁰ Ricci- Lena, “ Sub art. 709ter c.p.c.”,ult. nota cit.;

cautelare”³¹ (ma qui il Tribunale di Pisa non considera che – appunto fino alla sentenza finale – sia il provvedimento del giudice monocratico che di quello collegiale non sarebbero comunque sottoponibili ad un immediato giudizio di revisione)”³². Inoltre gli interpreti sottolineano l’intento della riforma del 2006 di attribuire al suddetto procedimento la funzione di risolvere le controversie, non solo le modifiche e le revisioni, dunque il giudice di merito aprirà un sub procedimento autonomo in cui adotterà le misure opportune e all’occorrenza modificherà i provvedimenti in vigore³³. Si fa leva, anche, sulla delicatezza della materia che richiede un bilanciamento tra interessi e sul dato letterale poichè in altre disposizioni il legislatore fa espresso riferimento al giudice istruttore³⁴.

- Competenza indifferentemente al tribunale in composizione collegiale in sede decisoria o al giudice istruttore nella fase istruttoria³⁵.

³¹ Trib. Pisa, ord., 19-12-2007 , con nota di Casaburi, in Foro it.,2008,1,pag.1689 e segg.,spec.1690;

³² Casaburi, “I provvedimenti in rassegna consentono di fare il punto su alcune delle innovazioni più problematiche introdotte dalla l. 54/2006 sul c.d. affido condiviso, i provvedimenti ex art.709ter c.p.c. e la stessa possibilità di adozione dell’affido condiviso in ipotesi di conflittualità tra i genitori” nota a Trib. Pisa, ord., 19-12-2007, in Foro it.,2008,1,pag.1689 e segg.,spec.1690;

³³ Oberto, “I rimedi all’inadempimento degli obblighi di mantenimento nell’ambito della crisi della famiglia”, in Fam. e dir., 2008,1,pag.77 e segg.,spec.92;

³⁴ Longo, “L’art. 709ter c.p.c. : problemi interpretativi di natura processuale e sostanziale”,op. cit.,pag.180 e segg.;

³⁵ Onniboni, “Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell’art. 709ter c.p.c.”,op. cit.,pag.823 e segg.,spec.827; Zingales, “Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell’art. 709ter c.p.c.”, in Dir. fam.,

Nulla *questio* , invece, sui procedimenti ex art.710: la competenza esclusiva per territorio spetta al tribunale della residenza del minore³⁶; di conseguenza quest'ultima prevarrà in caso di cumulo con altre domande di carattere patrimoniale o aventi diverso oggetto³⁷. La scelta legislativa è stata, però , criticata perché il criterio individuato avrebbe senso solo se l'audizione del minore, che non è parte del giudizio in senso stretto, fosse necessaria sempre (tesi non condivisa da tutti). Ma in questo modo rischia di essere vanificato l'intento della disciplina di evitare ai figli inutili spostamenti territoriali per garantire loro una maggiore tutela. Inoltre , in caso di affidato condiviso, andrebbe specificato il luogo di residenza del minore, presupponendosi che quest'ultimo abbia un rapporto di convivenza stabile con uno dei genitori³⁸.

Per i procedimenti non in primo grado la disposizione tace. Si ritiene che sia competente il giudice d'appello, quale giudice “del procedimento in corso” qualora il giudizio penda in appello e quale ultimo giudice di merito che ha emesso i provvedimenti impugnati, qualora penda in Cassazione³⁹.

2009,1,pag.404 e segg.,spec.409-411, il quale evidenzia la maggiore praticabilità di questa soluzione dopo aver analizzato tutte le ipotesi;

³⁶ Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso”,op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1074; Danovi, “Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709ter c.p.c.)”, in Riv. dir. process., 2008,pag.603 e segg.,spec.609;

³⁷ Vullo, “ Famiglia e stato delle persone”, op. cit., pag.295 e segg., spec.310, il quale rimanda anche alla Salvaneschi, “I procedimenti di separazione e divorzio”,in Consolo,Luiso,Menchini,Salvaneschi,”Il processo civile”,pag.153, la quale indica i casi di possibile cumulo;

³⁸ Rossini, “Commento all'art. 709ter c.p.c.”,op. cit.,pag.394 e segg.,spec.396-400;

³⁹ Ricci- Lena, “ Sub art. 709ter c.p.c.”,op. cit.,pag.2547 e segg., spec.2551; Vullo, “ Famiglia e stato delle persone”,op. cit.,pag.295 e segg.,spec.313; Lupoi, “Aspetti

Alcuni , diversamente , reputano che nell'ultimo grado di giudizio la domanda ex art. 709ter sia improponibile⁴⁰.

Infine, in passato , molto discussa è stata la ripartizione della competenza tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni quando le questioni riguardano i figli naturali. A seguito dell'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso (Legge 2006, n.54), applicabile anche ai figli di genitori non coniugati, è stato abrogato il combinato disposto degli art. 317bis cod. civ. e art. 38 disp. att. cod. civ., affidando la materia al giudice ordinario. Sono sorti dubbi ,però, in merito alla sopravvivenza della competenza del tribunale per i minorenni in materia di potestà ed affidamento. La Corte di Cassazione, ord. 3 aprile 2007, n.8362, ha optato per quest' ultima ipotesi, includendovi anche i provvedimenti relativi al mantenimento dei figli naturali e le domande patrimoniali proposte insieme a quelle concernenti l'affidamento⁴¹. Il foro di competenza è il luogo di residenza del minore. Secondo questa interpretazione l'art.38 disp. att. cod. civ. , sul quale si fonda la competenza del giudice minorile, non è stato espressamente abrogato dalla legge sopra richiamata. Nonostante , quando vi sia incompatibilità tra nuova e preesistente disposizione , non sia necessaria un'abrogazione espressa, la disciplina della competenza è coperta da riserva assoluta di legge, pertanto solo una norma di legge

processuali della normativa sull'affidamento condiviso",op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1074; Zingales, "Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709ter c.p.c.",op. cit.,pag.404 e segg.,spec.411;

⁴⁰ Vullo, " Famiglia e stato delle persone",cit. nota precedente;

⁴¹ Tommaseo, "Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali",in Fam. e dir., 2006,pag.388e segg.,spec.391 e 392; Danovi, "Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709ter c.p.c.)",op. cit.,pag.603 e segg.,spec.611e 612; Rossini, "Commento all'art. 709ter c.p.c.",op. cit.,pag.394 e segg.,spec.400-404;

espressamente emanata o desumibile con certezza da strumenti interpretativi può cancellarla⁴². Anche la Consulta , che in un primo momento ha evitato di esprimersi, ha avallato l'orientamento della sopracitata giurisprudenza. Al contrario altri studiosi ritengono che sia il tribunale ordinario ad essere legittimato a pronunciarsi⁴³. Un autore⁴⁴ , analizzando l' art. 317bis c.c. , afferma :” a me sembra (...) che quest' ultima norma sia stata implicitamente abrogata dalla nuova disciplina per la parte che con quest'ultima era incompatibile, e che la parte abrogata sia proprio quella seconda parte del secondo comma che “contemplava” quei provvedimenti che, ex art. 38 disp. att. c.c., venivano attratti alla competenza del tribunale minorile” ed aggiunge che i provvedimenti contemplati dall' art. 317bis c.c. non fanno più parte del nostro ordinamento.

Secondo Bucci la competenza del tribunale per i minorenni permane solo per le soluzioni delle questioni di particolare importanza ex art. 316 c.c.,

⁴² Tommaseo, “Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali”, cit. nota precedente; Rossini, “Commento all'art. 709ter c.p.c.”,cit. nota precedente, la quale trova giustificazione della sua tesi maggiore tutela offerta al minore dal giudice specializzato;

⁴³ Salvaneschi, “Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso”, in Riv. dir. process., 2006,pag.1287 e segg.,spec.1292, la quale specifica che in questo modo è parificato il trattamento dei figli che siano nati da genitori coniugati e non; Lupoi,“Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso”,op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1074;

⁴⁴ Salvaneschi, “ Ancora un giudice diverso per i figli naturali”, in Corr. Giur.,2007,7,pag.945 e segg.,spec.954 e 955;

quando queste riguardano genitori ancora conviventi, che non vogliono separarsi e che non chiedono l'affidamento⁴⁵.

Tuttavia, oggi, tutto ciò non ha più ragion d'essere: la legge 2012, n.219, che ha eguagliato la posizione di tutti i figli sia legittimi che naturali, ha risolto le varie dispute in materia, attribuendo al tribunale ordinario la legittimazione ad emanare statuizioni anche in relazione ai procedimenti concernenti l'affidamento ed il mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio. Tuttavia anche con l'entrata in vigore di questa legge non sono stati chiariti tutti i punti. Tra i primi commentatori, Danovi, pur apprezzando “ la raggiunta uniformità del sistema delle competenze”, evidenzia che rimangono “ diversi aspetti nevralgici, sia per la scelta del modello processuale applicabile (il rito camerale) che si espone a perplessità e critiche in ordine alle garanzie offerte, sia per alcune lacune (in particolare in relazione ai provvedimenti provvisori) che già de iure condito impongono un' integrazione attraverso un'interpretazione correttiva delle nuove norme”⁴⁶.

5. DISCIPLINA PROCEDIMENTALE

5.1. Fase introduttiva

L' art. 709^{ter} c.p.c. contiene scarse indicazioni in ordine alla disciplina procedimentale da seguirsi: sono menzionati solo la forma dell'atto introduttivo e l'obbligo di convocare le parti. “Si tratta di un procedimento,

⁴⁵ Bucci, in “Le nuove riforme del processo civile”, a cura di Bucci - Soldi, 2006.pag.75 e segg.,spec.103;

⁴⁶ Danovi, “ Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) “naturali”, in Corr. giur.,2013,4,pag.537 e segg.;

eventualmente incidentale, semplificato e deformalizzato, con instaurazione del contraddittorio e una istruttoria sommaria”⁴⁷.

La legittimazione attiva e passiva spetta esclusivamente ai genitori, stante la lettera della norma e la celerità del procedimento altrimenti compromessa; è incerto se in caso di domanda di risarcimento danni a favore della prole si possa ammettere la nomina di un curatore speciale ai sensi dell’art. 78 c.p.c.⁴⁸. In passato, sono sorte perplessità, anche, in relazione all’obbligatorietà dell’intervento del pubblico ministero nell’ipotesi di domande ex art. 710 c.p.c.: la giurisprudenza di legittimità negava la necessità di quest’ultimo. In seguito la Corte Costituzionale, 9 novembre 1992, n.416, ha stabilito che la partecipazione del p.m. fosse necessaria solo in riferimento ai procedimenti, ai sensi dell’art. 710 c.p.c., concernenti la modifica di provvedimenti sulla prole: così la maggior parte della dottrina sostiene l’obbligo di presenza del p.m. nelle controversie in commento, le quali incidono fortemente sui figli⁴⁹.

⁴⁷ Corder,” Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno”, in Corr. merito, 2008,5,pag.553 e segg.,spec.557;

⁴⁸ A favore: Vullo,” Famiglia e stato delle persone”,op. cit.,pag.295 e segg.,spec.314; Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull’affidamento condiviso”,op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1075;

⁴⁹ Vullo,” Famiglia e stato delle persone”,cit. nota precedente; Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull’affidamento condiviso”, cit. nota precedente; Balena, “ Il processo di separazione personale dei coniugi”, in “Le riforme più recenti del processo civile”, op. cit.,pag.415 e segg.,spec.421; Corder,” Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno”,op. cit.,pag.553 e segg.,spec.557; Ricci- Lena, “ Sub art. 709ter c.p.c.”,op. cit.,pag.2547 e segg.,spec.2551; Fanelli, “Brevi note su misure coercitive e art.709ter c.p.c.”,op. cit.,pag.267 e segg.,spec.276, si consente al giudice di adottare il mezzo più opportuno, potenziando la norma stessa;

Profilo indiscusso è la forma dell'atto introduttivo: il ricorso e di conseguenza l'applicazione delle prescrizioni di cui all' art. 125 c.p.c.. Si reputa necessario per le parti, ai sensi dell' art. 82 c.p.c., l'assistenza di un difensore per proporre la domanda e si desume dalla formula della disposizione l' esclusione di un' instaurazione d' ufficio della controversia⁵⁰. Alcuni studiosi, invece, soffermandosi sul ruolo del giudice di garante dei diritti dei minori coinvolti, hanno ipotizzato un giudizio attivato d'ufficio dal giudice⁵¹, osservando, d'altra parte, che l'espressione letterale "a seguito del ricorso" si ricolleggi precisamente solo all'impulso per l'avvio del procedimento e non anche alla relativa domanda. Infine vi è anche chi ha individuato un'interpretazione intermedia: in presenza di minori pregiudicati dal comportamento dei genitori, il giudice potrà "risolvere le contese, attuare o modificare i provvedimenti in vigore anche in modo difforme da quanto chiesto dalle parti, se ciò dovesse risultare maggiormente funzionale all'interesse del minore"⁵².

Ove la relativa istanza sia formulata nel corso del processo già pendente, sembra potersi ammettere la possibilità di proporla direttamente in udienza.

⁵⁰ Vullo, "Famiglia e stato delle persone", op. cit., pag.295 e segg., spec.316 e 317; Bianchi, "Soluzione delle controversie in tema di esercizio della potestà e modalità di affidamento. I provvedimenti in caso di violazione o inadempienze", op. cit., pag.410 e segg., spec.417; Lupoi, "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso", cit. nota precedente; Ricci- Lena, " Sub art. 709ter c.p.c.", cit. nota precedente; Onniboni, "Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709ter c.p.c.", op. cit., pag.823 e segg., spec.826;

⁵¹ De Filippis, "Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione", op. cit., pag.633 e segg., spec.651; Danovi, "Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709ter c.p.c.)", op. cit., pag.603 e segg., spec.614 e 615;

⁵² Corder, "Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno", op. cit., pag.553 e segg., spec.555;

5.2. Procedimento in senso stretto

Ricevuto il ricorso, ai sensi del 2°co. dell'art. 709^{ter} c.p.c., il giudice competente pronuncia decreto di convocazione dei genitori fissando un'udienza di comparizione avanti a sé. Nel rispetto dei principi costituzionali del giusto processo, visto il silenzio della disposizione, si ritiene che :

- Il giudice, nel fissare il giorno dell'udienza, debba concedere al genitore convenuto un termine congruo per permettergli di disporre le opportune difese;
- Il ricorso ed il decreto debbano essere notificati personalmente al genitore convenuto, salvo che la parte sia già costituita in giudizio, nel qual caso la notificazione può avvenire al difensore della parte costituita o alla parte personalmente, se contumace⁵³.

Il principio del contraddittorio ,quindi, non sembra potersi derogare: non si prevede la possibilità di emanare i provvedimenti *inaudita altera parte*⁵⁴.

Le evidenti lacune della norma in commento hanno dato vita alle svariate interpretazioni sul rito da applicare:

- Rito camerale in virtù dei principi di concentrazione ed economia processuale⁵⁵.

⁵³ Vullo, " Famiglia e stato delle persone",op. cit.,pag.295 e segg.,spec.318; Lupoi, "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso",op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1075;

⁵⁴ Corder, " Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno",op. cit.,pag.553 e segg.,spec.557, ammette una pronuncia *inaudita altera parte* "nel caso di gravi inadempimenti e concreti pregiudizi per i minori, prendendo a spunto quanto previsto dall'art. 736^{bis} c.p.c.;

- Nelle ipotesi di controversie insorte fra i coniugi sull'esercizio della potestà genitoriale o sull'affidamento, il giudice può decidere di procedere come reputa più opportuno; nel caso di adozione delle sanzioni previste dall'art. 709ter, 2°co., c.p.c., si segue il rito previsto per la separazione o il divorzio o per la modifica delle condizioni stabilite nella sentenza finale⁵⁶.

- Rito camerale, ma, senza fare menzione del procedimento instaurato in via incidentale, solo quando si tratta di un giudizio autonomo e nuovo, visto il richiamo all' art.710 c.p.c. presente nel 1°co. dell'art. 709ter c.p.c.⁵⁷.

Anche in materia di istruzione probatoria la disposizione tace: la giurisprudenza, pacificamente, ha affermato l'applicazione del regime probatorio valevole nei procedimenti nei quali sono emanate pronunce in materia di affidamento o sulla potestà. In ogni caso, deve essere assicurata al giudice la possibilità di compiere gli atti istruttori indispensabili per la soluzione delle controversie proposte, per l'adozione dei provvedimenti opportuni e soprattutto di quelli sanzionatori⁵⁸, in merito ai quali vi sono opinioni differenti sulla necessità di istruttoria sommaria o non⁵⁹.

⁵⁵ Rossini, "Commento all'art. 709ter c.p.c.",op. cit.,pag.394 e segg.,spec.405, in relazione ad una delle misure previste al 2°co. dell'art. 709ter c.p.c.; Fanelli, "Brevi note su misure coercitive e art.709ter c.p.c.",op. cit.,pag.267 e segg.,spec.276;

⁵⁶ Carratta,"sub art.709ter" in AA.VV. "Le recenti riforme del processo civile" diretto da Chiarloni,2007,pag.1553 e segg.,spec.1569;

⁵⁷ Balena, " Il processo di separazione personale dei coniugi",op. cit.,pag.415 e segg.,spec.421;

⁵⁸ Bianchi, "Soluzione delle controversie in tema di esercizio della potestà e modalità di affidamento. I provvedimenti in caso di violazione o inadempienze",op. cit.,pag.410 e

Infine si ritiene applicabile l'art. 155sexies c.c. quanto all'audizione del minore ultra-dodicenne, infatti, dal momento che in questo contesto si statuisce anche in materia di affidamento, l'ascolto potrà essere utile al giudice per risolvere i conflitti tra i genitori⁶⁰.

6. I PROVVEDIMENTI OPPORTUNI

Il nostro ordinamento è sprovvisto di una normativa che regoli l'esecuzione forzata degli obblighi di consegna dei minori. Il caso tipico è quello del minore convivente con entrambi i genitori nel domicilio coniugale e ,a seguito di decisione del giudice della separazione o del divorzio di spostare il domicilio prevalente presso l'abitazione della madre, il padre si rifiuta di consegnare il figlio alla madre. Le soluzioni prospettate sono le più svariate. Secondo alcuni⁶¹ bisogna "consegnare" coattivamente il figlio minore al genitore e dunque è opportuno ricorrere alla procedura di esecuzione per consegna e rilascio ex artt. 605 ss. c.p.c.. Questo orientamento è ostacolato dall'art. 2930 c.c., il quale individua l'oggetto di tale procedura esecutiva in

segg.,spec.417; Balena, " Il processo di separazione personale dei coniugi",op. cit.,pag.415 e segg.,spec.422 e 423;

⁵⁹ A favore di un'attività istruttoria non sommaria: Lupoi, "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso",op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1075; .Contr. nel senso di istruttoria "assolutamente deformalizzata" v. App. Catania, 8.2.2007,op. cit.;

⁶⁰ Lupoi, "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso",cit. nota precedente; Bianchi, "Soluzione delle controversie in tema di esercizio della potestà e modalità di affidamento. I provvedimenti in caso di violazione o inadempienze",op. cit.,pag.410 e segg.,spec.417;

⁶¹ Fornaciari,"L'attuazione dell'obbligo di consegna di minori", 1991,pag.163 e segg.;

una cosa determinata, mobile o immobile e un minore non appartiene, sicuramente, a nessuna delle suddette categorie. Altri⁶² richiamano l'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare ex artt. 612 ss. c.p.c., in ragione della flessibilità di tale procedura, sia a proposito delle modalità procedurali, sia all'eventuale aiuto da parte di esperti. La formula "obbligo di fare" deve essere interpretata tanto estensivamente da comprendervi anche la condotta negativa di chi rifiuta un comportamento dovuto. Altri, ancora, attribuiscono al giudice della cognizione anche l'attuazione degli obblighi di consegna del minore. Infine, i giudici e la maggioranza della dottrina avallano la teoria suggerita dalla Corte di Cassazione (sent. 1980, n.5374⁶³), la quale distingue tre situazioni:

- Il provvedimento di consegna contenuto in una sentenza, passata in giudicato e quindi irrevocabile, è attuato nelle forme di cui agli artt. 612 c.p.c.;
- Il provvedimento di giurisdizione volontaria, sebbene insuscettibile di passare in giudicato, definisce, con tendenziale stabilità, le situazioni e pertanto è eseguito secondo le modalità degli artt. 612 c.p.c.;
- Il provvedimento interinale o cautelare, caratterizzato da provvisorietà ed instabilità, è attuato "in via breve", "mediante forme processuali determinate dallo stesso giudice del procedimento, da attuarsi anche attraverso l'ausilio degli organi amministrativi o di polizia"⁶⁴;

⁶² Graziosi, "I processi di separazione e divorzio", 2011, pag.261 e segg.,spec.263; Capponi, " Manuale di diritto dell'esecuzione civile", 2012, pag.373 e segg.,spec.390 e 391;

⁶³ Cass., 7 ottobre 1980,n.5374, in Giust. civ.,1981,1, pag.311;

⁶⁴Ricci- Lena, " Sub art. 709ter c.p.c.", op. cit., pag.2547 e segg., spec.2553; Graziosi, "I processi di separazione e divorzio",op. cit., pag.261 e segg.,spec.264 e 265;

Non sussiste, invece, una ricostruzione organica qualora il rifiuto di consegna provenga dal minore: parte della giurisprudenza⁶⁵ ammette la competenza del giudice dell'esecuzione di sospendere temporaneamente l'esecuzione del provvedimento, affidando al giudice della cognizione la decisione finale; altri autori⁶⁶ la negano, in ragione della mancanza di un vero e proprio giudice dell'esecuzione e della sovrapposizione tra fase esecutiva e fase cognitiva, e sostengono che il provvedimento di affidamento sia modificabile o revocabile ai sensi dell'art. 709 ult. co. c.p.c. o dell'art.710 c.p.c.. L'art. 709ter c.p.c. tenta di porre rimedio, disciplinando una serie di provvedimenti che possono essere adottati in esito al procedimento in esame. Il 2°co. dell'art. 709ter c.p.c. distingue due ipotesi principali da considerarsi separatamente:

- La soluzione delle controversie;
- Le inadempienze o violazioni;

Con riferimento specifico al primo caso, il giudice adito deve adottare i “provvedimenti opportuni” allorché tra i genitori insorgono “delle controversie ... in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento”, qualora i genitori siano in lite, o non riescano ad accordarsi sulla determinazione delle modalità di attuazione, contenute in provvedimenti già resi⁶⁷. La giurisprudenza⁶⁸ si è occupata ,anche, di

⁶⁵ P. Parma, 3 aprile 1984, in Dir. fam., 1984, pag.671; P. Palermo, 16 aprile 1987, in Dir. fam.,1988, pag.1057; P. Milano, 8 agosto 1986, in Dir. fam.,1986, pag.1172;

⁶⁶ Graziosi, “I processi di separazione e divorzio”,op. cit., pag.261 e segg.,spec.266; Ricci- Lena, “ Sub art. 709ter c.p.c.”, op. cit., pag.2547 e segg., spec.2554;

⁶⁷ Doronzo “Riforma del processo civile: artt. 706 – 709bis”, in Le nuove leggi civili commentate,2006, pag.619;

individuare la loro natura, tema trascurato in dottrina, e ha stabilito che tali misure assolvano una funzione “anticipatoria ed interinale”, non cautelare.

Il giudice ha il compito di valutare discrezionalmente ed in base alle particolarità di ogni fattispecie concreta la consistenza di queste disposizioni, per le quali è impossibile determinare a priori il contenuto. Si ritiene, tendenzialmente, che “i provvedimenti opportuni” consistano nella precisazione o specificazione di quanto stabilito in una preesistente statuizione in materia di potestà dei genitori o di affidamento, che è presupposto ineludibile del giudizio in esame⁶⁹, ma vi sono delle dispute dottrinali concernenti la possibilità del giudice di apportare delle vere e proprie modificazioni. Alcuni interpreti, tra cui Danovi⁷⁰, rilevano che tale conclusione sia necessaria per consentire al giudice del merito di poter adeguare la disciplina giuridica della fattispecie alle emergenze extraprocessuali *medio tempore* intervenute. Inoltre anche la giurisprudenza si è pronunciata sulla questione affermando che in mancanza del presupposto della disposizione in commento, ossia la sussistenza di contrasti circa l’attuazione dei provvedimenti regolanti l’esercizio della potestà e le modalità di affidamento della prole, la richiesta di revisione delle pronunce presidenziali non può essere qualificata come ricorso ex art. 709ter c.p.c., ma quale istanza per la modifica dei provvedimenti presidenziali ex art. 709, 4°co., c.p.c.⁷¹ ovvero, qualora sia già stata

⁶⁸ Trib. Catania, 29 settembre 2006, in Fam. pers. succ., 2007, pag.372;

⁶⁹ Vullo, “Famiglia e stato delle persone”, op. cit., pag.295 e segg., spec.319;

⁷⁰ Danovi, “Le misure sanzionatorie a tutela dell’affidamento (art. 709ter c.p.c.)”, in Riv. dir. process., 2008, pag.603 e segg., spec.607;

⁷¹ T. Termini Imerese, 12 luglio 2006, in Foro it., 2006, 1, pag.3243;

pronunciata sentenza di divorzio, con ricorso per il procedimento camerale di cui all'art. 9 l. divorzio per la modifica delle condizioni di divorzio. Altri autori ritengono che il procedimento in esame non possa mai concludersi con una revisione, poiché il giudice può solo operare “aggiustamenti, modificazioni o integrazioni delle originarie statuizioni”⁷². Per alcuni, peraltro, il coniuge ricorrente dovrebbe indicare con esattezza il contenuto della misura richiesta, per evitare interventi troppo invasivi del giudice⁷³.

Infine, atteso che le “controversie” sono caratterizzate dalla mancanza di profili precisi e le “inadempienze o violazioni”, al contrario, hanno generalmente un contenuto più definito e specifico, l'ordinamento giuridico considera come più gravi queste ultime rispetto alle prime, intercorrendo fra questi rimedi un rapporto di consequenzialità e graduazione. Un qualsiasi comportamento dell'altro genitore, anche di minimo rilievo, può far insorgere una “controversia”, a seguito della quale il giudice può adottare gli “opportuni provvedimenti”, ma qualora la condotta inibita sia reiterata, si ritiene possibile che il giudice possa sanzionarla con la previsione delle più gravi misure pronunciate “in caso di inadempienze o violazioni”⁷⁴.

⁷² Vullo, “Famiglia e stato delle persone”, op. cit., pag. 295 e segg., spec. 321 e 322, il quale porta a sostegno della sua tesi una decisione della Corte di merito (App. Catania, decr. 8 febbraio 2007 in Fam. e dir., 2007, 5, pag. 71) che esclude che il giudizio in esame possa essere esperito per risolvere questioni sull'affido condiviso o esclusivo; Balena, “ Il processo di separazione personale dei coniugi”, op. cit., pag. 415 e segg., spec. 421;

⁷³ Finocchiaro, “Misure efficaci contro gli inadempimenti”, in Guida dir., 11, 2006, pag. 58 e segg., spec. 61;

⁷⁴ La Rosa E., “Il nuovo apparato rimediale introdotto dall'art. 709ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?”, nota a “Trib. Messina 5 aprile 2007”, in Fam. dir., n. 1, 2008, pag. 60 e segg., spec. 65;

7. LE “INADEMPIENZE E VIOLAZIONI”

La seconda ipotesi prevista dall'art. 709^{ter}, 2° co., c.p.c. ricorre nel caso in cui uno dei due genitori abbia commesso “inadempienze o violazioni”. Il contenuto di tali disposizioni può essere positivo o negativo, quest' ultimo consiste nell'omissione di atti che il genitore avrebbe dovuto tenere (ad esempio omettere assistenza alla prole e l'esercizio del diritto/dovere di visita); ma è impossibile stabilire a priori, in via generale, quali azioni ed omissioni possano concretizzare le “inadempienze o violazioni” di cui alla norma in commento. Tuttavia dalla lettera della disposizione si ricava che la condotta è giuridicamente rilevante qualora, in via alternativa:

- Arrechi “pregiudizio al minore”, ovvero
- Ostacoli “ il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento”.

L'aggettivo “gravi” è espressamente riferito soltanto alle “inadempienze”, ma è opinione generale che la gravità sia criterio di valutazione per il giudice anche con riguardo ad atti pregiudizievoli per il minore e a quelli di ostacolo al corretto svolgimento delle modalità di affidamento. Inoltre si pone il problema del rapporto esistente tra il principio di legalità e quello della domanda ex artt. 112 e 113 c.p.c., in quanto per stabilire il carattere di gravità degli atti di cui sopra, non si può non tener conto del sistema di valore dei genitori nella specie interessati. Il giudice è vincolato alle domande e alle difese delle parti sia nella qualificazione della gravità dei comportamenti dei genitori, sia nella scelta della tipologia di misura da adottare, perché l'organo giudicante deve evitare che il proprio sistema di valori sostituisca quello comune dei genitori. Di conseguenza è onere del genitore che propone ricorso indicare precisamente il contenuto del provvedimento richiesto. Altri autori, invece, sostengono che la

disposizione consenta di non osservare il principio dispositivo e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, potendo essere richiesto dal genitore soltanto della pronuncia del provvedimento più adeguato ai fini della tutela dell'interesse del minore⁷⁵.

Il giudice , sulla scorta delle valutazioni effettuate, può stabilire, non soltanto, di “modificare i provvedimenti in vigore”, ma pure di pronunciare, “anche congiuntamente” , nuovi provvedimenti espressamente indicati nella norma:

1. Ammonizione del genitore inadempiente;
2. Risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori ed in favore del minore;
3. Risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori ed in favore dell'altro;
4. Condanna del genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, in favore della Cassa delle ammende, compresa tra un minimo di 75 euro ed un massimo di 5.000 euro.

7.1. Modificazione dei provvedimenti in vigore

Il legislatore ha introdotto i nuovi provvedimenti ex art. 709ter c.p.c. graduandoli in ordine di gravità dei comportamenti lesivi, così che le condanne sanzionatorie siano progressivamente più invasive nei confronti del danneggiante. Innanzi tutto il giudice può modificare i provvedimenti in vigore, incidendo concretamente sulla situazione controversa, ad esempio, mutando i tempi di permanenza del figlio presso ciascun genitore⁷⁶, se

⁷⁵ Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso”, op. cit., pag.1063 e segg., spec.1097;

⁷⁶ Ricci- Lena, “ Sub art. 709ter c.p.c.”, op. cit., pag.2547 e segg., spec.2555;

necessario per proteggere i diritti dei minori e non con l'unico scopo di punire il genitore inadempiente. Da ciò discende il carattere fortemente afflittivo della pronuncia, la quale per la sua funzione di coazione indiretta⁷⁷ è idonea a prevenire e sanzionare le “inadempienze e violazioni”. In ogni caso possono essere erogate le pronunce di cui al 2° comma della disposizione in commento anche senza modificare il provvedimento originario, confermato dal dato testuale: il giudice “può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente”, adottare nuove sanzioni.

7.2. L'ammonizione del genitore inadempiente

La prima delle misure ex art. 709ter c.p.c., già sussistente nel passato, consiste in un invito, inserito nel verbale, a desistere dalla condotta inadempiente ed a collaborare nell'attuazione delle statuizioni a tutela della prole, pena l'adozione di una delle previsioni dei numeri successivi di cui al 2° comma dell'articolo in esame. La maggior parte della dottrina⁷⁸ dubita fortemente dell'efficacia deterrente di tale rimedio, ancora meramente

⁷⁷ Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso”, op. cit., pag. 1063 e segg., spec. 1077;

⁷⁸ Vullo, “Famiglia e stato delle persone”, op. cit., pag. 295 e segg., spec. 324; Rossini, “Commento all'art. 709ter c.p.c.”, op. cit., pag. 394 e segg., spec. 407, la definisce “priva di concreta utilità e pressochè scevra di conseguenze sul piano giuridico”; Zingales, “Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709ter c.p.c.”, op. cit., pag. 404 e segg., spec. 407, il quale ne esclude il carattere afflittivo, però vi trova un'utilità nel poter indurre il giudice a modificare i provvedimenti esistenti o ad emanare altre misure; Fanelli “Brevi note su misure coercitive e art. 709ter c.p.c.” op. cit., pag. 267 e segg., spec. 277;

formale⁷⁹, ma alcuni interpreti hanno prospettato delle soluzioni. Il giudice, dopo aver pronunciato l'ammonizione, fissa anche una nuova udienza per verificare la cessazione delle inadempienze o dei comportamenti lesivi degli interessi del minore: una sorta di vigilanza da parte dell'autorità giudicante⁸⁰.

Altri⁸¹ criticano aspramente questa teoria: il procedimento non può essere concepito quale momento di verifica, continuata nel tempo, dell'adempimento da parte del genitore, ciò è incompatibile con il principio fondamentale di economia processuale. Di conseguenza suggeriscono una diversa conclusione: ammettere la possibilità, tramite la "somma di ammonizioni", di modificare le condizioni dell'affidamento e, nei casi più gravi, anche di assumere provvedimenti restrittivi o ablativi della potestà genitoriale. Le parti possono chiedere l'applicazione di una o più delle sanzioni elencate dall'art. 709ter c.p.c., tuttavia il giudice non è legato al principio della domanda e dunque può svincolarsi dalla richiesta delle parti, dato che la norma gli attribuisce ampi poteri per tutelare gli interessi dei minori ed evitare pregiudizi.

⁷⁹ Danovi, "Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709ter c.p.c.)" op. cit.,pag.603 e segg., spec.616;

⁸⁰ De Filippis,"Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione",op. cit., pag.633 e segg.,spec.645;

⁸¹ Lupoi, "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso",op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1077; Vullo, "Famiglia e stato delle persone",op. cit.,pag.295 e segg.,spec.324;

Una delle prime applicazioni giurisprudenziali⁸² risale ad un caso in cui la madre convocava il tribunale di Napoli per ottenere i provvedimenti di cui all'art. 709ter c.p.c.. La parte istante, dopo la separazione dal marito, aveva ottenuto l'affido esclusivo dei figli, ma il padre non collaborava, sia dal punto di vista morale (non partecipando al percorso di mediazione familiare utile per aiutare i minori in quel periodo di crisi), sia dal punto di vista economico (non affrontando la parte di spese straordinarie concordate). Il giudice, per queste ragioni, ammoniva il padre ad adempiere le prescrizioni indicate negli accordi ed a collaborare con la moglie nell'accudire i figli e disponeva anche la sanzione pecuniaria.

7.3. Risarcimento danni nei confronti del figlio e dell'altro coniuge

I provvedimenti risarcitori sono quelli più complicati da definire. In precedenza l'art. 6 l. div. prevedeva la possibilità di esperire domanda risarcitoria, nel caso in cui il genitore avesse mancato di comunicare all'altro , entro il termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto cambio di residenza o domicilio. La differenza con l'art. 709ter è netta. Nella disciplina del divorzio la pretesa risarcitoria doveva essere fatta valere in un separato giudizio incidentale a quello di divorzio o ordinario. Oggi, invece, tali richieste sono introdotte direttamente nel procedimento di separazione e divorzio⁸³.

⁸² Trib. Napoli, decr. 30 aprile 2008, op. cit. con nota di Facci, pag.1023 e segg., spec. 1024;

⁸³ De Filippis, "Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione", op. cit., pag.633 e segg., spec.646; Ricci- Lena, " Sub art. 709ter c.p.c.", op. cit., pag.2547 e segg., spec.2557;

In particolare la disposizione in esame indica due ipotesi di risarcimento: nei confronti del figlio minore, che alcuni autori⁸⁴ hanno definito di dubbia opportunità perché può sortire l'effetto opposto di indurre i genitori a tenere, tra di loro, comportamenti ricattatori, a danno e non a vantaggio della prole; sia nei confronti dell'altro coniuge. Il fatto, che destinatario del diritto sia un minorenne, fa sorgere alcune perplessità su chi sia legittimato, dal lato attivo, a proporre la domanda risarcitoria. Il ruolo, infatti, di genitore, quale sostituto processuale o rappresentante della prole, è discusso, in ragione di eventuali abusi del genitore e di scontri con l'altro. Per tali motivazioni è opinione largamente diffusa⁸⁵ che, in questa ipotesi, sia nominato un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c., su istanza di soggetti indicati dall'art. 79 c.p.c. (il pubblico ministero, i prossimi congiunti, l'altro genitore, o il minore stesso). In ogni caso, si ritiene opportuno invocare, per sé o per il figlio minore, l'art. 2058 c.c. : “ reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile”. Problema ancor più delicato, affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è la natura del danno che deve essere risarcito. Alla luce dei profondi cambiamenti subiti dalla responsabilità civile, si è sviluppata un'interpretazione estensiva⁸⁶ che richiama ogni tipologia di danno:

⁸⁴ Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso”, op. cit., pag.1063 e segg., spec.1077;

⁸⁵ Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso”, cit. nota precedente; Vullo, “ Famiglia e stato delle persone”, op. cit., pag.295 e segg., spec.327;

⁸⁶ Vullo, “ Famiglia e stato delle persone”, op. cit., pag.295 e segg., spec.326; De Filippis, “Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione”, op. cit., pag.633 e segg., spec.647-649; Ricci- Lena, “ Sub art. 709ter c.p.c.”, op. cit., pag.2547 e segg., spec.2564; Danovi, “Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709ter c.p.c.)” op. cit., pag.603 e segg., spec.616;

patrimoniale (ad esempio “vacanze programmate alle quali il genitore abbia dovuto rinunciare a motivo del rifiuto ingiustificato di consegnare il figlio, da parte del genitore collocatario”⁸⁷) e morale o esistenziale(“i comportamenti che abbiano minato le relazioni familiari e in particolare quella tra genitori e figli”⁸⁸).

Negli ultimi anni è stata riconosciuta la responsabilità civile anche nei rapporti di famiglia, in seguito, soprattutto, all’elaborazione teorica del danno esistenziale, consistente in un mutamento peggiorativo della vita del danneggiato. Il danno esistenziale ha assunto, nell’ambito degli illeciti endofamiliari, notevole rilievo, individuando nuovi interessi la cui lesione genera responsabilità, perché consente di tutelare aspetti non patrimoniali del pregiudizio, che incidono sulla vita di relazione del danneggiato, diversi da quelli riparabili con danno morale. Non è un caso che, proprio in ambito di illeciti genitoriali, si riscontrino i primi riconoscimenti del risarcimento di tale particolare danno: il Trib. di Roma⁸⁹ lo ha ammesso in favore di un genitore per violazione del suo diritto di visita “ per non aver potuto assolvere, non per sua volontà, agli stringenti doveri verso il figlio, né soddisfare i suoi legittimi diritti di padre, con pregiudizi riflessi anche sulla propria vita di relazione”. Il giudice può anche condannare entrambi i genitori, a seguito di due opposti ricorsi, che si concluderanno, non con una condanna congiunta, bensì con due condanne, inerenti responsabilità diverse ed esaminate nel medesimo *sub* procedimento.

⁸⁷ Danovi, “Le misure sanzionatorie a tutela dell’affidamento(art. 709ter c.p.c.)” op. cit., pag.603 e segg., spec.616;

⁸⁸ Danovi, “Le misure sanzionatorie a tutela dell’affidamento(art. 709ter c.p.c.)” cit. nota precedente;

⁸⁹ T. Roma, 13 giugno 2000, in Dir. fam., 2001, pag.209;

7.4. Pagamento della pena pecuniaria

L'ultima previsione è una vera e propria penalità di mora: ha la finalità di dissuadere il genitore ad adempiere minacciando, in caso contrario, la realizzazione di un "male" maggiore, costituito dalla condanna al versamento a favore della Cassa delle ammende compresa tra un minimo di 75 euro ed un massimo di 5.000 euro, a seguito di una valutazione discrezionale del giudice in ordine alla gravità della violazione. La sanzione può essere ripetuta, anche più di una volta, se la violazione perdura.

Risalta, immediatamente, la valenza coercitiva di natura patrimoniale della disposizione, che ha indotto numerosi studiosi⁹⁰ a paragonarla all'*astreinte* francese, strumento di coercizione indiretta con finalità punitive e non risarcitorie, già conosciuto in altri ambiti del diritto, ma non in materia familiare. L' *astreinte* è una minaccia di condanna di pagamento di una somma di denaro che si concretizza solo nel momento in cui l'obbligato non esegua o ritardi l'attuazione del provvedimento del giudice.

Tuttavia altri commentatori si sono opposti a tale conclusione, rimarcando le differenze sussistenti tra i due istituti. La "sanzione amministrativa", per tutti⁹¹ l'aggettivo è improprio, è caratterizzata da una maggiore valenza

⁹⁰ Danovi, "Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709^{ter} c.p.c.)" op. cit.,pag.603 e segg., spec.616;

⁹¹ Fanelli "Brevi note su misure coercitive e art.709^{ter} c.p.c." op. cit., pag.267 e segg.,spec.279, la quale distingue il carattere pubblico dell' interesse tutelato dalla legge in esame, dalla sanzione amministrativa vera e propria che è comminata solo in seguito alla "violazione di una disposizione di carattere amministrativo o di un provvedimento amministrativo"; Vullo , " Famiglia e stato delle persone",op. cit.,pag.295 e segg.,spec.329-nota 33, il quale reputa la dizione impropria perché la natura del provvedimento non è amministrativa, ma giurisdizionale;Danovi, "Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709^{ter} c.p.c.)" op. cit.,pag.603 e segg., spec.616, il quale ammette l'idoneità di questa definizione solo nel caso in cui non vi

pubblica, dato che la somma di denaro è pagata allo Stato e non alla controparte⁹². Un ulteriore punto di distacco riguarda l'attività del giudice, che in Francia comprende anche la determinazione della decorrenza dell'*astreinte*, permettendo l'adempimento spontaneo, invece, in Italia, richiede l'inadempimento del genitore obbligato e la valutazione dell'inadempimento si realizza *ex post*, trasformando "lo strumento di coazione psicologica all'adempimento in una vera e propria sanzione, forfettariamente determinata"⁹³.

Sulla scorta di tali opinioni, parte della dottrina ha richiamato un altro modello straniero, ossia quello tedesco, il c.d. *Zwangsstrafen*⁹⁴. In ogni caso è certo, in base alla formula usata dalla legge, che il giudice in relazione a questo provvedimento non operi come organo giurisdizionale, bensì come autorità amministrativa⁹⁵, pertanto, questi ha il potere di applicare la sanzione d'ufficio, indipendentemente da un'espressa domanda di parte, la quale, tutt' al più, se formulata, può essere considerata come una sollecitazione, ma non come un obbligo del giudice a provvedere in tal senso, non operando il principio ex art.112 c.p.c. della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Infine, alcuni autori si sono preoccupati di specificare che il giudice deve valutare con prudenza quando emanare tali

siano danni per le parti offese; Tommaseo, "Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali", op. cit., pag.388 e segg., spec.401;

⁹² Vullo , " Famiglia e stato delle persone", op. cit., pag.295 e segg., spec.328;

⁹³ Ricci- Lena, " Sub art. 709ter c.p.c.", op. cit., pag.2547 e segg., spec.2556;

⁹⁴ Vullo , " Famiglia e stato delle persone", op. cit., pag.295 e segg., spec.329, il quale evoca anche teorie che non riconducono la misura coercitiva ad alcun modello straniero;

⁹⁵ Rossini, "Commento all'art. 709ter c.p.c.", op. cit., pag.394 e segg., spec.409;

disposizioni⁹⁶, tenendo presente solo i casi di gravi violazioni (ad esempio quando il genitore ostacola l'attività di sorveglianza dei Servizi Sociali imposta durante la separazione), "per evitare un uso troppo abusivo"⁹⁷.

8. DISCIPLINA DEI PROVVEDIMENTI

I provvedimenti esaminati sono comminati per dissuadere l'obbligato, inadempiente ad un'obbligazione civile, ad adempiere; sono definite misure coercitive indirette. Il primo problema che si deve affrontare concerne i presupposti sostanziali, necessari per pervenire ai provvedimenti sanzionatori e risarcitori previsti dalla disposizione in commento ed in particolare, se quest'ultimi possano riguardare o meno anche le statuizioni di carattere economico, ovverosia il mantenimento dei minori. Il dato testuale, del resto, è ambiguo: nel primo comma indica come oggetto del nuovo procedimento soltanto le controversie relative all'esercizio della potestà ed alle modalità di affidamento; d'altra parte nel secondo comma non specifica le inadempienze e gli atti pregiudizievoli per i minori, non escludendo comportamenti inerenti decisioni di ordine economico. Di conseguenza la dottrina non è unanime. La parte di essa che condivide l'interpretazione più estensiva ha richiamato i lavori parlamentari preparatori ("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

⁹⁶ Vullo, "Famiglia e stato delle persone", op. cit., pag. 295 e segg., spec. 329;

⁹⁷ Lupoi, "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso", op. cit., pag. 1063 e segg., spec. 1077;

maggiore e più consolidata ai casi di inadempienza⁹⁸”), dove si parla, appunto, di maggior tutela che non può non includere anche il mantenimento dei minori. Inoltre, le risorse economiche sono indispensabili per la vita e la crescita di personalità del minore, infatti, gli inadempimenti di carattere economico possono integrare illecito penale (ad esempio l’omesso pagamento dell’assegno di mantenimento in favore di un minore).

Le violazioni di carattere economico si possono considerare “gravi inadempienze”, come quelle sanzionate dall’ art. 709^{ter} c.p.c., poiché già valutate “gravi” dal legislatore penale. Tale soluzione consente anche il rispetto del principio dell’economia processuale, altrimenti si dovrebbe promuovere un’altra procedura ordinaria per chiedere la condanna ai pregiudizi patrimoniali⁹⁹. L’interpretazione restrittiva, invece, si basa su una lettura coordinata del primo e del secondo comma della norma in esame, dalla quale si desume che il giudice può assumere misure sanzionatorie solo in caso di controversie ,avente ad oggetto l’esecuzione di obblighi di natura non patrimoniale, nel corso delle quali emergano inadempienze o violazioni, unicamente, inerenti l’esercizio della potestà genitoriale o le modalità dell’affidamento. D’altronde il legislatore ha introdotto le sanzioni in commento con lo scopo di tutelare l’adempimento dei provvedimenti sull’affidamento e di colmare il vuoto normativo, mentre

⁹⁸ L’ On. Paniz, relatore alla Camera dei Deputati, in Atti parlamentari, Camera dei Deputati, resoconto sommario e stenografico della seduta 10 marzo 2005, n.600,pag.35;

⁹⁹ Corder,” Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno”,op. cit.,pag.553 e segg.,spec.561 e 562; Longo, “L’art. 709^{ter} c.p.c. : problemi interpretativi di natura processuale e sostanziale”,op. cit.,pag.180 e segg., spec.182; Trib. Modena, 7 aprile 2006 , in Dir. e giust., 14 aprile 2006, con nota di Bulgarelli; La Rosa E., “Il nuovo apparato rimediato introdotto dall’art. 709^{ter} c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?” op. cit. pag.60 e segg.,spec.71;

per le violazioni degli obblighi di natura patrimoniale sussistono già delle norme “sanzionatorie”¹⁰⁰: in ambito civile l’art.156 c.c. e in quello penale l’art.570 c.p..

8.1. La natura

Occorre ,ora, verificare la natura delle disposizioni: sanzionatoria o risarcitoria. Innanzitutto vanno individuati i caratteri fondamentali delle due differenti funzioni. La statuizione risarcitoria è legata all’effettiva sussistenza di una lesione che deve rientrare nel concetto di “danno ingiusto”. La Suprema Corte di Cassazione ha confermato, di recente, tale orientamento: “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 perché 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*¹⁰¹”.

¹⁰⁰ Onniboni, “Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell’art. 709^{ter} c.p.c.”,op. cit.,pag.823 e segg.,spec.825 e 826; T. Termini Imerese, op. cit., pag.3243;

¹⁰¹ Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n.1183,in Foro it.,2007,1, pag.1460;

Nella tutela sanzionatoria, invece, rileva solo la violazione del precetto o dell'ordine, si prescinde dall'accertamento del danno. Analizzando i diversi orientamenti, si nota che è opinione largamente diffusa che i danni in questione siano forme particolari di pene private, analoghe alle “*astreintes*” francesi ed ai “*punitive damages*” anglosassoni, che hanno, appunto, una funzione punitivo - dissuasiva.

Le pene private sono di difficile definizione perché sono tanto eterogenee da renderne impossibile l'elaborazione di una categoria unitaria, mentre i danni punitivi consistono in condanne al pagamento di una somma di denaro irrogate a fini risarcitori e deterrenti. Il legislatore comminando i provvedimenti in questione tenta, non solo, di compensare con un equivalente economico gli effetti del danno subito, ma anche di prevenire future violazioni. A supporto di suddetta tesi, il legislatore del 2006 aspira ad avvicinare il nostro sistema dell'affidamento dei minori, in tema di separazione e divorzio, ai modelli americani ed europei, includendovi tali sanzioni, attesa la loro finalità di garantire l'attuazione delle statuizioni del giudice e di realizzare l'interesse del minore.

Da ciò discendono vari corollari. In primo luogo, per la quantificazione del danno si deve tener conto del pregiudizio effettivamente subito dalla controparte e, maggiormente, dell'entità della violazione commessa; sebbene le previsioni dei n. 2 e 3 siano collegate, per la loro configurazione, all'esistenza del danno, la maggioranza le classifica tra le pene private perché la misura del risarcimento non è determinata in relazione al danno subito, bensì valutando la gravità oggettiva e soggettiva della condotta lesiva. In secondo luogo, nonostante l'emanazione di una misura ex art.709ter, è possibile iniziare un autonomo procedimento ordinario per chiedere ulteriori danni, per il medesimo oggetto, ove ne sussistano i presupposti. Infine, il risarcimento può essere disposto se il comportamento dell'inadempiente sia consapevole e volontario (elemento soggettivo

dell'illecito). Inoltre, non appare ostativa neanche l'osservazione che il nostro ordinamento non conosce i "danni punitivi", non avendo più ragion d'essere nel momento in cui una nuova legge, quale quella che ha introdotto l'art. 709ter c.p.c., recepisca l'esperienza di altri paesi, prevedendo tale categoria¹⁰². All'interno ,però, dello stesso orientamento sono sorti contrasti circa il criterio di determinazione della somma dovuta per le pronunce risarcitorie dei n.2 e 3, le quali,come già segnalato, risultano maggiormente problematiche: alcuni , come sopra riportato, fanno riferimento alla

¹⁰² De Filippis,"Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione",op. cit.,pag.633 e segg.,spec.641-644; Zingales, "Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709ter c.p.c.",op. cit.,pag.404 e segg.,spec.405-408, il quale, a sostegno di questa soluzione, afferma che,riconoscere natura risarcitoria alle misure ai n. 2 e 3, "appesantirebbe" il procedimento in commento perché il giudice sarebbe costretto a verificare, preventivamente all'adozione delle stesse, l'esistenza del danno e la sua quantificazione. In contrasto con le esigenze di celerità ed effettività; Danovi, "Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709ter c.p.c.)" op. cit. pag.603 e segg., spec.613, il quale porta a conferma della sua tesi "l'orientamento dominante della Suprema corte, che considera inammissibile all'interno dei giudizi di separazione e divorzio la proposizione di domande connesse, diverse da quelle tipicamente consequenziali", esempio Cass. 30 agosto 2004, n.17404, in Guida al diritto, 2004, pag.42 e segg.; Cass. 12 gennaio 2000, n.266, in Fam. e dir.,2000,pag.593 e segg.; La Rosa E., "Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?" nota a Trib. Messina 5 aprile 2007 op. cit. pag.60 e segg.,spec.71, la quale evidenzia la tipicità legale di siffatti danni, "ancorati ad una fattispecie già predeterminata dal legislatore, in ossequio al principio di tipicità della sanzione", in opposizione alla responsabilità civile che "si caratterizza come fattispecie indeterminata, di volta in volta determinabile dal giudice"; Trib.Napoli, decr. 30 aprile 2008, in Fam. e dir.,2008, pag.1023 e segg., spec. 1026 con nota di Facci "L'art.709ter c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi"; Casaburi,"I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso", in Giur. merito, 2006,pag.4 e segg.,spec.61;diversamente Balena, " Il processo di separazione personale dei coniugi",op. cit.,pag.415 e segg.,spec.422, li indica come provvedimenti "lato sensu sanzionatori";

condotta dell'inadempiente¹⁰³, mentre altri richiedono l'accertamento, in concreto, del danno in capo al genitore che invoca la misura o del figlio minore, se questi agisce nei suoi interessi¹⁰⁴.

D' altro canto, altri studiosi affermano che le misure dei n.2 e 3 sono risarcitorie e riconducibili agli artt. 2043c.c. e 2059 c.c.¹⁰⁵, poiché l'art. 709ter è graduale (solo l'ultima previsione assurge ad una funzione punitiva) e le due differenti ipotesi di risarcimento, di cui una (la n.2) riguarda il minore, contrastano con la concezione di "*punitive damages*",

¹⁰³ La Rosa E., "Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?" nota a Trib. Messina 5 aprile 2007 op. cit. pag.60 e segg.,spec.72; De Filippis,"Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione",op. cit.,pag.633 e segg.,spec.643; Danovi, "Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709ter c.p.c.)" op. cit. pag.603 e segg., spec.613; De Marzo, "La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare", a cura di De Marzo, Cortesi, Liuzzi, 2007, pag.720 e segg.,spec.722 e 723, si pone dei dubbi circa la distinzione del risarcimento nei confronti del figlio da quello in favore dell'altro genitore, possibile solo"introducendo elementi di differenziazione legati alla posizione di questi ultimi, ossia all'incidenza della condotta sul loro patrimonio personale di sensibilità e di aspettative rispetto ad una normale relazione parentale. Ma con ciò si torna al *proprium* del risarcimento del danno non patrimoniale come riparazione di un pregiudizio.";

¹⁰⁴ Lupoi, "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso",op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1077;Facci "L'art.709ter c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi",op. cit., pag.1023 e segg., spec.1027 e 1028,il quale notando che nel nostro ordinamento il ricorso ai danni punitivi sia eccezionale, esclude che possa derogarsi al principio secondo il quale "il danneggiato deve dimostrare di aver subito una perdita";

¹⁰⁵ L'art. 2043 c.c."Risarcimento per fatto illecito" e l'art. 2059c.c."Danni non patrimoniali";

dato che il giudice ha il compito ,prima, di riparare il danno e, dopo, di punire con condanna¹⁰⁶.

Vi è, infine, chi reputa che le pronunce ai n.2 e 3 abbiano duplice natura e finalità: “come mezzo di coercizione volto a far cessare un comportamento illecito, inducendo la parte ad una condotta virtuosa” e “di reintegrazione di un grave pregiudizio”, di conseguenza, qualora “vi sia un comportamento lesivo, ma manchi un concreto pregiudizio, tale condotta potrà essere sanzionata solo attraverso i rimedi dell’ammonizione e della sanzione pecuniaria”¹⁰⁷; ovvero la funzione cambia in base alla tipologia di illecito, o alla parte di danno: satisfattiva per gli illeciti colposi e punitiva per quelli più gravi (ad esempio i reati all’onore)¹⁰⁸. Tuttavia questa giurisprudenza è spesso criticata¹⁰⁹ a fronte dell’ambiguità della norma e della difficoltà di comprendere come si possa compensare con il pagamento in denaro un pregiudizio non patrimoniale, come l’uccisione del coniuge, riguardo alla

¹⁰⁶ Amram, “Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto della famiglia”, in Fam. e dir., 2008, pag.964 e segg., spec.967; Graziosi, “I processi di separazione e divorzio”,2011, pag.267 e segg.,spec.270; Vullo ,” Famiglia e stato delle persone”,op. cit.,pag.295 e segg.,spec.325 e 326; Rossini, “Commento all’art. 709ter c.p.c.”, op. cit., pag.394 e segg.,spec.nota 17, nella quale viene richiamato il nuovo orientamento giurisprudenziale che ammette la tutela aquiliana nell’ ambito dei rapporti familiari; Frezza, “Appunti e spunti sull’art. 709ter c.p.c.”, in Giust. civ., 2009,pag.29 e segg., spec.32, il quale giunge a tale soluzione dopo aver analizzato tutte le diverse opinioni in materia;

¹⁰⁷ Facci “L’art.709ter c.p.c., l’illecito endofamiliare ed i danni punitivi”,op. cit. pag.1023 e segg., spec.1028; ed anche Ricci- Lena, “ Sub art. 709ter c.p.c.”, op. cit., pag.2547 e segg., spec.2566;

¹⁰⁸ Franzoni, “Il danno alla persona”, 1995, pag.731 e segg.,spec.733;

¹⁰⁹ Frezza, “Appunti e spunti sull’art. 709ter c.p.c.”, in Giust. civ., 2009,pag.29 e segg., spec.33;

quale un autore¹¹⁰ ha osservato che “la surrogazione del denaro ai tormenti dell’ anima mi pare un’ offesa più che un ristoro [...] Didone, se avesse potuto ottenere da Enea 1.000 o 10.000 sesterzi, non si sarebbe disperata fino alla morte?”

8.2. Procedibilità

Una delle questioni più controverse riguardanti i provvedimenti in esame è la possibilità di essere assunti solo su istanza di parte o anche d’ufficio. La maggior parte dei commentatori accoglie una soluzione articolata secondo la quale l’ammonizione di cui al n.1 e la sanzione di cui al n.4 possono essere pronunciate anche d’ufficio, atteso il loro carattere pubblicistico, invece per le domande risarcitorie di cui ai n.2 e 3 è indispensabile l’istanza di parte¹¹¹. Altri interpreti ritengono, invece, che tutte le misure previste dall’art.709ter c.p.c. possano essere assunte d’ufficio, atteso che il carattere meta-individuale del bene giuridico, che tali disposizioni devono tutelare, le

¹¹⁰ Costanza, “Qualche riflessione sul danno esistenziale a margine di una sentenza del Tribunale di Milano”, in Giur. it., 2003, pag.1062;

¹¹¹ Vullo, “Famiglia e stato delle persone”, op. cit., pag.295 e segg., spec.320; Tommaseo, “Le nuove norme sull’affidamento condiviso: b) profili processuali”, op. cit., pag.388 e segg., spec.401, il quale sottolinea l’impossibilità di derogare al principio della domanda nell’ ambito delle sanzioni risarcitorie; Casaburi, “I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l’uso” op. cit., pag.4 e segg., spec.61; Rossini, “Commento all’art. 709ter c.p.c.”, op. cit., pag.394 e segg., spec.408 e 409, la quale ammette la pronuncia d’ufficio nel caso della sanzione di cui al n.4 e la esclude per le condanne risarcitorie; Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull’affidamento condiviso”, op. cit., pag.1063 e segg., spec.1077; Longo, “L’art. 709ter c.p.c. : problemi interpretativi di natura processuale e sostanziale”, op. cit., pag.180 e segg., spec.181 e 182;

parifica dal punto di vista funzionale di salvaguardia¹¹². Un'altra parte della dottrina sostiene che sia sempre necessaria l'istanza di parte nel rispetto del principio della domanda, impossibile da derogare in questo ambito¹¹³. Infine, secondo De Marzo solo la condanna risarcitoria nei confronti del coniuge è subordinata all'istanza di parte, mentre anche il risarcimento nei confronti del minore e le altre previsioni di cui ai n. 1 e 4 possono essere assunte d'ufficio, "giacché il minore non è parte nel processo"¹¹⁴.

Nel silenzio della norma in esame, si ritiene, ormai pacificamente, che l'attività istruttoria sia necessaria; precisamente, solo Balena afferma che può farsi a meno dell'istruttoria, qualora i provvedimenti opportuni consistano "nella mera integrazione dei provvedimenti originari, destinata a risolvere il contrasto o le incertezze sorte tra le parti"¹¹⁵. Tuttavia sussistono dei dubbi

¹¹² Danovi, "Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709ter c.p.c.)" op. cit.,pag.603 e segg., spec.615; Zingales, "Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709ter c.p.c.",op. cit.,pag.404 e segg.,spec.406 e 407, il quale perviene a questa conclusione data l'ampiezza delle formule usate dal legislatore e il carattere pubblicistico degli interessi della prole tutelati dalla norma in esame;

¹¹³ Onniboni, "Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709ter c.p.c.",op. cit.,pag.823 e segg.,spec.826; Graziosi, "I processi di separazione e divorzio",op. cit., pag.267 e segg.,spec.271, il quale si focalizza su due punti: il procedimento ex art.709ter c.p.c. si svolge ad istanza di parte e l'importanza dei "principi cardine su cui normalmente si regge il processo civile";

¹¹⁴ De Marzo, "La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare", op. cit., pag.720 e segg.,spec.722; Trib.Napoli, decr. 30 aprile 2008, op. cit. con nota di Facci, pag.1023 e segg., spec. 1026, nel quale il Tribunale campano ammette espressamente la possibilità di pronunciare d'ufficio l'ammonizione di cui al n.1 della disposizione in commento;

¹¹⁵ Balena, " Il processo di separazione personale dei coniugi",op. cit.,pag.415 e segg.,spec.422;

sul “tipo” di istruttoria: alcuni studiosi reputano che non sia fondamentale un’istruttoria “piena”, nei casi in cui siano adottate le misure risarcitorie di cui ai n.2 e 3 e, conseguentemente, possano essere assunte anche con un’istruttoria “sommatoria e semplificata”¹¹⁶; mentre altri commentatori evidenziano la necessità, in questo ambito, di un’ istruttoria “non sommatoria” a causa della difficoltà del procedimento per accertare e quantificare il danno¹¹⁷. La giurisprudenza, a sua volta, sembra non essere d’accordo con suddetto orientamento: vi è, infatti, una pronuncia di merito, la quale afferma che “un approfondimento istruttorio con l’intervento di organi specializzati” contrasta con il procedimento incidentale instaurato ex art. 709ter c.p.c., perciò l’ attività istruttoria deve essere svolta nel “giudizio di merito”¹¹⁸. Da ultimo Danovi¹¹⁹ misura la necessità dell’istruttoria in base alla “tipologia di comportamento denunciato” e al provvedimento “con il quale in concreto il giudice intenda sanzionare il comportamento stesso”. Qualora vi sia bisogno di “un adeguato apparato di mezzi di prova”, non essendo sufficiente un’istruttoria sommatoria, “i rimedi in esame dovranno essere valutati ed erogati all’esito della finale decisione nel

¹¹⁶ Finocchiaro “sub art.709ter” in “Codice di procedura civile commentato” a cura di Comoglio e Vaccarella, 2012, pag.3016;

¹¹⁷ Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull’affidamento condiviso”, op. cit., pag.1063 e segg., spec.1097; Salvaneschi “ I procedimenti di separazione e divorzio”, in Fam. e dir., 2006, pag.372, la quale, però, pur pervenendo a siffatta conclusione ne sottolinea la contraddittorietà con “il carattere sanzionatorio endoprocesuale cui la disciplina dell’art. 709ter era finalizzata.”;

¹¹⁸ App. Catania, decr. 8 febbraio 2007, op. cit., pag.71;

¹¹⁹ Danovi, “Le misure sanzionatorie a tutela dell’affidamento(art. 709ter c.p.c.)” op. cit., pag.603 e segg., spec.619;

merito”; in ogni caso dovrà essere garantito il diritto alla prova quale “componente essenziale del diritto di difesa della parte”.

8.3. Forma ed impugnabilità

L’ art. 709^{ter} nulla stabilisce in merito alla forma che devono assumere i provvedimenti ivi contemplati, dimostrazione della lacunosità della norma. In ordine ai “provvedimenti opportuni” e a quelli di modifica è unanime la dottrina¹²⁰ che prevede , in corso di causa, l’adozione con ordinanza del giudice istruttore o del collegio. Le misure sanzionatorie di cui ai nn. da 1 a 4 hanno, invece, sollevato maggiori contrasti: alcuni¹²¹ ritengono che la pronuncia debba avvenire sempre con la statuizione finale del procedimento, consistente in una sentenza se la domanda per l’attuazione dei provvedimenti in materia di affidamento sia proposta in modo incidentale all’interno di un altro giudizio, ovvero in un decreto nel caso in cui sia esperita in via principale nell’ ambito del procedimento instaurato ai sensi del combinato disposto degli artt. 709^{ter} e 710 c.p.c.; mentre altri¹²² propongono una soluzione articolata: solo l’ammonizione può essere

¹²⁰ Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull’affidamento condiviso”,op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1078; il quale si sofferma ad esaminare la provvisorietà dell’ordinanza che deve poi essere confermata o revocata con la pronuncia che chiude il procedimento, infatti le controversie insorte tra i genitori richiedono celerità nella decisione e ciò contrasta con la cognizione piena; Vullo ,” Famiglia e stato delle persone”,op. cit.,pag.295 e segg.,spec.329;

¹²¹ Cea, “L’affidamento condiviso. II) Profili processuali”, in Foro it., 2006, V, pag.101 e segg.;

¹²² Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull’affidamento condiviso”,op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1078;

assunta con ordinanza in corso di causa e tutte le altre previsioni di cui al 2° comma devono essere disposte con la decisione finale, in particolar modo, quelle risarcitorie, per la difficoltà di accertare e quantificare il danno; infine, altri¹²³ sostengono che tutti i provvedimenti possano rivestire la forma dell'ordinanza in corso di causa, in ragione della necessaria celerità sottesa alla loro funzione sanzionatoria che sarebbe vanificata se si attendesse l'esito del giudizio.

Il regime delle impugnazioni è un tema strettamente connesso con quello della forma. Il 3° comma dell'art. 709^{ter} dichiara che tutti provvedimenti emanati dal giudice nel corso del procedimento in esame sono “impugnabili nei modi ordinari”. Tale formula induce a supporre un “rinvio all'intero sistema dei rimedi esperibili nei confronti della sentenza, cominciando ovviamente dall'appello”¹²⁴, tuttavia la maggior parte della dottrina esclude questa soluzione e, analizzando l'aggettivo “ordinario”, ne propone una più complessa: il mezzo di impugnazione esperibile varia in ragione dello specifico procedimento nel quale le disposizioni sono pronunciate e del

¹²³ Casaburi, “I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso” op. cit., pag.4 e segg., spec.61; Danovi, “Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709^{ter} c.p.c.)” op. cit., pag.603 e segg., spec.618 e 619, il quale ammette delle eccezioni: qualora i provvedimenti siano erogati a seguito di istruttoria non sommaria o riguardino “danni morali/esistenziali”, l'assunzione deve avvenire con la decisione finale; Salvaneschi “I procedimenti di separazione e divorzio” op. cit., pag.372;

¹²⁴ Balena, “Il processo di separazione personale dei coniugi”, op. cit., pag.415 e segg., spec.423; Salvaneschi “I procedimenti di separazione e divorzio” op. cit., pag.373;

contenuto che quest'ultime recano¹²⁵. Pertanto nel procedimento instaurato ex art.709ter c.p.c.:

- I provvedimenti emessi in via d'urgenza nelle forme dell'ordinanza, nel corso del giudizio, sono modificabili e revocabili dal giudice istruttore e reclamabili innanzi alla Corte d'appello¹²⁶ ai sensi dell'art.708 ult. co. c.p.c.,poiché si conformano alla disciplina regolatrice delle ordinanze presidenziali. Questa ipotesi è forse la più problematica: altri¹²⁷ richiamano

¹²⁵ Salvaneschi “ I procedimenti di separazione e divorzio” op. cit., pag.373; Tommaseo, “Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali”,op. cit., pag.388 e segg., spec.402; Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso”,op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1078; Danovi, “Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709ter c.p.c.)” op. cit.,pag.603 e segg., spec.620; Graziosi, “I processi di separazione e divorzio”,op. cit., pag.267 e segg.,spec.272 e 273; il quale pone in risalto la differenza tra “mezzi” e “modi” di impugnazione (quest'ultima è la formula della norma in commento); Onniboni, “Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709ter c.p.c.”,op. cit.,pag.823 e segg.,spec.827 e 828; Fanelli, “Brevi note su misure coercitive e art.709ter c.p.c.”,op. cit.,pag.267 e segg.,spec.280; Vullo ,” Famiglia e stato delle persone”,op. cit.,pag.295 e segg.,spec.335;

¹²⁶ Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso”,op. cit.,pag.1063 e segg.,spec.1078; Rossini, “Commento all'art. 709ter c.p.c.”,op. cit.,pag.394 e segg.,spec.409; Danovi, “Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709ter c.p.c.)” op. cit.,pag.603 e segg., spec.620; Rossini, “Commento all'art. 709ter c.p.c.”,op. cit.,pag.394 e segg.,spec.409; Diversamente secondo Cea, “L'affidamento condiviso. II) Profili processuali”, op. cit.,pag.101 e segg.,spec.102, i provvedimenti in esame sarebbero reclamabili al collegio del Tribunale;

¹²⁷ Graziosi, “I processi di separazione e divorzio”,op. cit., pag.267 e segg.,spec.273; tuttavia questo orientamento è confutato negando che i provvedimenti assunti dall'istruttore abbiano natura cautelare e quindi le norme del procedimento cautelare uniforme non possono essere applicate; inoltre , dato il carattere eccezionale attribuito a tali rimedi, neanche il reclamo istruttorio è invocabile.(Danovi, “Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento(art. 709ter c.p.c.)” op. cit.,pag.603 e segg., spec.620);

il reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c., o quello istruttorio ex art. 178 c.p.c.; mentre un altro autore¹²⁸ dichiara che “il provvedimento emesso dal G.I. sarà invece revocabile ex art. 177 c.p.c., ma, se si parte dal presupposto che le decisioni, quanto meno quelle irroganti sanzioni, vanno emesse in forma di sentenza, l’impugnazione “ordinaria” non potrà essere costituita se non dall’appello”;

- I provvedimenti emessi in via d’urgenza, nell’ambito del procedimento instaurato ex art. 710 c.p.c., dal collegio non sono impugnabili, ma sempre revocabili e modificabili nel corso del processo¹²⁹;
- La sentenza, con la quale sono modificati o previsti nuovi provvedimenti di cui ai n.1-4, emessa dal Collegio, a seguito di causa rimessa a quest’organo, è impugnabile con le forme del rito camerale¹³⁰;

¹²⁸ Oberto, “I rimedi all’inadempimento degli obblighi di mantenimento nell’ambito della crisi della famiglia”, op. cit., pag.77 e segg., spec.94;

¹²⁹ Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull’affidamento condiviso”, op. cit., pag.1063 e segg., spec.1078;

¹³⁰ Lupoi, “Aspetti processuali della normativa sull’affidamento condiviso”, op. cit., pag.1063 e segg., spec.1078; Rossini, “Commento all’art. 709*ter* c.p.c.”, op. cit., pag.394 e segg., spec.409, la quale, però, esclude la forma camerale;

- Il decreto collegiale emesso, ai sensi dell'art. 710 c.p.c., a conclusione del giudizio, è reclamabile alla Corte d'appello ex art. 739 c.p.c.¹³¹;

- I provvedimenti emessi dal Tribunale del luogo di residenza del minore investito della controversia insorta in mancanza di un giudizio in corso sono reclamabili alla Corte d'appello¹³²;

Le opinioni sono discordanti, anche, in merito all'ammissibilità o meno del ricorso in Cassazione. Alcuni¹³³ negano, completamente, una competenza della Suprema Corte di assumere misure sanzionatorie, rimandando alla competenza della Corte d'appello, la quale è stata l'ultimo organo giudicante a pronunciarsi sulla controversia. All'opposto, altri¹³⁴ approvano il ricorso in Cassazione straordinario ex art.111 Cost.¹³⁵ nei

¹³¹ Lupoi, "Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso", op. cit., pag.1063 e segg., spec.1078; Onniboni, "Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709ter c.p.c.", op. cit., pag.823 e segg., spec.827 e 828;

¹³² Rossini, "Commento all'art. 709ter c.p.c.", op. cit., pag.394 e segg., spec.410;

¹³³ Zingales, "Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709ter c.p.c.", op. cit., pag.404 e segg., spec.411;

¹³⁴ Balena, "Il processo di separazione personale dei coniugi", op. cit., pag.415 e segg., spec.423;

¹³⁵ L'art.111 Cost. VII comma recita: "Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra";

confronti delle disposizioni statuite in sede di reclamo avverso il decreto che muta le pronunce regolanti l'affidamento della prole. Le controversie ex art.710 c.p.c, consistenti principalmente nella modificazione dei provvedimenti attinenti ai figli, infatti, “non sono perfettamente coincidenti” con quelle in commento. Infine altri¹³⁶ preferiscono distinguere. In caso di decreto della Corte d'appello ai sensi dell'art. 739 c.p.c. o di ordinanza del Tribunale ai sensi degli artt. 669 *terdecies* o 178 c.p.c., qualora questi comminino una delle misure previste ai n. 1 e 2 dell'art. 709ter 2° comma, non è ammesso il ricorso in Cassazione ex art.111 cost., perché tali provvedimenti, non incidendo direttamente su diritti soggettivi, non hanno quel carattere di definitività necessario per essere sottoposte al controllo di legittimità in Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.¹³⁷. Le condanne risarcitorie sono più difficili da inquadrare: se gli

¹³⁶ Graziosi, “I processi di separazione e divorzio”, op. cit., pag.267 e segg., spec.273 e 274;

¹³⁷ Cass., 22 ottobre 2010, n.21718, in Fam. dir.,2011,6,pag.573 e segg.: l'oggetto della procedura attiene alle controversie insorte in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o della modalità di affidamento, in particolare, il padre lamenta che la moglie separata, collocataria del figlio minore, affidato ad entrambi i genitori, ha spostato unilateralmente la propria residenza e quella del figlio, contro l'interesse del minore stesso. La Corte conferma che tali provvedimenti non sono ricorribili per cassazione non assumendo contenuto decisorio, ma attenendo piuttosto al controllo esterno sulla potestà; Cass.,14 agosto 1998, n.8046, in (Fam. dir.,1999,pag.132 e segg.: formula una distinzione basata sull'oggetto della revisione: i provvedimenti di modifica delle condizioni di separazioni riguardanti i coniugi sono caratterizzati dagli elementi della decisorietà e definitività, mentre quelli riguardanti la prole, essendo modificabili senza che sia necessario un mutamento delle circostanze esaminate dal giudice, sono privi di detti caratteri;

in senso contr.: Cass., 30 dicembre 2004, n.24265, la quale afferma che avverso “i provvedimenti resi in sede di modifica delle condizioni della separazione o di divorzio riguardanti il mantenimento dei figli, l'affidamento ed i rapporti con il genitore non

si riconosce natura risarcitoria, sono ricorribili in Cassazione ex art. 111 Cost.; se, viceversa, si accoglie la tesi che gli attribuisce carattere sanzionatorio, non sono ricorribili in Cassazione, in quanto non statuiscono in materia di diritti soggettivi. Di conseguenza l'autore spera che, in futuro, le misure risarcitorie, ottimo mezzo di esecuzione forzata indiretta, siano applicate più assiduamente, in modo da fugare ogni dubbio. Inoltre i provvedimenti ex art. 709^{ter} c.p.c., per incidere concretamente sul comportamento delle parti, devono essere immediatamente esecutivi¹³⁸.

8.4. Confronto tra art.709^{ter} c.p.c. e art.614^{bis} c.p.c.

In conclusione, bisogna analizzare l'art. 614^{bis} c.p.c., introdotto dalla legge del 2009, n.69, il quale s'ispira all'*astreinte* francese. La norma stabilisce

affidatario (...) è proponibile il ricorso straordinario di cui all'art. 111 Cost. Va al riguardo considerato che l'applicazione delle forme camerali introdotta con l'art. 1 della legge n. 331 del 1988, se ha reso non più proponibile il ricorso ordinario per cassazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c. avverso la pronuncia della corte di appello, non ha inciso sulla natura contenziosa del procedimento, che si svolge nel pieno contraddittorio delle parti, titolari di confliggenti diritti soggettivi, e si conclude con un decreto che ha natura sostanziale di sentenza (così Cass. 1991 n.11042); e pertanto i provvedimenti concernenti il mantenimento ed i rapporti con i figli, in quanto incidano sui diritti/doveri dei genitori relativi all'aspetto economico, all'affidamento, alla vigilanza sulla loro istruzione ed educazione, alla possibilità di concorrere alla adozione delle decisioni di maggiore interesse per la loro vita (art. 155 comma 3 c.c.), hanno natura decisoria e definitiva, senza che tali aspetti di decisorietà e definitività, da riferire alla situazione esistente al momento della decisione, vengano meno per essere essi suscettibili di revisione in ogni tempo, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 155 c.c.”, in Foro it., 2005, 1, pag. 2425 e segg., spec. 2426;

¹³⁸ De Filippis, "Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione", op. cit., pag. 633 e segg., spec. 652;

che, in caso di adempimento di obblighi di fare infungibili o di non fare, il giudice, se prevede la condanna, può anticipatamente definire la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. La funzione della nuova disposizione è quella di assicurare l'attuazione dei provvedimenti giudiziari, perciò i commentatori si sono interrogati sulla possibilità di applicarla anche in materia di famiglia. Nel nostro ordinamento, infatti, non esisteva uno specifico dispositivo per l'esecuzione forzata degli obblighi di consegna dei minori prima dell'introduzione dell'art.709*ter* c.p.c.¹³⁹.

Innanzitutto ponendo i due istituti a confronto si nota che le caratteristiche, le funzioni e la struttura sono diverse.

- La legittimazione attiva: alcuni provvedimenti ex art.709*ter* c.p.c. sono rilevabili officiosamente, ciò non vale per la sanzione di cui all'art.614*bis* c.p.c.;
- Il potere nel determinare l'ammontare della sanzione, poiché nel 614*bis* c.p.c. non sono stati indicati né un minimo né un massimo edittale;
- Soggetto beneficiario della misura coercitiva pecuniaria: nell'art.614*bis* c.p.c., a differenza dell'art. 709*ter* c.p.c., non è specificato a chi sia devoluta la somma pecuniaria erogata;

¹³⁹ Argomento già trattato nel paragrafo "6. I provvedimenti opportuni";

Nonostante ciò, tendenzialmente si usa questa misura coercitiva indiretta anche in campo familiare¹⁴⁰, poiché l'art. 614*bis* c.p.c. indica espressamente le materie escluse e l'ambito familiare non è tra queste ("Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409"). Inoltre "il campo di applicazione del nuovo art.614*bis* c.p.c. è rappresentato dal vasto ed eterogeneo settore delle obbligazioni infungibili, ovverosia quelle obbligazioni che per essere adempiute, o anche solo per essere puntualmente ed interamente adempiute, richiedono di necessità la partecipazione del debitore, cosicché gli strumenti ordinari di esecuzione forzata previsti dal c.p.c., che invece si fondano sulla tecnica della sostituzione (dell'organo pubblico al debitore inadempiente), si rivelano del tutto inidonei ad assicurarne l'attuazione coattiva in caso di inadempimento, totale o parziale, del debitore"¹⁴¹. Gli obblighi di consegna dei minori e le prescrizioni che integrano la disciplina dell'affidamento condiviso o monogenitoriale fanno parte della categoria delle obbligazioni infungibili: "se il genitore obbligato non coopera, ben difficilmente le disposizioni che riguardano l'affidamento dei figli ed il c.d. diritto di visita, potranno essere attuate forzosamente avvalendosi soltanto dei normali mezzi esecutivi. Il genitore cui non vengono affidati i figli durante il weekend o nei giorni infrasettimanali stabiliti dal giudice, o che non viene sufficientemente coinvolto nelle decisioni più rilevanti per l'educazione e la crescita dei figli, non potrà certo confidare nei mezzi esecutivi ordinari per veder rispettate queste disposizioni, al punto che (...) ,sino a che non è stato introdotto nel

¹⁴⁰ De Filippis, "Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione", op. cit., pag.633 e segg., spec.659;

¹⁴¹ Graziosi, "I processi di separazione e divorzio", op. cit., pag.267 e segg., spec.275;

nostro ordinamento l'art.709ter c.p.c., quegli obblighi erano da considerarsi totalmente privi di tutela esecutiva e rimessi, in pratica, soltanto alla spontanea ottemperanza dell'obbligato"¹⁴².

I primi interpreti¹⁴³ hanno negato l'ammissibilità del cumulo tra la misura di cui all'art.614bis c.p.c. e le misure di condanna di cui all'art.709ter c.p.c., quest'ultima rappresenta, infatti, la regola speciale che deroga quella generale¹⁴⁴. Altri¹⁴⁵ hanno escluso anche la possibilità di erogare una misura ex art.614bis c.p.c. in alternativa ai provvedimenti di cui all'art.709ter c.p.c., in ragione dell'esistenza di una norma specifica per l'attuazione degli obblighi infungibili in materia di affidamento e problemi con l'esercizio della potestà genitoriale. Ancora vi è chi¹⁴⁶ ha sostenuto che la sanzione dell'art.614bis c.p.c. può fungere da disposizione integrativa rispetto alle ipotesi speciali, sempre considerando impossibile un'applicazione immediata della penalità di mora a carattere generale nell'ambito familiare.

¹⁴² Graziosi, "I processi di separazione e divorzio", ult. nota cit.;

¹⁴³ Fanelli "Brevi note su misure coercitive e art.709ter c.p.c." op. cit., pag.267 e segg., spec.281;

¹⁴⁴ Sulla base del noto brocardo: "*lex specialis derogat lex generali*";

¹⁴⁵ Chizzini, "Commento all'art.614bis c.p.c.", in Balena-Caponi-Chizzini-Menchini, "La riforma della giustizia civile", 2009, pag.165 e segg.; Tommaseo, "L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art.709ter c.p.c.", in Fam. dir., 2010, pag.1057 e segg., spec.1063;

¹⁴⁶ Fanelli "Brevi note su misure coercitive e art.709ter c.p.c." op. cit., pag.267 e segg., spec.281;

Infine, un autore¹⁴⁷ considera, al contrario, entrambe le disposizioni applicabili (hanno ambiti differenti per materia e per tempo), affidando alle parti la facoltà di scegliere, in base al principio di conservazione delle norme: deve essere privilegiata la possibilità di applicazione di entrambe. Il cumulo è possibile soltanto a proposito dei provvedimenti dei n. 2 e 3.

“È possibile, alla parte richiedere ed al giudice concedere, in sede di provvedimenti presidenziali resi nei giudizi di separazione e divorzio, una condanna anticipata per il caso di inadempimento o ritardo nell’inadempimento di quanto disposto. Ove il giudice abbia ordinato ad uno dei genitori di prendere con sé ed occuparsi del figlio minore nel tale giorno o periodo e l’interessato non provveda, come pure nel caso in cui abbia ordinato di riconsegnarlo all’altro genitore in tal giorno o alla tale ora e vi sia ritardo, è possibile accompagnare l’ordine con una previsione anticipata di condanna al pagamento di una somma di denaro, ai sensi dell’art.614*bis* c.p.c.. Non tutti i precetti contenuti nei provvedimenti presidenziali o in quelli successivamente resi dal giudice istruttore, sono compatibili con il descritto meccanismo di condanna anticipata. Perché ciò avvenga, è necessario che vi sia un ordine chiaramente espresso e che lo stesso non abbia carattere generico, ma un contenuto specifico e diretto”¹⁴⁸. Di conseguenza l’art.614*bis* c.p.c. può essere applicato in relazione ai singoli comandi che compongono le disposizioni sull’affido condiviso ed all’esecuzione dei precetti in materia di famiglia che richiedono un atteggiamento non ostativo da parte di un genitore (non parlare male dell’altro, non influenzare negativamente il minore o impedirgli di

¹⁴⁷ De Filippis, “Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione”, op. cit., pag.633 e segg., spec.660;

¹⁴⁸ De Filippis, “Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione”, op. cit., pag.633 e segg., spec.658;

frequentare l'altro o i parenti della sua linea) o collaborativo (aiutarlo a superare un'irragionevole avversione verso l'altro genitore, motivarlo in positivo o prepararlo agli incontri). In ogni caso la sanzione ex art.614bis c.p.c. concerne "le violazioni più macroscopiche", atteso che per le altre è preferibile "il più duttile strumento dell'art.709ter c.p.c."

Il commentatore indica anche il momento in cui deve essere formulata dalla parte interessata la richiesta di un provvedimento ex art.614bis c.p.c.: "nel momento in cui possono essere chieste, originariamente o in sede di modifica, le misure di merito cui esso si riferisce. L'istanza di condanna anticipata non integra una nuova domanda, consistendo in una specificazione della domanda già formulata"¹⁴⁹.

Conclusivamente si sofferma sull'interazione tra la previsione del risarcimento (2° comma n.2 e 3 dell'art.709ter c.p.c.) e l'art.614bis c.p.c.: se è stato chiesto ed ottenuto un provvedimento di condanna anticipata non può essere formulata una successiva richiesta ai sensi dell'art.709ter c.p.c., dato che tale ultima norma si applica nell'ipotesi di controversia in corso e, sotto questo profilo, non vi è controversia perché il risarcimento è stato già disposto con provvedimento esecutivo e la parte non può agire due volte per lo stesso titolo. "Tuttavia, il soggetto che abbia ottenuto una condanna ex art.614bis può chiedere una modifica dei provvedimenti in vigore e, ottenuta la stessa, da quel momento in poi e quindi senza retroattività, può recuperare la propria facoltà di agire ex art. 2 e 3 del 709ter. Allo stesso modo, se i provvedimenti presidenziali contenevano una condanna anticipata, l'interessato può chiedere di non confermare la stessa nella sentenza. In tal modo, dal momento della sentenza in poi, può nuovamente agire per il risarcimento previsto dal 709ter. Il problema, ovviamente, non

¹⁴⁹ De Filippis, "Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione", op. cit., pag.633 e segg., spec.659 e 660;

si pone se la condanna anticipata sia stata pronunciata in relazione ad una determinata violazione e l'inadempimento contestato sia diverso ed ulteriore. La sovrapposizione esiste solo in caso di identità di fattispecie".¹⁵⁰

¹⁵⁰ De Filippis, "Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione", op. cit., pag. 633 e segg., spec. 661;

CAPITOLO III - CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE I, 08-08-2013, N.18977

1. INTRODUZIONE

“Il provvedimento emesso ai sensi dell’art.709^{ter} cod. proc. civ., con il quale il giudice, nella controversia insorta tra i genitori in ordine all’esercizio della potestà genitoriale, abbia irrogato una sanzione pecuniaria o condannato al risarcimento dei danni il genitore inadempiente agli obblighi posti a suo carico, rivestendo i caratteri della decisorietà e della definitività all’esito della fase del reclamo (a differenza delle statuizioni relative alle modalità di affidamento dei minori), è ricorribile per cassazione ai sensi dell’art.111 Cost. (Rigetta, App. Roma, 26/07/2011)”¹

In questa sentenza la Suprema Corte ha dovuto risolvere uno dei vari problemi riguardanti l’art.709^{ter} c.p.c., ovvero la possibilità o meno di impugnare in Cassazione i provvedimenti elencati nella norma in commento. Le teorie principali in materia sono tre (paragrafo 8.3: forma ed impugnabilità):

- Tali misure sanzionatorie non sono ricorribili per cassazione;
- È ammesso il ricorso in Cassazione straordinario ex art.111 Cost. nei confronti delle disposizioni statuite in sede di reclamo avverso il decreto che muta le pronunce regolanti l’affidamento della prole;

¹ Massima della sentenza della Cassazione civ. Sez. I, 08-08-2013, n.18977, in CED Cassazione,2013;

- Le disposizioni previste ai n. 1 e 2 dell'art. 709ter 2° comma, non possono essere impugnate in Cassazione ex art.111 cost., perché non sono decisorie e definitive. Le condanne risarcitorie pongono maggiori dubbi perchè se gli si riconosce natura risarcitoria, sono ricorribili in Cassazione ex art. 111 Cost.; se, viceversa, si accoglie la tesi che gli attribuisce carattere sanzionatorio , non sono ricorribili in Cassazione, in quanto non statuiscono in materia di diritti soggettivi.

Nel caso specifico, il Collegio, in linea con l'ultimo orientamento, pone in evidenza l'importanza dei caratteri di decisorietà e definitività che i provvedimenti devono rivestire per essere impugnati in Cassazione ex art.111 Cost. (“deve ritenersi che, essendo riscontrabili nel provvedimento contestato – di carattere risarcitorio e sanzionatorio – i connotati della decisorietà e della definitività, il proposto ricorso ex art.111 Cost. sia nella specie ammissibile”²).

2. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

“A seguito di ricorso proposto da F.R. nei confronti del marito B.F., il Tribunale di Viterbo affidava i figli minori ai Servizi Sociali, disponeva che gli stessi vivessero nella casa coniugale con la madre, regolamentava il diritto di visita del padre, condannava infine quest'ultimo, ai sensi dell'art.709ter c.p.c., a risarcire il danno cagionato alla moglie e ai due figli minori, quantificandolo nella misura complessiva di euro 8.000,00, nonché al pagamento di euro 4.000,00 in favore della Cassa delle Ammende, a titolo di sanzione amministrativa.

La Corte di Appello di Roma, adita poi dal B. in sede di reclamo, dichiarava cessata la materia del contendere con riferimento ai profili relativi

² Cass. civ. Sez. I, 08-08-2013, n.18977 op. cit., pag.3;

all'affidamento della prole, mentre rigettava l'impugnazione in relazione alle doglianze concernenti i provvedimenti emessi ai sensi dell'art.709^{ter} c.p.c., richiamando le ragioni addotte dal Tribunale al riguardo, essenzialmente consistenti nell'avvenuta sottrazione dei figli alla madre e nell'assenza di riscontri rispetto alle accuse mosse nei confronti del contesto familiare.

Avverso la decisione B. ha proposto ricorso per cassazione affidato a tre motivi, cui F. ha resistito con controricorso, con il quale ha fra l'altro eccepito l'inammissibilità della proposta impugnazione.

La controversia veniva quindi decisa all' esito dell'udienza pubblica del 12.07.2013.”³

3. MOTIVI DELLA DECISIONE

“Con i motivi di impugnazione B. ha denunciato la nullità del decreto, rispettivamente per le seguenti considerazioni:

1. Per vizio di motivazione, atteso che nel reclamo erano stati prospettati articolati profili di censura, cui la Corte territoriale non avrebbe dato riscontro essendosi limitata a richiamare genericamente le argomentazioni svolte dal primo giudice, recepite quindi acriticamente nel contestato provvedimento oggetto di giudizio;
2. Per violazione dell'art.112 c.p.c., in quanto il tribunale aveva disposto la revoca dell'affidamento condiviso, riservando “ogni più approfondita indagine da effettuarsi in sede di procedimento di divorzio”, così sostanzialmente eludendo il dovere di decidere sulle richieste delle

³ Cass. civ. Sez. I, 08-08-2013, n.18977 op. cit., pag.2;

parti, omissione poi reiterata nel giudizio di impugnazione, il cui esito avrebbe quindi dato causa al medesimo vizio;

3. Per omessa motivazione su fatti controversi e decisivi per la definizione della lite, sotto il profilo del contrasto fra il giudizio circa la <mancanza di seri elementi che potessero sostenere le accuse> mosse alla F. o comunque all'ambiente familiare e la <mancata ammissione delle prove testimoniali dedotte>, oltre che per il contenuto della documentazione prodotta.”⁴

La Cassazione li dichiara tutti inammissibili.

“Osserva innanzitutto, il Collegio che è infondata l’eccezione di inammissibilità del ricorso, dedotta sotto il triplice profilo: a) che si tratterebbe di provvedimenti di volontaria giurisdizione di natura cautelare, in quanto tali revocabili, modificabili e pertanto insuscettibili di acquistare autorità di giudicato; b) che il vizio di motivazione deducibile con il ricorso ex art.111 Cost., quale quello oggetto di esame, sarebbe solo quello in cui vi sia mancanza assoluta o mera apparenza o palese illogicità di motivazione, ipotesi non riscontrabili nel caso di specie; c) che non sarebbero stati formulati i quesiti di diritto, né sarebbero stati indicati i fatti controversi in relazione ai quali la motivazione del contestato provvedimento sarebbe inadeguata, e ciò in contrasto con il dettato dell’art. 366*bis* c.p.c.”⁵ (...).

⁴ Cass. civ. Sez. I, 08-08-2013, n.18977 op. cit., pag.3;

⁵ Art.366*bis* c.p.c. “Formulazione dei motivi”: “Nei casi previsti dall’articolo 360, primo comma, numeri 1), 2), 3) e 4) l’illustrazione di ciascun motivo si deve concludere, a pena di inammissibilità, con la formulazione di un quesito di diritto. Nel caso previsto dall’articolo 360, primo comma, n. 5), l’illustrazione di ciascun motivo deve contenere, a pena di inammissibilità, la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione”. La disposizione è funzionalizzata alla formazione immediata e diretta del principio di diritto

Orbene, alla stregua delle esposte considerazioni deve ritenersi che, essendo riscontrabili nel provvedimento contestato – di carattere risarcitorio e sanzionatorio – i connotati della decisorietà e della definitività, il proposto ricorso ex art.111 Cost. sia nella specie ammissibile. Quanto agli altri due profili di inammissibilità rappresentati è sufficiente rilevare, per quello sub b), che a seguito della modifica apportata con il D.Lgs. n. 40 del 2006 non è preclusa, nel ricorso straordinario ex art.111 Cost., la denuncia di vizi di motivazione (art.360 c.p.c., u.c.⁶) e, per quello sub c), che l'art. 366bis c.p.c., di cui la F. ha lamentato l'inosservanza, è stato abrogato con la L. n. 69 del 2009, e quindi in epoca antecedente alla pubblicazione del decreto

al fine di migliorare l'esercizio della funzione nomofilattica della Corte di legittimità. L'articolo è stato abrogato dalla legge n.69 del 2009;

⁶ Art. 360 c.p.c. “Sentenze impugnabili e motivi di ricorso”: “ Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione; 2) per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza; 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro; 4) per nullità della sentenza o del procedimento; 5) per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.

Può inoltre essere impugnata con ricorso per cassazione una sentenza appellabile del tribunale, se le parti sono d'accordo per omettere l'appello; ma in tale caso l'impugnazione può proporsi soltanto a norma del primo comma, n.3.

Non sono immediatamente impugnabili con ricorso per cassazione le sentenze che decidono di questioni insorte senza definire, neppure parzialmente, il giudizio. Il ricorso per cassazione avverso tali sentenze può essere proposto, senza necessità di riserva, allorchè sia impugnata la sentenza che definisce, anche parzialmente, il giudizio.

Le disposizioni di cui al primo comma e terzo comma si applicano alle sentenze ed ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge.”

impugnato, pubblicato in data 26.7.2011. Passando quindi all'esame del merito del ricorso, se ne rileva l'infondatezza.

Più precisamente, per quanto riguarda il primo motivo, la doglianza è stata prospettata in ragione di un preteso vizio di motivazione –adottata <per *relationem*>-, che avrebbe determinato una immotivata adesione alle argomentazioni svolte dal primo giudice, manifestata senza lo specifico esame delle censure proposte dalla parte impugnante. Il rilievo è privo di pregio, perché occorre innanzitutto considerare che nella specie si tratta di decreto, che in quanto tale richiede una motivazione succinta, e perché comunque dalla lettura complessiva del provvedimento si evincono gli elementi posti dalla Corte territoriale a base della decisione adottata.

Nella parte espositiva del decreto è infatti evidenziato che il primo giudice aveva sottolineato <che i fatti non erano negati dal B. nella loro oggettività, ma da lui giustificati dalla presunta necessità di sottrarre i minori alla violenza che regnava in casa ...>(p. 4); che detta giustificazione non sarebbe stata però confortata da <seri elementi> di riscontro, non essendo univocamente deponenti in tal senso gli elementi valorizzati a sostegno dell'assunto; che neppure sarebbe emerso alcunché, all'esito degli ulteriori accertamenti compiuti (da parte del C.T.U. e degli specialisti intervenuti, quali psicologa della ASL e assistente sociale); che sarebbe stato inspiegabile anche il comportamento del ricorrente che, a fronte di racconti dei figli dai quali sarebbe emersa la rappresentata situazione di violenza, aveva omesso di denunciare l'accaduto e di adottare comunque iniziative a loro sostegno.

Alla luce di tale ricostruzione dei fatti deve essere dunque interpretata la sintetica indicazione di condivisione del provvedimento del primo giudice, che tuttavia risulta ulteriormente e più specificamente confortata dal riferimento al <grave comportamento tenuto dal B. nel sottrarre i figli alla

madre ed alla mancanza di seri elementi che potessero sostenere le accuse da egli mosse alla moglie o comunque all'ambiente familiare in cui i figli vivevano> (p. 6). Né può fondatamente dolersi il ricorrente del fatto che la Corte di appello non abbia preso in esame i diversi elementi che sarebbero stati indicati a sostegno dell'assunto prospettato, essendo al contrario sufficiente che il giudice indichi le ragioni del proprio convincimento (C. 11/8294, C. 09/22801, C. 02/14705, C. 99/13359, C.99/13342), come verificatosi nella specie, dovendosi in questo caso ritenere implicitamente rigettate tutte le argomentazioni incompatibili.

È analogamente infondato il secondo motivo di impugnazione, con il quale il B. ha denunciato la violazione dell'art.112 c.p.c. sotto il profilo che la Corte territoriale non avrebbe pronunciato sul suo quarto motivo di reclamo, con il quale l'appellante aveva lamentato che il Tribunale di Viterbo aveva disposto la revoca dell'affidamento condiviso e la previsione di visite protette, <salva ogni più approfondita indagine da effettuarsi in sede di procedimento di divorzio>, così violando il dettato dell'art.112 c.p.c., <che impone al giudice di pronunciare sulla domanda e di emettere un provvedimento definitivo e non certo quello di emettere una decisione di natura cautelare o allo stato degli atti> (p. 38).

In proposito va infatti osservato: che la Corte di appello non ha pronunciato sul punto perché ha espressamente dichiarato la cessazione della materia del contendere <quanto alle disposizioni attinenti l'affidamento dei figli"> (p. 5), sicché non è neppure astrattamente configurabile il vizio denunciato; la decisione adottata ai sensi dell'art. 709^{ter} c.p.c. non è ricorribile per cassazione nella parte relativa alle modalità di affidamento dei minori, per non essere la relativa statuizione confortata dai requisiti della decisorietà e della definitività del provvedimento; nella statuizione del tribunale non è ravvisabile alcun vizio di omessa pronuncia, avendo al contrario il giudice debitamente pronunciato al riguardo, facendo espresso riferimento

all'adozione di criteri cautelativi, in mancanza di elementi univocamente interpretabili; l'implicito giudizio di irrilevanza della prova, finalizzata ad escludere il preteso inadempimento addebitato al reclamante, risulta indirettamente desumibile dal manifestato apprezzamento, da parte della Corte territoriale, circa il <grave comportamento tenuto da B.>, come più ampiamente sarà precisato nell'esame dell'ultima doglianza.

Resta infine il terzo motivo di impugnazione, con il quale il ricorrente ha lamentato l'esito negativo del giudizio pur a fronte della mancata ammissione di prova testimoniale e nonostante il contenuto della documentazione prodotta, motivo che risulta inammissibile sotto il duplice aspetto della genericità e della ininfluenza rispetto alla ragione della decisione adottata.

La Corte di appello ha infatti confermato la decisione del primo giudice, avendo ritenuto comprovato il <grave comportamento del padre> ed avendo al contrario chiarito di non aver acquisito elementi utili per ritenere fondate le accuse mosse dal B. .

Il punto rilevante dunque, secondo la Corte di appello, non era tanto individuabile nel fatto che presso la casa della F. non regnasse una situazione di tranquillità (la stessa Corte ha anzi anche espressamente precisato in proposito di non poter disporre di elementi idonei ad escludere in radice la veridicità di quanto sostenuto da B.), ma piuttosto quello di verificare se, a fronte di un comportamento certamente grave del ricorrente (che come detto aveva sottratto i figli alla madre), emergesse un comportamento ugualmente grave della F., tale cioè da giustificare l'altrimenti censurabile comportamento del marito. Sotto questo riflesso dunque il giudice del merito ha ritenuto insufficienti i capitoli di prova testimoniale ed i documenti prodotti, e sotto il medesimo riflesso risulta

inammissibile la doglianza prospettata con il ricorso, attesa la già rilevata genericità della denuncia.

Conclusivamente il ricorso deve essere rigettato con condanna del ricorrente, soccombente, al pagamento delle spese processuali del giudizio di legittimità, liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in Euro 2.700,00, di cui Euro 2.500,00, per compenso, oltre agli accessori di legge.”⁷

4. LA CASSAZIONE 18977/2013 E L’ART.709 TER C.P.C.

“Il provvedimento contestato è stato emesso ai sensi dell’art.709ter c.p.c., disposizione: a) che individua la competenza del giudice del procedimento in corso, per la soluzione di controversie insorte fra i genitori in ordine all’esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell’affidamento dei figli; b) che conferisce al giudicante la facoltà di condannare al risarcimento dei danni il genitore inadempiente agli obblighi posti a suo carico; c) che consente altresì amata l’irrogazione di sanzione amministrativa nei confronti di quest’ultimo; d) che stabilisce infine che <che i provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari> (comma 1).

Tale ultima prescrizione, che trova giustificazione nella diversa natura dei provvedimenti di cui nel procedimento in questione può essere sollecitata l’adozione (modalità di esercizio di potestà genitoriale, modalità di affidamento, ammonimento, condanna al risarcimento del danno,

⁷ Cass. civ. Sez. I, 08-08-2013, n.18977 op. cit., pag.4 e 5;

irrogazione di sanzione pecuniaria) deve essere interpretata, come già puntualizzato da questa Corte, nel senso che essa contiene un richiamo a quei mezzi di impugnazione che sono nel concreto adottabili, secondo le regole ordinarie, tenendo conto della <specifica tipologia di provvedimenti dipendente dalla loro natura, contenuto e finalità> (C. 10/21718)⁸.”⁹

La Cassazione, dunque, passa in rassegna i profili dell’art.709*ter* c.p.c. da considerare ai fini dell’emanazione di una decisione.

Innanzitutto, il giudice del procedimento in corso è competente per la soluzione di controversie insorte tra i genitori, mentre per i procedimenti ex art.710 c.p.c. è adito il tribunale del luogo di residenza del minore (paragrafo 4: competenza). Tuttavia la norma in esame è lacunosa e, in caso di pendenza del giudizio di separazione, non è chiaro se sia competente il giudice istruttore oppure il collegio: alcuni studiosi ritengono che la competenza debba essere attribuita al solo giudice istruttore, altri al collegio e altri ancora distinguono in base al tipo di provvedimento o alla fase del procedimento.¹⁰

⁸ Vedi paragrafo 8.3: forma ed impugnabilità, nota 137;

⁹ Cass. civ. Sez. I, 08-08-2013, n.18977 op. cit., pag.3;

¹⁰ Tra la proficua giurisprudenza in materia è notevole la recente ordinanza della Cassazione civ. Sez. VI, 02-04-2013, n.8016, in CED Cassazione, 2013, nella quale la Corte non ha applicato l’art.709*ter* c.p.c. perché il giudizio riguardava la modificazione del contributo versato dal padre per il mantenimento dei figli, a seguito di separazione. I procedimenti di revisione delle disposizioni economiche contenute nella sentenza di divorzio sono presieduti dal giudice del luogo in cui è sorta l’obbligazione controversa. La norma in commento, invece, concerne la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all’esercizio della potestà genitoriale o alle modalità di affidamento e all’adozione delle misure sanzionatorie previste dalla disposizione stessa;

Nella sentenza, più volte, ritorna la locuzione “grave comportamento” (paragrafo 7: le inadempienze e violazioni), infatti il giudice emana le misure previste ai nn. 1,2,3 e 4 dell’art.709^{ter} 2° comma c.p.c. a seguito di “gravi inadempienze o violazioni” da parte dei coniugi. Bisogna tener presente l’art.112 c.p.c. rubricato “Corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato”: “Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d’ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti”. Secondo parte della dottrina, il giudice, nel valutare la “gravità dei comportamenti”, deve attenersi alle domande e difese di parte; secondo altri, invece, è libero di decidere senza essere vincolato alle richieste formulate dai coniugi. Nel caso in commento, la Corte giudica “grave” l’azione del padre di sottrazione dei figli minori alla madre e non riscontra uguale gravità nella condotta di quest’ultima, accusata dal marito di far vivere la prole in un ambiente familiare violento: mancano le prove a sostegno della veridicità di tale assunto. Pertanto il padre è condannato a risarcire il danno, provvedimento di cui ai nn. 2 e 3, nei confronti della madre e dei figli minori e a pagare una somma di denaro alla Cassa delle Ammende, sanzione di cui al n.4.

Il Collegio si sofferma, infine, sull’impugnabilità dei provvedimenti in esame. Nonostante la lettera della norma richiami i mezzi ordinari di impugnazione, la maggioranza degli autori e la stessa Cassazione in commento reputano che la tipologia del mezzo d’impugnazione esperibile cambi in ragione del procedimento nel quale le disposizioni sono pronunciate e del contenuto di quest’ultime (per l’elenco delle differenti modalità di impugnazioni vedi paragrafo 8.3: forma ed impugnabilità). Nella seconda censura il ricorrente lamenta la violazione dell’art.112 c.p.c. Questo è uno dei principi cardine del processo civile italiano, di conseguenza la Corte d’appello di Roma, non pronunciandosi su un motivo di reclamo, avrebbe disatteso tale prescrizione. Tuttavia la soluzione della

Cassazione è differente poiché la Corte territoriale ha statuito la cessazione della materia del contendere in merito alle disposizioni sull'affidamento dei figli e queste ultime non possono essere impugnate in Cassazione: non rivestono i connotati di decisorietà e definitività.

Quindi è necessario distinguere tra le pronunce, inerenti le modalità dell'affidamento dei minori, non ricorribili per cassazione e le statuizioni, emesse ex art.709ter c.p.c. per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori, ricorribili per cassazione ex art.111, comma 7, Cost. . Quest'ultimo, infatti, è stato introdotto dal legislatore allo scopo di tutelare le disposizioni, aventi forma diversa dalla sentenza e, che, qualsiasi forma esse assumano, abbiano ad oggetto una situazione sostanziale protetta, contro di esse non siano previsti ulteriori mezzi di controllo e siano decisorie e definitive.

5. RICORSO STRAORDINARIO IN CASSAZIONE EX ART.111, COMMA 7, COST.

Una delle prime proposte dell'art.111 Cost. fu quella di Calamandrei, durante i lavori della seconda Commissione, e prevedeva il seguente contenuto: "Contro le sentenze pronunciate in ultimo grado da qualsiasi organo giudiziario ordinario o speciale è sempre ammesso il ricorso alla Corte di Cassazione, istituita per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale e per regolare la competenza". La Commissione accolse, però, una versione più semplice: "Contro le sentenze pronunciate in ultimo grado da qualsiasi organo giudiziario ordinario o speciale è sempre ammesso il ricorso alla Corte di Cassazione, secondo le norme di legge". Inizialmente questo era il secondo

comma dell'art.111 Cost.¹¹, norma che costituisce “nel sistema costituzionale la chiave di volta di tutta la costruzione della funzione giurisdizionale, anche per i riferimenti impliciti ad una serie di altri principi, da quello di legalità (art.101 1° comma) a quello della partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia (art.102 3° comma), allo stesso diritto di azione e di difesa (art.24)”¹². Nonostante, l'Assemblea Costituente abbia affrontato numerosi questioni¹³, ha tralasciato di chiarire il significato del termine “sentenza” e ciò ha creato grande confusione in dottrina e giurisprudenza: le interpretazioni avanzate sono state le più disparate. In senso letterale, “la sentenza è l'unico provvedimento decisivo, idoneo a concludere il giudizio, espressione della funzione giurisdizionale contenziosa, e perciò meritevole di un controllo in ultima istanza ad opera della Corte di Cassazione”¹⁴.

Nel corso del tempo si sono formate due concezioni principali ed opposte: quella della sentenza c.d. formale e quella della sentenza c.d. sostanziale. Secondo l'orientamento c.d. formalista è soggetto a ricorso per cassazione il provvedimento cui la legge attribuisce forma di sentenza. Pertanto l'art.111 si applica solo ai provvedimenti che per legge hanno forma di sentenza, ovvero siano stati pronunciati erroneamente con una forma diversa in

¹¹ La legge cost. n.2 del 1999 ha cambiato la numerazione dei commi;

¹² Denti, “Art.111”, in “Commentario della Costituzione” di Branca, IV tomo, 1987, pag.1 e segg., spec.1;

¹³ Il controllo delle giurisdizioni speciali da parte della Corte di Cassazione, l'unicità della Cassazione a livello costituzionale e la distinzione tra ricorso contro tutte le sentenze di giudici speciali o ordinari e contro provvedimenti sulla libertà personale;

¹⁴ Tiscini, “Il ricorso straordinario in cassazione”, 2005, pag.42 e segg.,spec.49;

quanto non risultino esperibili le ordinarie impugnazioni¹⁵. Secondo l'orientamento c.d. sostanzialista, invece, è soggetto a ricorso per cassazione il provvedimento a contenuto decisorio. Tale teoria, infatti, si fonda sul principio della prevalenza della sostanza sulla forma¹⁶: tutti i provvedimenti che, a prescindere dalla forma rivestita, abbiano natura sostanziale di sentenza, sono ricorribili per cassazione¹⁷.

La Corte di Cassazione ha posto fine ai contrasti con la sentenza del 1953, n.2593, nella quale accoglie il secondo indirizzo esposto. “A seguito dell'entrata in vigore dell'art.111 Cost., tutti i provvedimenti decisori, ancorchè siano stati dichiarati sentenze non impugnabili o siano definiti ordinanze dalle leggi anteriori, sono impugnabili alla Cassazione per violazione di legge”¹⁸. In particolare, si trattava di un caso riguardante l'impugnazione del decreto di liquidazione degli onorari di avvocato ai sensi della legge professionale forense. Fino ad allora, la Cassazione si era pronunciata in senso negativo in relazione all'applicabilità dell'art.111 nelle

¹⁵ Andrioli, “Commento al codice di procedura civile”, II, 1960, pag.498 e segg.; Fazzalari, “Il giudizio civile di cassazione”, 1960, pag.5 e segg.;

¹⁶ È una regola consolidata in giurisprudenza, spesso criticata dalla dottrina perché contraria all'art.279, comma 4, c.p.c.: Andrioli, “Diritto processuale civile”, 1979, pag.484; Tarzia, “Profili della sentenza civile impugnabile”, 1967, pag.85; Besso, “La sentenza civile inesistente”, 1997, pag.292. Tiscini, “Il ricorso straordinario in cassazione”, op. cit., pag.42 e segg., spec.92, pone a confronto la teoria della “sentenza in senso sostanziale” e quella della “prevalenza della sostanza sulla forma”, evidenziandone le differenze;

¹⁷ Denti, “Art.111”, in “Commentario della Costituzione” di Branca, op. cit., pag.1 e segg., spec.24 e 25;

¹⁸ Cass., Sez. un., 30 luglio 1953, n. 2953, in Foro it., I, 1953, pag.1240;

ipotesi in cui la legge prescriveva per il provvedimento la forma dell'ordinanza o del decreto¹⁹. La pronuncia in commento, dunque, segna una svolta significativa nell'ordinamento giuridico, tracciandosi, nella stessa, il concetto di sentenza in senso c.d. sostanziale²⁰, quale provvedimento avente carattere decisorio in grado di incidere sulle situazioni giuridiche private. Il Collegio “attesa la grande varietà di ordinanze e di decreti previsti sia nelle leggi speciali sia nel codice di procedura civile, dovrà esaminare caso per caso se una determinata specie di provvedimenti è da considerare o meno di natura decisoria e, sotto ogni altro aspetto, compresa nella sfera di applicazione dell'art.111 Cost.”²¹.

La nozione di “decisorietà” e di “definitività” del provvedimento è stata meglio precisata in decisioni successive: è “decisorio” il provvedimento che “ancorchè definito ordinanza o decreto, incida su diritti soggettivi, abbia piena attitudine a produrre, con efficacia di giudicato, effetti di diritto sostanziale e processuale sul piano contenzioso, sul piano cioè della composizione di interessi contrapposti, e non sia soggetto ad alcun mezzo

¹⁹ Cass., 5 marzo 1953, n.524, in Foro it., Rep. 1953, voce “Cassazione”, n.24;

²⁰ La Cass., Sez. un., 30 luglio 1953, n.2953, op. cit., precisa che l'argomentazione addotta dagli oppositori a tale teoria si fonda su un'erronea convinzione desunta dal dato letterale. La contrapposizione tra i termini “sentenza” e “provvedimento”, riportati nella norma in commento, non sussiste. “Invero, nel primo comma l'obbligo di motivazione non poteva essere stabilito, in generale che per i <provvedimenti>. Nel secondo comma la parola <sentenze> appare imposta da necessità di espressione, e cioè per menzionare, accanto ai provvedimenti a carattere decisorio, i provvedimenti sulla libertà personale. Denominando <sentenze> i primi con una parola giuridicamente esatta se riferita al contenuto sostanziale più che alla forma, si è facilitata l'espressione della frase e si è evitata la ripetizione della parola”.

²¹ Cass., Sez. un., 30 luglio 1953, n. 2953, op. cit., pag.1240;

di impugnazione (...) l'eventuale ingiustizia di un provvedimento avente contenuto decisorio, e non soggetto ad alcun altro rimedio, può determinare un irreparabile pregiudizio alla parte soccombente senza la possibilità di riesame da parte del supremo organo giurisprudenziale"²². Quindi è stato definito "decisorio" il provvedimento "che ha risolto una controversia in atto tra contrapposte posizioni di diritto soggettivo o in materia di *status* assumendo il contenuto tipico, di accertamento, di condanna o costitutivo, della sentenza"; e "definitivo il provvedimento avverso il quale non siano esperibili rimedi diversi da quello previsto dalla norma costituzionale"²³. Queste due caratteristiche devono coesistere per permettere "al provvedimento di acquistare la stabilità propria del giudicato, divenendo così irrevocabile ed immutabile nel tempo"²⁴. Di conseguenza gli studiosi hanno tentato di classificare i provvedimenti, secondo il criterio dell'impugnabilità per cassazione, ad esempio si escludono: i provvedimenti di giurisdizione volontaria, a contenuto processuale ordinatorio e di natura cautelare²⁵.

Nell'ambito del diritto di famiglia i concetti di "decisorietà", "definitività" e "diritto soggettivo" assumono dei contorni più sfumati ed incerti non solo a

²² Cass., sez. un., 6 novembre 1984, n.5603, in Foro it., 1984, pag.2056;

²³ Civinini, "I procedimenti in camera di consiglio", 1993, pag.343 e segg., spec.352;

²⁴ Bassora, "Provvedimenti sanzionatori ex art.709^{ter} c.p.c. e ricorso straordinario per cassazione", in Fam. dir., 8-9, 2011, pag.769 e segg., spec.773;

²⁵ Denti, "Art.111", in "Commentario della Costituzione" di Branca, op. cit., pag.1 e segg., spec.16-18, il quale presenta uno schema generale relativo all'impugnabilità dei provvedimenti, includendo anche quelli emanati nel corso delle procedure concorsuali e le "sentenze in senso sostanziale"; Civinini, "I procedimenti in camera di consiglio", op. cit., pag.343 e segg., spec.352-385, il quale elenca un quadro molto dettagliato dei provvedimenti assoggettati e non a ricorso per cassazione;

causa dei generali dubbi sui criteri da utilizzare per distinguere cosa sia il diritto soggettivo e cosa non lo sia, ma soprattutto a causa dell'intreccio di posizioni opposte. L'interesse del minore, il quale, ex art.30 Cost., ha il diritto al pieno sviluppo della propria personalità, al mantenimento, all'istruzione e all'educazione; al lato opposto, il genitore titolare della responsabilità genitoriale²⁶, in altre parole il diritto-dovere di svolgere i compiti prescritti dall'art.30 Cost. . È indicativa, in tal senso, la sentenza del 1986, n.6220²⁷, avente ad oggetto l'esercizio della potestà dei genitori e l'affidamento del minore e contenente chiarimenti sul significato di "decisorietà", "definitività" e "idoneità al giudicato". La Cassazione afferma che un provvedimento è soggetto a ricorso straordinario in cassazione se sussistono due condizioni:

- "Decisorietà intesa come risoluzione di una controversia su diritti soggettivi o *status*";
- "Definitività intesa come mancanza di rimedi diversi e nell'attitudine del provvedimento a pregiudicare con l'efficacia propria del giudicato quei diritti o quegli *status*";

"Le due condizioni devono coesistere, in quanto è irrilevante la decisorietà se il provvedimento è sempre modificabile e revocabile tanto per una nuova e diversa valutazione delle circostanze precedenti, quanto per il sopravvenire di nuove circostanze, nonché per motivi di legittimità (art. 742

²⁶ La nuova denominazione, introdotta dal d.lgs. 154/2013, ha sostituito la vecchia "potestà genitoriale". Il nuovo termine dovrebbe fornire un'idea più chiara del ruolo dei genitori: si vuole porre l'accento non più sulla tutela del diritto potestativo dei genitori, ma sull'importanza del dovere nascente dalla genitorialità.

²⁷ Cass., sez. un., 23 ottobre 1986, n.6220, in Foro it.,1, 1987, pag. 3278 e segg.,spec.3283;

c.p.c.). In questi casi il provvedimento non contiene una statuizione definitiva ed un pregiudizio irreparabile ai diritti che vi sono coinvolti.

Pur essendo necessaria la prima condizione attinente al contenuto (per esempio: una modifica del diritto o dello *status*), detto contenuto deve essere anche espressione di un potere giurisdizionale esercitato con carattere vincolante rispetto all'oggetto della pronuncia, in modo da garantirne l'immodificabilità da parte del giudice che lo ha pronunciato e l'efficacia di giudicato ex art.2909 c.c. .

L'inidoneità al giudicato come conseguenza della modificabilità e revocabilità in ogni tempo non deve essere confusa con i giudicati *rebus sic stantibus* (per esempio, in tema di mantenimento ed anche di relazioni personali fra i coniugi e con la prole, ai sensi dell'art.710 c.p.c.) perché in questi casi non rilevano le circostanze preesistenti e già valutate nel provvedimento passato in giudicato”.

L'idoneità al giudicato si desume da indici puntuali:

- “L'esistenza di una controversia o conflitto in ordine ai diritti soggettivi o *status*”: se si tratta di situazioni di interesse si è fuori dal campo della giurisdizione contenziosa;
- Il procedimento strutturato in forme che garantiscano “il diritto di azione e di difesa ed il contraddittorio” e bisogna assicurarsi che l'eventuale negazione dei medesimi sia dovuta ad un'effettiva volontà di legge per una tutela più adeguata degli interessi coinvolti;
- La mancata espressa previsione di revocabilità del provvedimento per fatti originari e sopravvenuti, di legittimità e di merito;

Nel caso di specie, infatti, il Collegio nega l'ammissibilità del ricorso per cassazione poiché i provvedimenti in questione sono modificabili e

revocabili, pertanto non incidono definitivamente ed irrimediabilmente su diritti soggettivi e *status* delle parti.

Condizioni necessarie per ammettere l'impugnazione per cassazione del provvedimento, sono la decisorietà e la definitività dello stesso, ma spesso questi due concetti si confondono tra di loro, soprattutto quando vengono ricondotti all'idoneità del provvedimento a formare il giudicato, il quale è “uno strumento processuale, che nulla aggiunge e nulla toglie alla decisorietà” (o alla definitività), “perché concretamente incapace di segnare il *discrimen* tra provvedimenti impugnabili e non impugnabili ex art.111, settimo comma, Cost.”. “Quando la controversia verte su un diritto soggettivo, a prescindere dall'intensità della lesione prodotta (a prescindere dal fatto che si tratti di *decisione* o di *incidenza*²⁸) il giudicato di ammissibilità avrà esito positivo. Dato per presupposto della decisorietà il tipo di situazione soggettiva, l'idoneità al giudicato recede a requisito solo apparente”²⁹.

Conseguentemente, anche all'interno del diritto di famiglia, bisogna classificare i provvedimenti in base ai requisiti fondamentali sopra esposti. Una sommaria analisi della giurisprudenza³⁰ dimostra che sussistono,

²⁸ Molti interpreti hanno avversato l'evoluzione giurisprudenziale che ha esteso il ricorso straordinario, anche, ai provvedimenti che incidono (non decidono) sui diritti soggettivi. In tal senso: Cerino Canova, “La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art.111, secondo comma)”, in Riv. dir. proc.,1977, pag.395 e segg., spec.432; Denti “I procedimenti camerali come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela”, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1990, pag.1097 e segg., spec.1101;

²⁹ Tiscini, “Il ricorso straordinario in cassazione”, op. cit., pag.101 e segg.,spec. 121 e 122;

³⁰ Cass., sez. un., 23 ottobre 1986, n.6220, op. cit.; Cass., 22 ottobre 2010, n.21718, op. cit.; Cass., 08 agosto 2013, n.18977, op. cit.; anche la dottrina Denti, “Art.111”, in

generalizzando, due tipologie di provvedimenti: quelli in materia di affidamento e potestà genitoriale, non a contenuto decisorio e quelli emanati ai sensi ex art.709ter c.p.c., che, invece, incidono sui diritti soggettivi. In realtà non vi è unanimità: la pronunzia della Cassazione, sul punto, è ermetica, non fornendo un'idea precisa dei provvedimenti cui si riferisce. Tuttavia si nota come le pronunce della Corte,³¹ che dichiarano l'ammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., contengano "uno sviluppo argomentativo estremamente ridotto, ridotto per lo più ad affermazioni apodittiche quanto alla qualificazione in termini di diritti soggettivi degli interessi in gioco e di definitività del provvedimento"³². La maggior parte degli studiosi³³ sostiene che le statuizioni strettamente

"Commentario della Costituzione" di Branca, op. cit., pag.1 e segg.; Civinini, "I procedimenti in camera di consiglio", op. cit., pag.343 e segg.; Bassora, "Provvedimenti sanzionatori ex art.709ter c.p.c. e ricorso straordinario per cassazione", op. cit., pag.769 e segg.; Zingales, "Il procedimento per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell'affidamento in una recente pronunzia della S.C.", in Dir. fam., 2, 2011, pag.656 e segg.; Bianchi, "Affidamento dei figli, revisione della sentenza di separazione e ricorso straordinario", in Fam. e dir., 5, 2005, pag.501 e segg.; Danovi, "Inammissibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti ex art.709ter c.p.c.", in Riv. dir. proc., 2011, pag.1537 e segg.;

³¹ A titolo esemplificativo la Cass., 9 gennaio 2001, n.1, in Fam. e dir., 3, 2001, pag.282 e segg., nella quale il Collegio afferma l'ammissibilità del ricorso per cassazione ex art.111 Cost. avverso un provvedimento d'affidamento reso ex art. 333c.c., dato che incide su posizioni di diritto soggettivo in conflitto. Spiegazione poco efficace e manchevole di vere giustificazioni;

³² Bianchi, "Affidamento dei figli, revisione della sentenza di separazione e ricorso straordinario", op. cit., pag.501 e segg., spec.506;

³³ Ad esempio: Bianchi, "Affidamento dei figli, revisione della sentenza di separazione e ricorso straordinario", op. cit., pag.501 e segg.; Danovi, "Inammissibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti ex art.709ter c.p.c.", op. cit., pag.1537 e segg.;

attinenti all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell'affidamento siano prive dei caratteri di decisorietà e definitività in ragione di due motivi principali:

- Compiono un controllo unicamente esterno sulla potestà, infatti, sono tradizionalmente definite “atipiche”, quasi rientranti nella categoria della volontaria giurisdizioni ed escluse da quella della cognizione;
- Possono sempre essere modificate e revocate, anche in base ad un nuovo esame e ad una nuova valutazione delle questioni di fatto e di diritto originari: non sono idonee a formare il giudicato³⁴;

Inoltre, la regola c.d. del dedotto e del deducibile³⁵, alla base del vincolo promanante dal giudicato, è inadeguata rispetto all'oggetto della

Zingales, “Il procedimento per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell'affidamento in una recente pronunzia della S.C.”, op. cit., pag.656 e segg.;

³⁴ Tale dichiarazione va letta calandola nel particolare settore del diritto familiare: “invero vi è una vasta gamma di provvedimenti soggetta alla clausola *rebus sic stantibus* e in questo senso sempre passibile di revisione al mutare delle circostanze, e pur tuttavia non per questo motivo soltanto sottratta alla garanzia delle impugnazioni e finanche del ricorso per cassazione. Nel caso di specie, quindi, la soluzione indicata (pur condivisibile nella sostanza) avrebbe dovuto essere argomentata con un più puntuale richiamo alla valenza che ai fini del supposto o meno carattere di definitività esplicano da un lato la riconduzione dell'intero oggetto del giudizio a situazioni intrinsecamente modificabili al variare delle circostanze legittimanti, dall'altro l'adozione e la scelta di un determinato modello processuale”. Danovi, “Inammissibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti ex art.709ter c.p.c.”, op. cit., pag.1537 e segg., spec. 1544 e 1545;

³⁵ Secondo tale principio l'efficacia del giudicato si estende, oltre a quello dedotto dalle parti, anche a quanto esse avrebbero potuto dedurre, riferendosi a ragioni non dedotte che rappresentano un antecedente logico necessario della pronuncia. In questo modo si impedisce che venga introdotta una nuova questione con lo stesso oggetto, ma con ragioni nuove;

controversia, ovvero il rapporto tra i genitori e i figli, nel regolare il quale il giudice deve realizzare il “superiore” interesse della prole. La “supremazia” dell’interesse del minore impone la scelta di garantirne la tutela attraverso la possibilità di revoca e modifica, in ogni tempo, del provvedimento, senza incontrare il limite del giudicato. “La preclusione del dedotto e del deducibile alla base dell’idea del fare stato di cui all’art.2909 c.c. e l’esigenza di certezza nei rapporti giuridici che ne è alla base, cede innanzi all’esigenza della giustizia della decisione, la quale impone la tecnica della revocabilità senza limiti cognitori e di tempo”³⁶.

Per quanto riguarda le misure previste dall’art.709^{ter} 2° comma n.1, 2, 3 e 4 c.p.c. non è chiaro se siano tutte suscettibili di ricorso straordinario per cassazione o solo alcune³⁷. Vi sono interpreti che ammettono la possibilità, per i provvedimenti ai n. 2, 3 e 4, di formare oggetto di ricorso per cassazione in virtù del loro tratto caratterizzante, rappresentato dal presupposto dell’esercizio della funzione giurisdizionale dichiarativa. Qualunque sia la funzione o natura delle stesse, “è evidente che non è possibile la revoca o la modifica di tali statuizioni in un momento successivo, poiché si tratta di provvedimenti di condanna che esigono l’accertamento, con provvedimenti idonei ad acquistare l’autorità della cosa giudicata, dei presupposti soggettivi ed oggettivi al risarcimento, provvedimenti dunque che, essendo decisorii e definitivi, sono coperti dalla garanzia costituzionale di cui all’art.111, comma 7, Cost., e quindi nei loro

³⁶ Bianchi, “Affidamento dei figli, revisione della sentenza di separazione e ricorso straordinario”, op. cit., pag.501 e segg., spec.506;

³⁷ La Cass., 22 ottobre 2010, n.21718, op. cit., si limita a dichiarare che la ricorribilità o meno dei provvedimenti ai n.1, 2, 3 e 4, del 2 comma, dell’art.709^{ter} c.p.c. “resta ovviamente influenzata dalla natura delle misure adottate”;

confronti è ammissibile il ricorso straordinario per cassazione”³⁸. Al contrario, l’ammonizione ex art.709ter, 2° co., n.1, c.p.c. non è ricorribile per cassazione, in quanto priva del carattere della decisorietà.

Altri³⁹ reputano escluso il ricorso per cassazione per le ammonizioni o sanzioni amministrative di cui ai n.1 e 4 dell’art.709ter, 2° co. c.p.c., mentre lo ammettono per il risarcimento del danno di cui ai n.2 e 3 della norma: con l’irrogazione del risarcimento il giudice può modificare i provvedimenti in vigore emanati in sede di separazione o cambiare le relative condizioni. Vi è, ancora, chi, considerando “la natura sanzionatoria e la conseguente assenza di decisorietà”⁴⁰ delle misure in commento, nega la possibilità di esperire tale ricorso avverso le stesse.

Infine, parte degli studiosi riconosce la ricorribilità ex art.111, comma 7, Cost., di tutte le previsioni di cui all’art.709ter, comma 2, c.p.c.: “non solo possono incidere su diritti soggettivi, ma sono, altresì, idonee a raggiungere un certo grado di stabilità tale da permettere l’utilizzabilità, avverso gli stessi, dello strumento del ricorso per Cassazione. Ed invero, mentre con riferimento alle statuizioni strettamente attinenti all’affidamento e all’attribuzione dell’esercizio della potestà è possibile rinvenire, all’interno del sistema, una disposizione quale l’art.155ter c.c., che consente ai genitori di chiedere, sempre e comunque, la revisione di dette misure, relativamente

³⁸ Bassora, “Provvedimenti sanzionatori ex art.709ter c.p.c. e ricorso straordinario per cassazione”, op. cit., pag.769 e segg.,spec.776;

³⁹ Astiggiano, “L’art.709ter c.p.c. tra posizioni dottrinali ed applicazioni giurisprudenziali; in particolare, i mezzi di gravame esperibili”, in Fam. e dir., 6, 2011, pag.573 e segg.,spec.580;

⁴⁰ “. Danovi, “Inammissibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti ex art.709ter c.p.c.”, op. cit., pag.1537 e segg.,spec. 1547;

ai provvedimenti sanzionatori ex art. 709ter manca una norma di tal genere.”⁴¹

Nell’ipotesi in esame, la sentenza del 2013, n.18977, i provvedimenti contestati dal ricorrente, ovvero il risarcimento dei danni cagionati alla moglie e ai due figli ed il pagamento alla Cassa delle Ammende, erogati dal giudice nei confronti del marito inadempiente agli obblighi posti a suo carico, presentando i requisiti di decisorietà e definitività, sono suscettibili, secondo tale Collegio, di ricorso immediato in Cassazione ex art.111 Cost. .

In conclusione, si può osservare che i provvedimenti relativi alla potestà genitoriale e alle modalità di affidamento, in senso stretto, non sono soggetti a ricorso per cassazione, in quanto mancanti dei caratteri di decisorietà e definitività. Il regime di impugnazione dei provvedimenti di cui all’art.709ter, comma 2, c.p.c., invece, non è ancora ben chiaro, poiché le pronunce giurisprudenziali sono tra loro contrastanti, non permettendo di rivelare un principio unico. I presupposti del rimedio dell’impugnazione straordinaria in cassazione (decisorietà e definitività) non possono essere definiti secondo regole assolute, perché è impossibile delimitarne con precisione il contenuto, “trattandosi comunque di presupposti la cui effettiva individuazione dipende spesso dall’applicazione nel caso concreto. Sicchè, una volta fissati taluni principi astratti, occorre accettare l’idea che nella loro applicazione concreta è sempre esercitata discrezionalità”⁴².

⁴¹ Zingales, “Il procedimento per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all’esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell’affidamento in una recente pronunzia della S.C.”, op. cit., pag.656 e segg., spec.662;

⁴² Tiscini, “Il ricorso straordinario in cassazione”, op. cit., pag.123 e segg., spec. 156;

CONCLUSIONI

In Italia il processo di separazione e divorzio ha subito continui mutamenti al fine di adeguare le norme alla crescita societaria e culturale: all'inizio non era assolutamente pensabile che i coniugi divorziassero, in seguito, diventando usuale ricorrere a tale istituto, è aumentato il bisogno di disciplinarlo in ogni suo aspetto e di renderne più semplice l'accesso.

In questo elaborato abbiamo esplicitato le riforme più importanti che hanno interessato il settore del diritto di famiglia, nonostante i tentativi del legislatore, però, non tutti i problemi sono stati risolti, numerosi interrogativi sono rimasti senza una risposta. Il filone comune alle leggi riformatrici è stato l'intento di unire la disciplina della separazione e del divorzio, introducendo un'unica normativa regolante la crisi matrimoniale. Il carattere uniforme del procedimento trova conferma, ad esempio, nelle regole di competenza per le quali la legge stabilisce che la domanda, di separazione o di divorzio, deve essere proposta al tribunale del luogo "dell'ultima residenza comune dei coniugi": regola innovativa che armonizza la disciplina nazionale con i criteri di competenza giurisdizionale richiesti dal Regolamento matrimoniale dell'Unione europea¹. Nel nostro ordinamento, infatti, la causa statisticamente prevalente che conduce al divorzio è la separazione legale dei coniugi protratta ininterrottamente per almeno tre anni a far tempo dalla prima udienza di comparizione dei coniugi innanzi al tribunale nella procedura di separazione personale, anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale. Tali tempi, a cui coniugi sono costretti ad attenersi, non solo rendono più difficile e

¹ Reg. n.2201 del 2003, l'art.3 richiama sia il criterio della "residenza abituale dei coniugi" sia quello della "ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora".

complicato porre fine al matrimonio, ma alimentano anche il clima di tensione già esistente nella coppia: questa è una delle lacune del nostro sistema giuridico.

Gli studiosi non sono riusciti ad accordarsi nemmeno sulla natura dei procedimenti di separazione e divorzio: ognuna delle quattro teorie elencate (modello tradizionale, il “rito ambrosiano”, il “nuovo rito romano” e il modello “a specialità integrale”) presenta dei punti deboli e ciò rende arduo trovare una tesi suprema, preferibile rispetto alle altre.

L’approfondita analisi dell’art.709^{ter} c.p.c. ha evidenziato profili problematici non risolti: tale nuovo articolo ha contemporaneamente risolti positivi e negativi. Da un lato, semplifica la soluzione delle controversie insorte tra i genitori e l’esecuzione delle disposizioni emanate relativamente all’affidamento e all’esercizio della potestà; dall’altro, le novità sono accompagnate da altrettanti dubbi ed incertezze, che danno vita a vivaci dibattiti giurisprudenziali e dottrinali. La maggioranza degli aspetti esaminati (ad esempio: il giudice competente a presiedere tale procedimento, l’obbligatorietà della presenza del p.m., l’istruzione probatoria, il potere del giudice ad emanare i provvedimenti “opportuni”, la natura dei provvedimenti in caso di “inadempienze e violazioni e la loro impugnabilità) sono stati interpretati diversamente dai commentatori, pertanto non si riesce a pervenire ad una soluzione univoca. I pochi punti indiscussi della nuova normativa riguardano l’ambito di applicazione, concernente i casi in cui sia coinvolta la prole e la forma dell’atto introduttivo del procedimento: il ricorso. Inoltre sembra ormai pacifico che per ammettere il ricorso in cassazione ex art.111, comma 7, Cost. nei confronti dei provvedimenti emanati ex art.709^{ter} c.p.c. per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori, bisogna verificare la presenza dei requisiti di decisorietà e definitività.

Dallo studio effettuato in questo elaborato, dunque, si nota una generale insoddisfazione rispetto alle modalità con cui le riforme processuali del 2005/2006 sono state attuate dal legislatore. Le modifiche apportate alla disciplina processuale della separazione e del divorzio hanno interessato, soprattutto, la fase introduttiva di tali giudizi, al fine di dare maggior incisività alla fase presidenziale e alle possibilità di una sempre auspicabile riconciliazione dei coniugi. Allo scopo di risolvere ricorrenti dubbi su alcuni snodi fondamentali dei procedimenti, il legislatore ha cercato di coordinare opportunamente le norme dei procedimenti di separazione e di divorzio con quelle introdotte nel processo di cognizione. In altri termini, ha cercato, da un lato, di riportare uniformità e certezza in questo ambito e dall'altro di esaltare l'aspetto non conflittuale della separazione e del divorzio.

Nonostante il lodevole impegno del legislatore la maggior parte della dottrina ha fortemente criticato le nuove normative. “Una riforma dei procedimenti di separazione e divorzio appariva un poco <fuori luogo> nel contesto dei provvedimenti governativi della primavera del 2005 in materia di <competitività>: soprattutto in quanto si trattava di un intervento <estemporaneo>, posto in essere senza coinvolgere gli operatori del settore (...). Sia la l. n.80 del 2005 che la più recente l. n.54 dell'8 febbraio 2006 (sul c.d. affidamento condiviso), peraltro, tradiscono una visione esasperatamente pubblicistica dei rapporti tra i coniugi/ genitori, ciò che condiziona anche il trattamento processuale delle relative controversie. Al di là di ogni critica che pure potrebbe essere mossa rispetto a tale concezione (della crisi) del rapporto matrimoniale, qui si deve mettere in risalto che gli strumenti processuale adottati per attuarla appaiono del tutto inadeguati. La scelta del legislatore di esaltare il ruolo conciliativo del presidente del tribunale è connotata, infatti, da una buona dose di paternalismo ma da ben poco realismo. Nell'esperienza di tutti i tribunale

della Repubblica, infatti, la reale incidenza dell'intervento presidenziale sulla composizione della crisi coniugale, soprattutto in termini di effettiva conciliazione tra le parti, è oggi statisticamente irrilevante"².

Le riforme, tuttavia, hanno sostanzialmente, individuato un modello processuale uniforme per i due giudizi in commento, pur non essendo stato adottato un unico schema processuale da attuare per la gran parte della controversie in materia di separazione e divorzio e nonostante le confermate diversità tra i due procedimenti.

In particolare, l'indagine sull'art. 709^{ter} c.p.c. appare particolarmente delicata, in quanto investe il tema del rispetto e dell'attuazione dei provvedimenti giurisdizionale diretti a regolare in concreto e nel quotidiano i rapporti tra genitori e figli: materia di tanta rilevanza sociale e quasi sempre intrisa di sofferenza dei coniugi e di rischi per la prole. Il significato complessivo del nuovo articolo è il seguente: se nel corso di un giudizio di separazione o di modificazione ex art.710 c.p.c. sorgono controversie tra i genitori inerenti l'applicazione di un precedente provvedimento sull'affidamento o sulla potestà sui figli minori, ovvero se un genitore vuole far valere la condotta pregiudizievole dell'altro, la soluzione di tali questioni viene riservata (tramite l'apertura di una fase incidentale) allo stesso giudice della separazione o della modificazione, sussistendo nella seconda ipotesi la possibilità di irrogare vere e proprie sanzioni. Nel caso in cui invece non vi sia un procedimento di separazione o di modificazione attualmente pendente, la norma sembra autorizzare l'instaurazione di un giudizio *ad hoc* innanzi al giudice del luogo di residenza del minore. Si tratta, dunque, di un procedimento sussidiario con funzione esecutiva, rispetto a quelli in cui la statuizione presupposta è emanata.

² Lupoi, "La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva", in Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, pag.955 e segg.,spec.955;

I “provvedimenti opportuni” ex art.709^{ter} c.p.c. possono essere assimilati a quelli che deve pronunciare il giudice che ha emanato il provvedimento cautelare, ai sensi dell’art.669^{duodecies}, in sede di attuazione delle misure cautelari; mentre attraverso i “provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni” viene concretizzata un’ipotesi di c.d. “esecuzione indiretta”.

L’ esecuzione indiretta ricorre allorchè il diritto del creditore, anziché essere soddisfatto direttamente con il ricorso a modalità sostitutive del debitore, viene fatto soddisfare dal debitore originario, sollecitato da misure coercitive: istituti che hanno la funzione di persuadere il soggetto obbligato ad adempiere alla propria obbligazione. Tuttavia in questo contesto non si può parlare propriamente di soddisfazione del diritto di un creditore e, quindi, di un processo di esecuzione, atteso il diverso tenore delle norme sostanziali e l’impossibilità logica e morale di seguire le rigide forme previste per i processi esecutivi, salvo voler ridurre la prole minore a degli oggetti inanimati. Di conseguenza, la disposizione in esame interviene a colmare una grave lacuna relativa alle modalità di esecuzione coattiva dei provvedimenti di affidamento di minori o di incapaci.

In conclusione, è opportuno ribadire due constatazioni. L’introduzione dell’art.709^{ter} c.p.c. si fonda su ragioni, pienamente, condivisibili e meritevoli, poiché la previsione di un ventaglio sanzionatorio concorre, in tale ambito, a rafforzare l’effettività del modello processuale. Da un’analisi della giurisprudenza di merito formatasi sull’art.709^{ter} c.p.c.,però, si evince uno scarso utilizzo della condanna alla sanzione pecuniaria di cui al n.4, la quale, al contrario, dovrebbe rappresentare la misura maggiormente idonea per l’attuazione delle pronunce riguardanti la potestà genitoriale e l’affidamento. La penalità di mora, se usata di più e reiteratamente contro il genitore disobbediente, lungi dall’essere una misura automatica e stereotipata, potrebbe svelarsi versatile, riparatoria, tempestiva e, conseguentemente, efficace.

La seconda considerazione è, al contrario, di sfavore nei confronti di tale novità giuridica a causa della poca accuratezza dedicata dal legislatore nella formulazione della norma, la quale mostra gravi carenze. È stata creata una disciplina dai confini incerti, nei confronti della quale tutte le interpretazioni che vengono prospettate risultano, in qualche modo, plausibili e contemporaneamente insoddisfacenti, mentre nessuna di esse può pacificamente dirsi del tutto convincente. Il che significa che un settore delicato del diritto di famiglia, quale quello relativo alle controversie in tema di potestà genitoriale o di affidamento, viene lasciato in balia delle soluzioni di volta in volta adottate dalla giurisprudenza.

La nuova legge richiede un'attenta interpretazione che ne consenta l'ammorbidimento letterale. Tuttavia rimane la sconvolgente impressione che le disposizioni in commento non si armonizzino con il sistema in cui si inseriscono, né con le complicate regole codicistiche sulla potestà genitoriale e gli effetti della separazione coniugale.

“Auspicabile appare, allora, una riforma (esaustiva) della riforma”³.

Nell'attesa di un ulteriore intervento legislativo, bisogna affidarsi all'analisi giurisprudenziale. “La speranza è che, in modo uniforme, si consolidi una giurisprudenza che tenda a privilegiare, nell'interesse superiore del minore, quelle opzioni ermeneutiche capaci di valorizzare adeguatamente i nuovi strumenti inserito all'interno del codice di rito, in modo tale da rendere, nella materia *de qua*, maggiormente celere ed effettivo il sistema processuale”⁴.

³ Zingales, “Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art.709ter c.p.c.”, in *Dir. fam.*,2009,1,pag.404 e segg.,spec.411;

⁴ Zingales, “Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art.709ter c.p.c.”, ult. cit.;

BIBLIOGRAFIA

AMRAM, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2008, 964.

ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, Jovene, 1960.

-, *Diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1979.

ASTIGGIANO, *L'art.709ter c.p.c. tra posizioni dottrinali ed applicazioni giurisprudenziali; in particolare, i mezzi di gravame esperibili*, in *Fam. e dir.*, 2011, 573;

BALENA, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, Cacucci Editore, 2006.

BASSORA, *Provvedimenti sanzionatori ex art.709ter c.p.c. e ricorso straordinario in cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2011, 769.

BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Torino, G.Giappicchelli Editore, 1997.

BIANCA, *Diritto civile: la famiglia*, Milano, Giuffrè Editore, 2014.

BIANCHI, *Affidamento dei figli, revisione della sentenza di separazione e ricorso straordinario*, in *Fam e dir.*, 2005, 501.

-, *Soluzione delle controversie in tema di esercizio della potestà e modalità di affidamento. I provvedimenti in caso di violazione o inadempienze*, in *Codice ipertestuale di separazione e divorzio*, a cura di Bonilini, Chizzini, Confortini, Torino, Utet, 2008.

BUCCI, *Le nuove riforme del processo civile*, a cura di Bucci – Soldi, Padova, CEDAM, 2006.

CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, G.Giappichelli Editore, 2012.

CARBONE, *Un rito per i giudizi di separazione e divorzio: tradizionale, ambrosiano, romano, a specialità integrale*, in *Giust. civ.*, 2004, 269.

CARRATTA, *Sub art.709ter*, in AA.VV., *Le recenti riforme del processo civile*, diretto da Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2007.

CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. merito-speciale riforma diritto di famiglia*, 2006, 5.

-, *La nuova legge sull'affidamento condiviso(ovvero tanto rumore per nulla)*, in *Corr. mer.*, 2006, 566.

-, *I provvedimenti in rassegna consentono di fare il punto su alcune delle innovazioni più problematiche introdotte dalla l. 54/2006 sul c.d. affido condiviso, i provvedimenti ex art.709ter c.p.c. e la stessa possibilità di adozione dell'affido condiviso in ipotesi di conflittualità tra i genitori*, in *Foro it.*, 2008, 1689.

CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della L. N. 80/2005*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 103.

-, *L'affidamento condiviso. Profili processuali*, in *Foro it.*, 2006, 96.

CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art.111, secondo comma)*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 395.

CHIZZINI, *Commento all'art.614bis c.p.c.*, in Balena-Caponi-Chizzini-Menchini, *La riforma della giustizia civile*, Torino, Utet, 2009.

CIPRIANI, *Dalla separazione al divorzio*, Napoli, Jovene, 1971.

-, *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 398.

-, *Abrogazione della separazione coniugale?*, in *Dir. fam.*, 1997, 1103.

-, *I processi di separazione e di divorzio*, in *Foro it.*, 2005, 140.

CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino, UTET, 1994.

CORDER, *Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno*, in *Corr. mer.*, 2008, 553.

COSTANZA, *Qualche riflessione sul danno esistenziale a margine di una sentenza del Tribunale di Milano*, in *Giur. it.*, 2003, 1062.

COSTANZO, *La soluzione dei conflitti tra i genitori*, in *I processi di separazione e divorzio*, a cura di Graziosi, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011.

DANOVI, *I processi di separazione e divorzio tra autonomia normativa e necessità di integrazione*, in *Dir. fam.*, 2002, 457.

-, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 849.

-, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. process.*, 2008, 603.

-, *Inammissibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti ex art. 709ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1537.

-, *Nobili intenti e tecniche approssimative nei nuovi procedimenti per i figli (non più) "naturali"*, in *Corr. giur.*, 2013, 537.

DE FILIPPIS, *Tutela degli obblighi imposti in sede di separazione*, in *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio: conseguenze della crisi coniugale su coppia, famiglia, figli e beni*, Padova, CEDAM, 2012.

DE MARZO, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, a cura di De Marzo, Cortesi, Liuzzi, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

DENTI, *Art.111*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, IV tomo, Bologna, Zanichelli, 1987.

-, *I procedimenti camerali come giudizi sommari di cognizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 1097.

DORONZO, *Riforma del processo civile: artt. 706 – 709bis*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2006, 619.

EREMITA, *Sulla competenza territoriale nel giudizio di divorzio*, nota a Corte Costituzionale, sent. 23 maggio 2008, n.169, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 915.

-, *Sull'audizione dei figli minori nei processi di separazione e divorzio*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 235.

FACCI, *L'art.709ter c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, in *Fam. e dir.*, 2008, 1023.

FANELLI, *Brevi note su misure coercitive e art.709ter c.p.c.*, in *Rivista esecuzione forzata*, 2012, 267.

FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, Giuffrè Editore, 1960.

FINOCCHIARO, *Il procedimento di separazione e divorzio: la legge 14 maggio 2005, n.80 e successive modificazioni*, in *Vita notarile*, 2006, 49.

-, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, in *Guida dir.*, 2006, 58.

-, *Sub art. 709ter*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Comoglio e Vaccarella, Torino, Utet, 2012.

FORNACIARI, *L'attuazione dell'obbligo di consegna di minori*, Milano, Giuffrè Editore, 1991.

FRANZONI, *Il danno alla persona*, Milano, Giuffrè Editore, 1995.

FREZZA, *Appunti e spunti sull'art.709ter c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009, 29.

GRAZIOSI, *I processi di separazione e divorzio*, Torino, G.Giappichelli Editore, 2011.

LA ROSA E., *Il nuovo apparato rimediale introdotto dall'art. 709ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, nota a Trib. Messina 5 aprile 2007, in *Fam. dir.*, 2008, 60.

LONGO, *L'art.709ter c.p.c.: problemi interpretativi di natura processuale e sostanziale*, in *Fam. e dir.*, 2009, 180.

LUISO, *I processi speciali*, in *Diritto processuale civile*, tomo IV, Milano, Giuffrè Editore, 2011.

LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1063.

-, *La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 955.

MANDRIOLI, *Il rito ambrosiano nei giudizi di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 1994, 215.

-, *Dal rito ambrosiano all'asserita specialità integrale del procedimento di divorzio e di separazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 915.

OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2008, 77.

ONNIBONI, *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2007, 823.

REALI, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 739.

RICCI G.F., *Il rito ambrosiano, la Cassazione e il rito romano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 717.

RICCI-LENA, *Sub art.709ter c.p.c.*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, Milano, Giuffrè Editore, 2009.

ROSSINI, *Commento all'art.709ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio, Capponi, Padova, CEDAM, 2007.

SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 31.

-, *Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso*, in *Riv. dir. process.*, 2006, 1287.

-, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, 356.

-, *Ancora un giudice diverso per i figli naturali*, in *Corr. giur.*, 2007, 945.

SCARSELLI, *La recente riforma in materia di filiazione: gli aspetti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 667.

SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2003, 301.

TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, Giuffrè Editore, 1967.

TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, G.Giappichelli Editore, 2005.

TOMMASEO, *Il procedimento di divorzio secondo la Cassazione: nomofilachia e dubbi non risolti*, in *Fam. dir.*, 2002, 140.

-, *Nuove norme per la separazione giudiziale e il divorzio*, in *Studium iuris*, 2005, 1022.

-, *L'interesse del minore e la nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. e dir.*, 2006, 291.

-, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2006, 388.

-, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art.709ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2010, 1057.

VIGNERA, *Sulla specialità integrale del rito del divorzio e della separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 103.

VULLO, *Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, Bologna, Zanichelli, 2011-2013.

ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709ter c.p.c.*, in *Dir. fam.*, 2009, 404.

-, *Il procedimento per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell'affidamento in una recente pronunzia della S.C.*, in *Dir. fam.*, 2011, 656;

Giurisprudenza

Cass., sent. 08 agosto 2013, n.18977, in CED Cassazione, 2013.

Cass., ord. 02 aprile 2013, n.8016, in CED Cassazione, 2013.

Cass., sent. 22 ottobre 2010, n.21718, in *Fam. dir.*, 2011, 573.

Cass., sent. 19 gennaio 2007, n.1183, in *Foro it.*, 2007, 1460.

Cass., sent. 30 dicembre 2004, n.24265 in *Foro it.*, 2005, 2425.

Cass., sent. 30 agosto 2004, n.17404, in *Guida al diritto*, 2004, 44, 42.

Cass., sent. 4 agosto 2004, n.14932, in *Giust. civ.*, 2005, 15.

Cass., sent. 10 marzo 2004, n.4903, in *Giust. civ.*, 2005, 15.

Cass., sent. 19 settembre 2001, n. 11751, in *Giust. civ.*, 2002, 3171.

Cass., sent. 09 gennaio 2001, n.1, in *Fam. e dir.*, 2001, 282.

Cass., sent. 12 gennaio 2000, n.266, in *Fam. e dir.*, 2000, 593.

Cass., sent. 14 agosto 1998, n.8046, in *Fam. dir.*, 1999, 132.

Cass., sent. 23 ottobre 1986, n.6220, in *Foro it.*, 1987, 3278.

Cass., sent. 6 novembre 1984, n.5603, in *Foro it.*, 1984, 2056.

Cass., sent. 7 ottobre 1980, n.5374, in *Giust. civ.*, 1981, 311.

Cass., sent. 30 luglio 1953, n.2593, in *Foro it.*, 1953, 1240.

Cass., sent. 5 marzo 1953, n.524, in *Foro it.*, *Rep.* 1953, voce *Cassazione*, n.24.

App. Venezia, decr. 17 settembre 2007, in www.affidamentocondiviso.it.

App. Firenze, decr. 29 agosto 2007, in *Fam., pers., succ.*, 2008, 370.

App. Catania, decr. 8 febbraio 2007, in *www.affidamentocondiviso.it*.

Pret. Palermo, 16 aprile 1987, in *Dir. fam.*, 1988, 1057.

Pret. Milano, 8 agosto 1986, in *Dir. fam.*, 1986, 1172.

Pret. Parma, 3 aprile 1984, in *Dir. fam.*, 1984, 671.

Trib. Macerata, decr. 26 novembre 2008, in *Foro it.*, 2009, 837.

Trib. min. Ancona, 3 ottobre 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 265.

Trib. Napoli, decr. 30 aprile 2008, con nota di Facci, in *Fam. e dir.*, 2008, 1023.

Trib. Pisa, ord. 19 dicembre 2007, con nota di Casaburi, in *Foro it.*, 2008, 1689.

Trib. Bologna, decr. 19 giugno 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 1159.

Trib. Catania, ord. 29 settembre 2006, in *Fam., pers., succ.*, 2007, 372.

Trib. Termini Imerese, ord. 12 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, 3250.

Trib. Modena, ord. 7 aprile 2006, con nota di Bulgarelli, in *Dir. e giust.*, 14 aprile 2006.

Trib. Modena, ord. 29 gennaio 2006, in *Dir. e Giust.*, 2006, 25, 24.

Trib. Roma, sent. 13 giugno 2000, in *Dir. fam.*, 2001, 209.