

Commentario del Codice Civile e codici collegati
Scialoja-Branca-Galgano

a cura di Giorgio De Nova

Libro primo: Persone e famiglia
art. 337 bis-337 octies e art. 709 ter cod. proc. civ.

a cura di

Salvatore Patti
Liliana Rossi Carleo

Esercizio della responsabilità genitoriale

con i contributi di

Gianni Ballarani
Elena D'Alessandro
Claudia Irti
Adriana Neri
Salvatore Patti
Marina Romano
Liliana Rossi Carleo

ZANICHELLI EDITORE



INDICE SOMMARIO DEL VOLUME

Indice per articoli	pag. VII
Indice bibliografico.....	» XIII
CAPO II. — ESERCIZIO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE A SEGUITO DI SEPARAZIONE, SCIoglIMENTO, CES- SAZIONE DEGLI EFFETTI CIVILI, ANNULLAMENTO, NULLITÀ DEL MATRIMONIO OVVERO ALL'ESITO DI PROCEDIMENTI RELATIVI AI FIGLI NATI FUORI DEL MATRIMONIO.....	
»	I
LILIANA ROSSI CARLEO	
Art. 337-bis.....	» I
GIANNI BALLARANI	
Art. 337-ter.....	» 13
CAPITOLO I. — L'AFFIDAMENTO CONDIVISO E L'INTERESSE DEL MINORE.....	» 14
CAPITOLO II. — LE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO E LA RESPONSA- BILITÀ GENITORIALE.....	» 49
CAPITOLO III. — GLI ACCORDI TRA I GENITORI E LE DETERMINA- ZIONI GIUDIZIALI.....	» 94
ADRIANA NERI	
CAPITOLO IV. — I PROVVEDIMENTI RELATIVI ALLA PROLE. PROFILI PROCESSUALI.....	» 129
CLAUDIA IRTI	
Art. 337-quater.....	» 159
CAPITOLO I. — L'AFFIDAMENTO ESCLUSIVO.....	» 159

INDICE SOMMARIO DEL VOLUME

SALVATORE PATTI		
CAPITOLO II. — LA DOMANDA DI AFFIDAMENTO ESCLUSIVO INFONDATA.....	»	193
ELENA D'ALESSANDRO		
Art. 337- <i>quinquies</i>	»	203
CLAUDIA IRTI		
Art. 337- <i>sexies</i>	»	210
CAPITOLO I. — IL PROVVEDIMENTO DI ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE. OBBLIGHI GRAVANTI SUI GENITORI IN IPOTESI DI CAMBIAMENTO DI RESIDENZA E DOMICILIO.....	»	210
MARINA ROMANO		
Art. 337- <i>septies</i>	»	292
CAPITOLO I. — IL DIRITTO AL MANTENIMENTO DEI FIGLI MAGGIORENNI NON AUTOSUFFICIENTI ECONOMICAMENTE: PROFILI SOSTANZIALI.....	»	292
ELENA D'ALESSANDRO		
CAPITOLO II. — IL DIRITTO AL MANTENIMENTO DEI FIGLI MAGGIORENNI NON AUTOSUFFICIENTI ECONOMICAMENTE: PROFILI SOSTANZIALI.....	»	309
MARINA ROMANO		
Art. 337- <i>octies</i>	»	327
CAPITOLO I. — IL DIRITTO ALL'ASCOLTO DEL FIGLIO MINORE.....	»	327
CAPITOLO II. — IL DELUDENTE UTILIZZO DELLA MEDIAZIONE FAMILIARE NELLA SOLUZIONE DEI CONFLITTI TRA I GENITORI.....	»	339
ADRIANA NERI		
Art. 709- <i>ter</i> cod. proc. civ.....	»	347
Indice analitico delle materie.....	»	379

Art. 709-ter cod. proc. civ. (Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni). — *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'art. 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.*

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

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

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

SOMMARIO: 1. Profili generali e ambito applicativo della norma — 2. La competenza — 3. Il procedimento — 4. Tipologia di provvedimenti adottabili *ex art. 709-ter* cod. proc. civ. — 5. L'impugnabilità dei provvedimenti

1. *Profili generali e ambito applicativo della norma.* — Con l'art. 2 della legge 8 febbraio 2006 n. 54, recante disposizioni in materia di separazione dei genitori e di affidamento condiviso dei figli, è stato introdotto nel codice di procedura civile l'art. 709-ter, che disciplina la **risoluzione delle controversie tra i genitori** in ordine all'esercizio

della responsabilità genitoriale o alle modalità dell'affidamento medesimo (1).

Benché l'art. 709-ter sia collocato nel capo del codice di rito in cui è specificamente regolato il procedimento di separazione personale dei coniugi, per chiaro disposto dell'art. 4, 2° comma, legge 54/2006, esso si applica anche in pendenza dei procedimenti di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati (2).

Il procedimento per la risoluzione delle controversie di cui all'art. 709-ter cod. proc. civ. tende, in particolare, all'adozione delle misure idonee per assicurare la corretta attuazione dei provvedimenti che regolano la **responsabilità genitoriale** e le **modalità dell'affido condiviso della prole**, a fronte della disgregazione del nucleo familiare (3).

(1) L'innovazione normativa ha destato immediato interesse tra gli interpreti, i quali hanno peraltro rimarcato come la formulazione — in alcuni punti criptica — dell'art. 709-ter cod. proc. civ. sollevi dubbi sul terreno applicativo. In proposito, si leggano, ad esempio, le considerazioni problematiche di LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso* (*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1092); SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio* (*Fam. e dir.*, 2006, 372 e segg.); SATTÀ e PUNZI, *Diritto processuale civile*, pag. 214; TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter cod. proc. civ.* (*Fam. e dir.*, 2010, 1057). In giurisprudenza, cfr. Trib. Termini Imerese, ord., 12 luglio 2006 (*Foro it.*, 2006, I, 3243 e segg.), con nota di CEA, *Ancora sul controllo delle misure nell'interesse dei coniugi e della prole: nuovi provvedimenti, vecchi andazzi*.

(2) DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, pag. 631; MANTOVANI, sub art. 4, 2° comma, in MANTOVANI (a cura di), *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli (legge 8 febbraio 2006 n. 54). Commentario (Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 249 e segg.); CEA, *L'affidamento condiviso. I profili processuali* (*Foro it.*, 2006, V, 100 e segg.). Con specifico riferimento alle controversie relative alla responsabilità genitoriale o alle modalità dell'affido nei confronti di figli di genitori non coniugati, visti i presupposti applicativi e la *ratio* della norma, è controverso se il procedimento *ex* art. 709-ter cod. proc. civ. presupponga che sia venuta meno la convivenza *more uxorio*: in tal senso PARINI, *Responsabilità civile e doveri genitoriali*, in FERRANDO, FORTINO, RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e Matrimonio*, I, 2ª ed., pag. 1845. In senso non conforme, CASABURI, nota a Trib. Napoli, decr., 7 febbraio 2007 (*Foro it.*, 2007, I, 1611).

(3) BALENA, in BALENA e BOVE *Le riforme più recenti del processo civile*, pag. 420 e segg.; LUPOI, in *Enc. dir.*, voce *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, *Annali*, I, pag. 1092; ROSSINI, sub art. 709-ter cod. proc. civ., in BRIGUGLIO e CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, I, pag. 396; DONZELLI, *I provvedimenti nell'interes-*

Nonostante la chiara proiezione esecutiva — in ultima analisi — delle pronunce emesse in tale ambito, giova introduttivamente precisare che l'art. 709-ter cod. proc. civ. prevede un procedimento speciale di natura cognitiva, rivolto al superamento di conflitti tra genitori nell'osservanza dei provvedimenti vigenti, mediante la rimozione di dubbi interpretativi e l'adozione di disposizioni o rimedi, di varia incisività e natura, rivolti anche a fronteggiare, all'occorrenza, gli eventuali inadempimenti di uno dei genitori (4).

Malgrado il chiaro riferimento contenuto nella norma alle «controversie» sorte tra i genitori si ritiene che l'esistenza di contrasti endofamiliari non valga di per sé a connotare **la giurisdizione** come necessariamente contenziosa, atteso che in ogni caso non si tratterebbe di accertare l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva controversa tra le parti, bensì di adottare provvedimenti nell'interesse del minore, sebbene l'attività di **volontaria giurisdizione** si cumulerebbe pur sempre a quella **contenziosa** allorquando il giudizio non sia finalizzato a risolvere le controversie relative alla responsabilità genitoriale o alle modalità di affidamento, bensì all'adozione di una delle misure contemplate dal 2° comma dell'art. 709-ter nel caso in cui sussistano inadempienze dei genitori tali da arrecare pregiudizio al minore o da ostacolare il corretto svolgimento delle modalità di affidamento (5).

se dei figli minori, pag. 2 e segg. Quanto all'orientamento secondo cui il procedimento *de quo* presuppone che sia stato già adottato un provvedimento che regoli l'affidamento o l'esercizio della responsabilità genitoriale: Trib. Termini Imerese, ord., 12 luglio 2006 (*Foro it.*, 2006, I, 3243 e segg.). Per TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter cod. proc. civ.* (*Fam. e dir.*, 2010, 1060 e segg.), la funzione del procedimento consisterebbe nella soluzione giudiziale delle controversie sull'esercizio della responsabilità genitoriale e sulle modalità dell'affidamento, a prescindere dalla causa che abbia prodotto il contrasto.

(4) Secondo DANOVÌ, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento* (art. 709-ter cod. proc. civ.) (*Riv. dir. proc.*, 2008, 606) l'introduzione dell'art. 709-ter nel codice di rito civile è stata ispirata dalla scarsa efficacia delle forme tradizionali di esecuzione forzata in ordine ai provvedimenti giudiziali in materia di esercizio della responsabilità dei genitori o di affidamento dei figli minori. Ad avviso di VULLO, sub art. 709-ter, in CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, IV, pag. 677, tale opzione di politica processuale sarebbe da accogliersi con favore, malgrado essa sia stata trasferita in una norma di ardua comprensione.

(5) D'ALESSANDRO, *Il procedimento di risoluzione delle controversie riguardanti l'affidamento dei figli ovvero l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi*, nella precedente

Per struttura e contenuti, l'art. 709-ter cod. proc. civ. è una norma schiettamente processuale: essa elargisce anzitutto, nel primo comma, disposizioni in tema di competenza; somministra poi, nel comma seguente, minime disposizioni sul procedimento, individuando — in maniera invece piuttosto dettagliata — i provvedimenti da adottarsi all'esito; indica infine sinteticamente il regime di impugnazione di tali provvedimenti (3° ed ultimo comma).

Il procedimento ivi regolato ha normalmente **natura incidentale**, come si desume sia dalla menzionata posizione della norma nel contesto della disciplina del processo di separazione personale dei coniugi, in pendenza del quale esso è introdotto, sia soprattutto dalla prima delle due disposizioni che l'art. 709-ter, 1° comma, cod. proc. civ. reca in tema di competenza, secondo cui, per la soluzione delle controversie in esame, «è competente il giudice del procedimento in corso» (6).

Con un'ulteriore previsione in punto di competenza, peraltro, l'art. 709-ter cod. proc. civ. individua — in modo apparentemente singolare — il giudice a cui rivolgersi per l'instaurazione dei distinti procedimenti *ex art.* 710 cod. proc. civ., rivolti ad ottenere la modificazione dei provvedimenti conseguenti alla separazione, riguardanti i coniugi e la prole. **La domanda** per conseguire i provvedimenti di cui all'art. 710 cod. proc. civ., la quale non si innesta incidentalmente in un processo pendente, ma presuppone al contrario l'esaurimento del previo

edizione di questo *Commentario*, PATTI e ROSSI CARLEO, *Provvedimenti riguardo ai figli*, sub art. 709-ter, pag. 178 e seg.; CARRATA, sub art. 709-ter cod. proc. civ., in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, II, pag. 1569.

(6) In specie, la soluzione delle controversie *ex art.* 709-ter cod. proc. civ. può innestarsi incidentalmente in giudizi già pendenti di separazione: LUPOI, in *Enc. dir.*, voce *Procedimento di separazione e divorzio*, *Annali*, I, pag. 979; di divorzio o di nullità del matrimonio, ovvero relativi ai figli di genitori non coniugati: G. FINOCCHIARO, sub art. 709-ter, in COMOGLIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 3012; ARCERI, *L'affidamento condiviso*, pag. 280; di modifica delle condizioni di separazione *ex art.* 710 cod. proc. civ. nonché, per analogia o estensivamente, di revisione delle condizioni di divorzio, *ex art.* 9 della legge sul divorzio: LUPOI, cit., pag. 979; Trib. Busto Arsizio, 26 gennaio 2010 (*Defure*); Trib. Milano, 9 gennaio 2018 (*Dir. & Giust.*, 19 gennaio 2018) secondo cui in pendenza del giudizio di divorzio, ove sia necessario risolvere un conflitto rilevante tra genitori, in applicazione dell'art. 709-ter cod. proc. è competente il giudice del processo in corso.

giudizio di separazione, è da proporsi dinanzi al «tribunale del luogo di residenza del minore» (art. 709-ter, 1° comma, seconda parte).

Occorre inoltre rilevare che quest'ultimo criterio di competenza, il quale conduce al **foro di residenza del minore**, sembra poter trovare estensivamente applicazione anche per la risoluzione dei conflitti di cui all'art. 709-ter cod. proc. civ., negli specifici casi in cui una delle controversie in ordine alla responsabilità genitoriale o ai modi dell'affidamento della prole insorga quando il processo di separazione dei coniugi (o il diverso giudizio ad esso equiparabile, ai presenti fini) sia già definito e non penda più.

È infatti opinione condivisa che il procedimento per la soluzione delle controversie di cui all'art. 709-ter cod. proc. civ. possa essere altresì promosso **in via principale**, dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di separazione o di divorzio, atteso che l'esigenza di ottenere i relativi provvedimenti può presentarsi anche in seguito, senza che — per poter agire in tal modo — la parte debba cumulativamente domandare al giudice competente anche la modifica delle condizioni preesistenti, in ossequio all'art. 710 cod. proc. civ. (7).

Resta tuttavia discusso se, in siffatte ipotesi, la **disciplina applicabile** allo svolgimento del procedimento si rinvenga nell'art. 709-ter cod. proc. civ., norma che direttamente prevede le controversie in esame, ovvero nell'art. 710 cod. proc. civ., disposizione che invece regola la vicenda processuale quando essa sia incardinata autonomamente, sebbene, per quanto ivi stabilito, allo scopo di ottenere provvedimenti con finalità e contenuti differenti. La dottrina appare prevalentemente orientata nel secondo senso, stante anche il richiamo che lo stesso art. 709-ter opera, sia pure primariamente a fini di competenza, ai «procedimenti di cui all'art. 710» (8).

(7) LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso* (Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, 1094). In giurisprudenza cfr. Trib. Vicenza, 15 aprile 2010 (*Fam. e dir.*, 2010, 705) con nota di TOMMASEO e App. Venezia, 21 gennaio 2015 (*Dir. fam. pers.*, 2016, 796) con nota di PARISI.

(8) Nel senso che l'introduzione dell'art. 709-ter cod. proc. civ. abbia provocato l'estensione dell'ambito applicativo del procedimento di cui all'art. 710 cod. proc. civ. (ed all'art. 9 della legge sul divorzio), poiché esso, una volta passata in giudicato la sentenza di separazione o di divorzio ovvero, una volta omologato il verbale di separazione consensuale) potrebbe essere ormai intrapreso anche per risolvere le

Non può invece revocarsi in dubbio che i provvedimenti da emanare a conclusione del procedimento di risoluzione delle controversie circa la responsabilità genitoriale e l'affidamento condiviso siano sempre quelli previsti dall'art. 709-ter, trattandosi di misure specificamente calibrate su tali vicende conflittuali, a prescindere dall'eventualità della proposizione in via principale e non incidentale della sottesa domanda giudiziale e della possibile applicazione del modello procedimentale di cui all'art. 710 cod. proc. civ.

Per altro verso, la proposizione del ricorso per risolvere le controversie di cui all'art. 709 cod. proc. civ. presuppone l'esistenza di **provvedimenti giudiziali sull'esercizio della responsabilità dei genitori o sull'affidamento dei figli**, sui quali verte il contrasto tra le parti (9). Specificamente, si tratta di provvedimenti in vigore nei confronti dei figli minori, mentre la norma non trova applicazione verso la prole maggiorenne (tranne il caso dei figli maggiorenni portatori di *handicap*) o emancipata (10).

Dal momento che ordinariamente i procedimenti *ex art. 709-ter* cod. proc. civ. hanno natura incidentale, come si è visto poc'anzi, potrebbe peraltro succedere che i provvedimenti da cui scaturisce il contrasto tra i genitori siano stati emessi nello stesso corso del giudizio in cui tali controversie si inseriscono: si pensi ai provvedimenti presidenziali, emessi a norma dell'art. 708 cod. proc. civ.

controversie sull'esercizio della responsabilità genitoriale e le modalità di affidamento *ex art. 709-ter* cod. proc. civ., LUPOLI, sub *art. 709-ter*, in CARPI e TARUFFO (a cura di), *Commentario breve*, pag. 2842.

(9) Deve però segnalarsi che, episodicamente, la giurisprudenza di merito ha ritenuto applicabile l'art. 709-ter cod. proc. civ. anche quando sia pendente un procedimento suscettibile di condurre all'emanazione di un provvedimento sulla responsabilità genitoriale o sull'affidamento della prole, per quanto non ancora emesso: in tema, v. Trib. Ancona, 3 ottobre 2018; Trib. Macerata, decr., 26 novembre 2008 (*Foro it.*, 2009, I, 837 e segg.). In tal caso, tuttavia, attendendosi ancora la pronuncia del provvedimento da attuarsi, appare arduo discernere i limiti oggettivi della controversia tra i genitori *ex art. 709-ter* cod. proc. civ. da quelli del procedimento in cui la misura controversa deve essere resa.

(10) Tra tutti si segnala G. FINOCCHIARO, sub *art. 709-ter*, in COMOGLIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 3012; DORONZO, *La riforma del processo di separazione*, in CIPRIANI e MONTELEONE (a cura di), *La riforma del processo civile*, pag. 619. In giurisprudenza cfr. Trib. Macerata, decr., 26 novembre 2008 (*Foro it.*, 2009, I, 837 e segg.).

Se poi, a causa degli sviluppi del processo di separazione, ovvero di scioglimento, cessazione degli effetti civili o nullità del matrimonio, viene meno il provvedimento presupposto, ad esempio perché revocato o assorbito in pronunce successive, il procedimento *ex art.* 709 cod. proc. civ. deve concludersi per cessazione della materia del contendere (11).

Il procedimento in esame è fisiologicamente concepito per l'adozione di **provvedimenti inerenti alla sfera personale** dei rapporti tra i genitori e i figli. Si ritiene comunemente infatti che l'ambito elettivo di applicazione della norma riguardi in prevalenza controversie scaturenti dalla condotta ostruzionistica di un genitore volta ad impedire il normale svolgimento dei rapporti tra il figlio e l'altro genitore (12), o comunque da comportamenti scarsamente collaborativi in ordine al rispetto del diritto di visita spettante al genitore non convivente (13), o ancora controversie derivanti dal mancato accordo dei genitori in ordine alle scelte concernenti l'educazione (14) o la cura della prole (15).

(11) Cass., 26 febbraio 2018, n. 4516: nell'occasione, la Suprema Corte si è pronunciata in tal senso, in relazione al procedimento instaurato *ex art.* 709-ter cod. proc. civ. per risolvere una controversia tra genitori, insorta in merito alle modalità di affidamento dei figli minori stabilite nell'ambito del giudizio di separazione personale dei coniugi, ritenendo che la materia del contendere fosse cessata una volta sopravvenuta la sentenza di divorzio recante nuove disposizioni sull'affidamento dei figli.

(12) Trib. min. Trieste, 23 agosto 2013 (*Nuova giur. comm.*, 2012, 41) con nota di LONG, *Restare padre dietro le sbarre: il diritto del figlio e del padre detenuto alla reciproca frequentazione*, Trib. Firenze, 10 novembre 2011 (*Foro it.*, 2012, I, 1941); Trib. Firenze, 11 febbraio 2008 (*Fam. e dir.*, 2009, 1676) con nota di PASCUCCI, *Confittualità coniugale, affidamento e potestà: come garantire il principio di bigenitorialità?*, App. Firenze, 29 agosto 2007 (*Danno e resp.*, 2008, 799) con nota di FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 709-ter cod. proc. civ.*

(13) Trib. Salerno, 22 dicembre 2009 (*Fam e dir.*, 2010, 924) con nota di VULLO, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709-ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 814 bis.*

(14) Trib. Napoli, decr., 27 febbraio 2007 (*Foro it.*, 2007, I, 1610); Trib. Bologna, 8-13 giugno 2007 (*Fam. pers. e succ.*, 2007, 1044) concernente una fattispecie in cui era insorto un contrasto tra i genitori sulla opportunità o meno di iscrivere il figlio ad un corso di catechismo.

(15) Trib. Ravenna, 16 aprile 2009 (*Fam. pers. succ.*, 2009, 856).

Ci si interroga, peraltro, sull'idoneità di tale mezzo processuale a regolare pure gli **aspetti controversi di indole patrimoniale**.

La dottrina è in buona parte orientata per la soluzione negativa (16) rilevando, sul piano sistematico, la sussistenza di adeguati meccanismi processuali, rimediali e sanzionatori, per ovviare alla trasgressione delle obbligazioni patrimoniali gravanti sui genitori, sia mediante l'esecuzione forzata, sia attraverso l'infrazione di sanzioni penali; e reputando di conseguenza che, sul punto, non si renda necessaria alcuna forzatura del perimetro applicativo della norma, per conseguire la corretta attuazione dei provvedimenti in materia (17). In giurisprudenza di merito si registrano tuttavia aperture per l'opposta ed estensiva tesi (18).

Nella medesima prospettiva sistematica, si rileva come l'introduzione nell'ordinamento dell'art. 709-ter cod. proc. civ. abbia imposto agli interpreti una nuova ponderazione della portata applicativa di altre **disposizioni normative concorrenti**, apparse suscettibili, almeno potenzialmente e per alcuni aspetti, di sovrapporsi all'istituto in esame.

Ne è risultato senz'altro ridotto, ad esempio, l'ambito di **competenza** del tribunale dei minori, alla stregua dell'art. 316 cod. civ., per la risoluzione dei contrasti su questioni di particolare importanza

(16) Tra gli altri, v. DANOVÌ, in BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, III, pag. 3191; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso* (*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 979); VULLO, sub art. 709-ter, in CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, IV, pag. 676 e seg. Non mancano tuttavia voci contrarie: cfr. ad esempio TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter cod. proc. civ.* (*Fam. e dir.*, 2010, 1064); G. FINOCCHIARO e POLI, in *Digesto/civ.*, voce *Esecuzione dei provvedimenti di affidamento dei minori*, agg., I, pag. 532.

(17) LUPOI, in *Enc. dir.*, voce *Procedimento di separazione e divorzio*, *Annali*, I, pag. 979; DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, pag. 638 e segg.

(18) Cfr. Trib. Modena, decr., 20 gennaio 2012 (*Giur. merito*, 2012, 600); Trib. Roma, 29 luglio 2010 (*Il civilista*, 2011, 4, 54) con nota di FANCO; Trib. Bologna, decr., 16 giugno 2007 (*Fam. pers. succ.*, 2009, 280) in cui si aderisce all'idea all'applicazione dell'art. 709-ter cod. proc. civ. in ordine all'obbligo di corrispondere le spese straordinarie, tema su cui si sofferma dubitativamente anche Trib. Reggio Emilia, decr., 10 maggio 2007 (*Fam. pers. succ.*, 2007, 843 e segg.). In senso contrario a tale interpretazione estensiva, si vedano però App. Caltanissetta, 3 maggio 2012 (*Guida dir.*, 2012, 25, 7) con nota di PORRACCIOLLO; App. Bologna, decr., 5 ottobre 2007 (*Fam. pers. succ.*, 2009, 275).

concernenti la responsabilità genitoriale, assorbito ormai dalla competenza del giudice *ex art. 709-ter* cod. proc. civ., salvo il caso che la controversia investa genitori coniugati e ancora conviventi, che non intendono separarsi né chiedere l'affidamento (19).

Così pure appare drasticamente limitato il potere del **giudice tutelare**, riconosciuto in materia dall'art. 337 cod. civ., di vigilare sull'osservanza delle condizioni precedentemente stabilite dal tribunale per l'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità di affidamento, giacché ormai tale attribuzione appare circoscritta ad un compito di mera sorveglianza intorno al rispetto delle predette condizioni, non assistito però da alcun potere di risolvere eventuali contrasti tra i genitori, prevalendo senz'altro — per la soluzione delle controversie in atto — l'applicazione del nuovo disposto dell'art. 709-ter cod. proc. civ. (20).

2. *La competenza.* — Come si è accennato nel precedente paragrafo, l'art. 709-ter cod. proc. civ. reca una **duplice regola di competenza**. La prima è direttamente riferibile alle controversie disciplinate dalla norma, per l'ordinario caso in cui il ricorso introduttivo sia presentato incidentalmente, nel corso di un giudizio di separazione tra coniugi (o di un procedimento di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, ovvero relativo ai figli di genitori non coniugati), e determina il radicamento della competenza davanti al «giudice del procedimento in corso». La seconda è invece dettata «per i procedimenti di cui all'art. 710» cod. proc. civ., ma — come detto — vale anche per l'adozione dei provvedimenti *ex art. 709-ter*

(19) BUCCI, in BUCCI e SOLDI *Le nuove riforme del processo civile*, pag. 103.

(20) BUCCI, cit. alla nota prec., pag. 103; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso* (*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1092). Per TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali* (*Fam. e dir.*, 2006, 388), secondo il quale la nuova disciplina introdotta dall'art. 709-ter non esclude affatto le competenze che la legge attribuisce al giudice tutelare, quanto al potere di vigilare *ex art. 337* cod. civ. In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 22 giugno 2015 (*ilcaso.it*), secondo il quale il giudice tutelare, nell'ambito di quanto previsto dall'art. 337 cod. civ. può validamente esercitare una «vigilanza attiva», idonea cioè ad adottare tutti i provvedimenti che, senza modificare il regime stabilito in sede di cognizione, valgono a consentirne l'applicazione.

cod. proc. civ. in via principale, allorché il giudizio di separazione sia definitivamente concluso, ed attribuisce la competenza al «tribunale del luogo di residenza del minore».

Non sembra casuale che la competenza sia assegnata, nella prima ipotesi, genericamente al «giudice» del procedimento in corso e, nella seconda, specificamente al «tribunale» del luogo di residenza del minore. In quest'ultimo caso, infatti, dovendosi introdurre un procedimento *ex novo*, la domanda si propone ad un **giudice di prima istanza**, il quale non può che essere (*ratione materiae* e indipendentemente da ogni profilo di competenza territoriale) il tribunale. Nel primo caso, invece, poiché il processo potrebbe risultare pendente anche in gradi di impugnazione, la competenza per il procedimento in corso potrebbe investire anche un diverso giudice di merito, in specie la **corte d'appello**, alla quale pertanto potrebbe correttamente domandarsi l'emanazione in via incidentale delle misure di cui all'art. 709-ter, 2° comma, cod. proc. civ. (21).

Laddove il processo «portante» di separazione tra i coniugi (o il diverso procedimento equipollente) si trovi in **Cassazione**, peraltro, nessuno dubita dell'impossibilità che la Suprema Corte adotti i provvedimenti di cui alla norma in esame, del tutto esorbitanti dai confini del giudizio di legittimità. Ricorrendo tale ipotesi, allora, mentre appare troppo rigorosa (se non altro per *deficit* — sia pure temporaneo — di tutela che ne conseguirebbe) l'idea che l'istanza *ex art. 709-ter* cod. proc. civ. sia del tutto improponibile (22), potrebbe semmai al-

(21) Non appare dunque del tutto calzante la notazione di chi rileva che il legislatore, introducendo nell'ordinamento l'art. 709-ter cod. proc. civ., abbia ignorato del tutto l'eventualità che il giudice del procedimento in corso sia quello dell'impugnazione: LUPOI, cit. alla nota prec., pag. 1094 e segg.; VULLO, sub art. 709-ter, in CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, IV, pag. 683. Sull'applicabilità dell'art. 709-ter in fase di appello la giurisprudenza di merito appare compatta: ad esempio App. Catanzosetta, decr., 8 febbraio 2007 (*Fam. e min.*, 2007, 71). Per TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter cod. proc. civ.* (*Fam. e dir.*, 2010, 1061 e nota 18), il giudice dell'impugnazione è competente anche quando l'affidamento è regolato da una sentenza definitiva non ancora passata in giudicato.

(22) D'ALESSANDRO, *Il procedimento di risoluzione delle controversie riguardanti l'affidamento dei figli ovvero l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi*, nella precedente edizione di questo *Commentario*, PATTI e ROSSI CARLEO, *Provvedimenti riguardo ai figli*, sub art. 709-ter, pag. 187.

ternativamente ritenersi che essa vada comunque rivolta alla corte di appello, quale «ultimo» giudice di merito prima della proposizione del ricorso per cassazione (23), ovvero che esso debba depositarsi, in via autonoma, davanti al tribunale del luogo di residenza del minore, in forza dell'estensione alla fattispecie in esame del criterio di competenza sancito dallo stesso art. 709-ter per i procedimenti di cui all'art. 710 cod. proc. civ.

All'esito del giudizio di cassazione, peraltro, la competenza a provvedere apparterebbe al **giudice di rinvio**, dinanzi al quale il processo fosse eventualmente riassunto *ex art. 392 cod. proc. civ.*, in quanto giudice (di merito) del procedimento in corso.

In linea generale, ad ogni buon conto, appare chiaro che l'individuazione del giudice competente risente dell'eventuale pendenza del giudizio di separazione o di divorzio, ovvero di nullità del matrimonio o comunque della controversia relativa a figli di genitori non coniugati, ricorrendo la quale la competenza spetta certamente al giudice dinanzi a cui tale processo sia incardinato (24), senza che siano previsti autonomi e prevalenti criteri di competenza in senso orizzontale o verticale (diversamente da quanto accade per i procedimenti da instaurarsi a norma dell'art. 710 cod. proc. civ.). Sotto tale aspetto, l'art. 709-ter, 1° comma, cod. proc. civ. si pone in linea di coerenza con la formulazione dell'art. 38 disp. att. cod. civ., come modificato dall'art. 3, legge 219/2012, che per i procedimenti minorili esclude in via generale la competenza del **tribunale dei minorenni**, in favore del tribunale ordinario, ogni volta che sia pendente tra gli stessi genitori un processo di separazione e divorzio o un procedimento *ex art. 316 cod. civ.* (25).

(23) LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso* (*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1095); TOMMASEO, cit. alla penultima nota, pag. 1061.

(24) LUPOI, cit. alla nota prec., pag. 1094; DONZELLI, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori*, pag. 201 e segg.

(25) In argomento sia consentito rinviare a NERI, *Profili processuali delle nuove disposizioni in materia di filiazione e famiglia*, in PUNZI, *Il processo civile*, pag. 367 e segg. La Cassazione ha peraltro fornito un'interpretazione ulteriormente estensiva dell'art. 38 disp. att. cod. civ., affermando la competenza del giudice del conflitto familiare (quindi del tribunale ordinario, in primo grado) anche per le azioni dirette ad ottenere provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità

Quando la domanda *ex art. 709-ter* cod. proc. civ. sia da proporsi in via principale ed il procedimento da introdursi concerne la **prole minorenni di genitori non coniugati** (come previsto dall'art. 4, 2° comma, legge 54/2006), il giudice territorialmente competente è quello del luogo in cui il minore convive con il genitore collocatario (26).

Se si condivide l'assunto che tale criterio di competenza per territorio sia esclusivo (27), **la proposizione della domanda *ex art. 709-ter* in via cumulativa** rispetto ad altre istanze di carattere patrimoniale o, comunque, di oggetto diverso andrebbe comunque proposta dinanzi al foro di residenza del minore, con prevalenza rispetto alle regole di competenza preordinate all'adozione dei provvedimenti concorrenti (28).

Non è stabilito, invece, dal disposto normativo in esame, se le misure in parola debbano essere emesse dal **giudice istruttore** oppure dal **collegio**. Plurimi sono i criteri orientativi individuati dagli interpreti per la risoluzione di tale questione.

genitoriale, sebbene normalmente i procedimenti di cui all'art. 330 cod. civ. siano di competenza del tribunale dei minorenni, laddove sia pendente un giudizio di separazione, di divorzio o un procedimento *ex art. 316* cod. civ.: Cass., 26 gennaio 2015, n. 1349 (*Foro it.*, 2015, I, 1240) con note di POLISENO e CEA; Cass., 14 gennaio 2016, n. 432 (*id.*, 2016, I, 860).

(26) TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter cod. proc. civ.* (*Fam. e dir.*, 2010, 1059). La giurisprudenza di merito ha chiarito che in caso di avvenuto trasferimento della residenza del minore, ai fini della determinazione della competenza, occorre valutare la sussistenza del consenso al trasferimento dell'altro genitore: cfr. Trib. Rimini, decr., 25 gennaio 2010 (*Fam. pers. succ.*, 2010, 311) con osservazioni di COSTANZO, secondo cui il ricorso deve comunque essere presentato entro un certo limite temporale.

(27) LUPOI, in *Enc. dir.*, voce *Procedimento di separazione e divorzio*, *Annali*, I, pag. 980; DANOVÌ, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter cod. proc. civ.)* (*Riv. dir. proc.*, 2008, 606).

(28) Secondo SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, pag. 153, il cumulo delle domande di natura economica e sull'affidamento della prole può avere luogo se la residenza del minore coincide con quella del coniuge obbligato ad una prestazione economica ovvero, in applicazione dell'art. 20 cod. proc. civ. se il luogo di residenza coincide con quello in cui è sorta l'obbligazione di natura economica e quindi il luogo ove è stata pronunciata o omologata la separazione ovvero dove l'obbligazione economica deve essere adempiuta.

Per un indirizzo che trova riscontro nella giurisprudenza di merito (29), i provvedimenti in esame sono normalmente da richiedersi al giudice istruttore. All'opposto, parte della dottrina assume che il ricorso *ex art. 709-ter cod. proc. civ.*, pur presentato in via incidentale, metta comunque capo ad un **procedimento *ad hoc*** riservato in via esclusiva al collegio dell'organo giudicante, coerentemente con l'applicazione del modello processuale camerale (30).

In via mediana, con una soluzione di minore immediatezza sul terreno operativo, taluni valorizzano di volta in volta il tipo e il contenuto di provvedimento in concreto da assumere, sul presupposto che (come si vedrà *infra*, § 4) il grado di intensità delle misure che il giudice potrebbe elargire varia a seconda delle esigenze concrete delle parti (31); e così, a fronte di un generale potere del giudice istruttore di rendere tutti i «*provvedimenti opportuni*», di modificare le statuizioni preesistenti e di disporre l'ammonizione di un genitore, ai sensi dell'art. 709-ter, 2° comma, n. 1, cod. proc. civ., sarebbe tuttavia riservata al collegio la pronuncia di tutte le misure risarcitorie o sanzionatorie previste ai nn. 2, 3 e 4 della medesima norma.

Con un approccio contrario a soluzioni aprioristiche, infine, vi è chi reputa inopportuno differenziare *ex ante*, sostenendo che i provvedimenti in esame possano essere domandati al giudice istruttore o al collegio, in relazione alla fase del processo in cui ci si trovi (32).

(29) In argomento cfr. G. FINOCCHIARO, sub *art. 709-ter*, in COMOGLIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 3014; DORONZO, *La riforma del processo di separazione*, in CIPRIANI e MONTELEONE (a cura di), *La riforma del processo civile*, pag. 620. In giurisprudenza invece si vedano Trib. Varese, ord., 7 maggio 2010 (*Fam. pers. succ.*, 2010, 472, con osservazioni di COSTANZO); Trib. Salerno, 22 dicembre 2009 (*Fam. e dir.* 2010, 924) con nota di VULLO.

(30) CARRATTA, sub *art. 709-ter cod. proc. civ.*, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, II, pag. 1559; OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia* (*Fam. e dir.*, 2008, 90).

(31) LUPOI, in *Enc. dir.*, voce *Procedimento di separazione e divorzio*, *Annali*, I, pag. 982; TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter cod. proc. civ.* (*Fam. e dir.*, 2010, 1066 e segg.). Per CEA, *L'affidamento condiviso. I profili processuali* (*Foro it.*, 2006 V, 101 e segg.), tutte le misure risarcitorie o sanzionatorie, compresa l'ammonizione, sono riservate al collegio.

(32) In dottrina DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, pag. 642; in giurisprudenza, Trib. Modena, ord., 29 gennaio 2007. In coerenza con tale linea di pensiero,

3. *Il procedimento.* — L'art. 709-ter cod. proc. civ., pur integrando la norma processuale che regola la risoluzione delle controversie ivi identificate, paradossalmente non offre una disciplina puntuale del procedimento da osservarsi.

Dal punto di vista dello svolgimento delle attività processuali, la norma prevede soltanto che l'atto introduttivo riveste la forma del ricorso; e che il giudice, «a seguito del ricorso», convoca le parti. All'esito, infine, lo stesso giudice adotta i «provvedimenti opportuni» e le specifiche misure eventualmente richieste, qualora si ravvisino gravi inadempienze, ovvero atti che pregiudichino il minore o che ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento.

Tuttavia, in via indiretta, dallo stesso impianto dell'art. 709-ter cod. proc. civ. ovvero mediante un'interpretazione sistematica della stessa norma, possono essere ragionevolmente enucleati diversi profili procedurali.

In punto di *legitimatio ad causam*, anzitutto, dal lato attivo essa pertiene ai genitori (salvo che, in alcuni casi, non si ritenga opportuna la nomina di un curatore speciale, *ex* art. 78 cod. proc. civ., a garanzia di interessi preminenti del minore: v. anche *infra*, § 4) (33), i quali sono anche i naturali legittimati passivi nel procedimento che li vede in contrasto (34). Sembra dunque da escludersi, in una prospettiva

si afferma altresì che la composizione del giudice è collegiale qualora le controversie di cui all'art. 709-ter siano promosse in via incidentale in un giudizio di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. In tal caso, ai sensi della norma in commento, la competenza è assegnata al tribunale della residenza del minore, il quale decide in composizione collegiale, trattandosi di procedimento in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 710 cod. proc. civ.: BALENA, in BALENA e BOVE *Le riforme più recenti del processo civile*, pag. 421; TOMMASEO, *cit.* alla nota prec., pag. 1062.

(33) Così, per la proposizione della domanda di risarcimento danni in favore della prole, LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso* (*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1100).

(34) Visto l'ambito applicativo della norma, peraltro, il procedimento in esame non potrebbe aver luogo tra genitori coniugati che convivono: CASABURI, *La nuova legge sull'affidamento condiviso (ovvero forse tanto rumore per nulla)* (*Corr. merito*, 2006, 572). Secondo G. FINOCCHIARO, *sub art. 709-ter*, in COMOGLIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 3012, peraltro, l'art. 709-ter cod. proc. civ. sarebbe applicabile anche tra genitori uniti in matrimonio e conviventi, nell'ipotesi di provvedimento di affidamento emanato nel corso del giudizio per la decadenza della responsabilità genitoriale.

rigorosa, la legittimazione attiva degli ascendenti, sia pure nel preminente interesse della prole, giacché le controversie in esame non rientrano — neppure stando ad un'interpretazione estensiva — nel perimetro applicativo dell'art. 317 *bis* cod. civ.

Può peraltro sostenersi che la **legittimazione a contraddire**, o quanto meno ad essere sentiti, possa essere riconosciuta anche ad altri soggetti, destinatari degli effetti dei provvedimenti da adottarsi. Ci si riferisce essenzialmente al minore, dovendosi tenere conto delle significative aperture interpretative che si registrano, evolutivamente, nel senso dell'attribuzione allo stesso della qualità di parte nei procedimenti concernenti la responsabilità genitoriale (35).

Non occorre invece estendere il **contraddittorio verso la pubblica amministrazione**, quale possibile beneficiaria della misura pecuniaria del versamento di una somma in favore della Cassa delle ammende, a norma dell'art. 709, 2° comma, n. 4, cod. proc. civ., qualunque opinione si assuma in ordine alla natura ed alla portata di tale provvedimento (in proposito v. *infra*, § 4).

Altro è poi il problema della partecipazione del **pubblico ministero**, per affrontare il quale non si può trascurare che, con riferimento ai procedimenti promossi ai sensi dell'art. 710 cod. proc. civ., rivolti alla modifica dei provvedimenti sulla prole conseguenti alla separazione, la Corte costituzionale ha ritenuto che l'intervento del p.m. sia obbligatorio (36). Sulla scorta di tale pronuncia della Consulta, sembra in particolare da condividersi l'avviso secondo il quale l'intervento del pubblico ministero si renda obbligatorio anche nel procedimento *ex art.* 709-ter cod. proc. civ., rivolto all'emanazione di provvedimenti non meno idonei ad incidere nella sfera giuridica della prole (37).

(35) In argomento v. per tutti POLISENO, *Profili di tutela del minore nel procedimento civile*, pag. 99 e segg.

(36) Corte cost., 9 novembre 1992, n. 416 (*Foro it.*, 1993, I, 10) con nota di CIPRIANI; BALENA, in BALENA e BOVE *Le riforme più recenti del processo civile*, pag. 421.

(37) VULLO, sub *art.* 709-ter, in CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, IV, pag. 684. Conclusione analoga si rinviene in BALENA, cit. alla nota prec., pag. 421; LUPOI, in *Enc. dir.*, voce *Procedimento di separazione e divorzio*, *Annali*, I, pag. 980. Dubbi invece sulla partecipazione del pubblico ministero solo in presenza di un pubblico interesse si rinvergono in G. FINOCCHIARO, sub *art.* 709-ter, in COMOGLIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 3016.

Il ricorso introduttivo può essere proposto anche congiuntamente da entrambi i coniugi, benché sia difficile ipotizzare che si verifichino le condizioni perché ciò accada. Il contenuto dell'atto, in mancanza di una specifica disciplina, è regolato dall'art. 125 cod. proc. civ.

In astratto, trattandosi dell'atto introduttivo del procedimento, il **relativo deposito**, da effettuarsi nella cancelleria del giudice competente, non dovrebbe eseguirsi obbligatoriamente con modalità telematiche, potendo altresì essere perfezionato alternativamente in formato cartaceo, alla stregua del regime generalmente discendente dall'art. 16-bis, d.l. 179/2012.

Occorre tuttavia rammentare che, in linea di principio, il procedimento in esame è destinato ad essere promosso in via incidentale, in pendenza del processo di separazione tra coniugi (o del diverso processo a questi fini assimilabile), essendo dunque sostenibile, in una prospettiva rigorosa, che il ricorso *ex art. 709-ter cod. proc. civ.* integri un atto da compiersi *lite pendente*, ad opera di una parte già costituita, benché funzionale all'instaurazione di un sub-procedimento *ad hoc*; e, enfaticandosi tale rilievo, il deposito del ricorso dovrebbe concretizzarsi ineludibilmente in **via telematica** (38).

Le parti devono farsi assistere da un **difensore** legalmente esercente e munito di procura, ai sensi degli art. 82 e segg. cod. proc. civ., in mancanza di valide ragioni per derogare al regime generale dello *ius postulandi* nel processo civile (39).

«A seguito» del deposito del ricorso, come stabilito dall'art. 709-ter, 2° comma, cod. proc. civ., **il giudice «convoca le parti» davanti a sé** (40). Tale formulazione della norma evoca indubbiamente una trattazione deformalizzata; e tuttavia l'instaurazione del contraddittorio tra le parti dovrebbe ricalcare le modalità tipiche dei procedimenti promossi mediante ricorso: il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti con decreto, da notificarsi insieme al ricorso, ad iniziativa dell'attore, personalmente al genitore convenuto, o al suo difensore,

(38) In argomento cfr. SOTGIU, *Il deposito telematico*, in RUFFINI (a cura di), *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, pag. 226 e segg.

(39) G. FINOCCHIARO, cit. alla penultima nota, pag. 3015; LUPOI, cit. alla penultima nota, pag. 981.

(40) LUPOI, in *Enc. dir.*, voce *Procedimento di separazione e divorzio*, *Annali*, I, pag. 980; DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, pag. 631.

quando l'istanza sia proposta nel corso del processo già pendente. Pur in assenza di scadenze processuali predeterminate e di barriere preclusive da osservarsi per lo svolgimento delle attività difensive, si nota che il giudice, nel fissare l'udienza di comparizione delle parti presso di sé, deve assegnare al resistente un congruo termine affinché egli possa predisporre le sue difese.

Tale schema sopporta peraltro alcune varianti, dovute alla natura generalmente incidentale del procedimento, soprattutto se (in linea con un certo avviso interpretativo) si ammetta la **proposizione del ricorso ex art. 709-ter cod. proc. civ. direttamente in udienza**, anche con formulazione orale, purché recepita a verbale (41); infatti, specie in tal caso (ma non soltanto), la convocazione delle parti ad una successiva udienza potrebbe essere disposta dal giudice con ordinanza, nel contraddittorio, senza che tale provvedimento debba essere notificato al soggetto resistente, potendosi considerare comunicato mediante la lettura alle stesse parti davanti alle quali sia emesso (42).

Il ricorso da dispiegarsi a procedimento in corso, in ogni caso, non incontra le **preclusioni** operanti nel giudizio pendente per la pro-

(41) Per G. FINOCCHIARO, *Procedimento ad hoc per le liti sulla potestà* (Guida dir., 2006, II, 57) se il procedimento è pendente la domanda potrebbe essere proposta direttamente in udienza e non sarebbe necessaria la notifica alla controparte. Secondo CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali e affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso* (Giur. merito, fascicolo speciale marzo 2006, 5) in tale ipotesi l'istanza potrebbe avere anche la forma orale ed essere riportata a verbale. VULLO, sub art. 709-ter, in CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, IV, pag. 685, evidenzia però come tale proposta interpretativa non sia suffragata da disposizioni normative specifiche e aggiunge che, data la delicatezza dell'oggetto di tali controversie, la forma debba essere sempre quella del ricorso depositato in cancelleria a mezzo del difensore, o al più, in udienza con concessione di un termine per la controparte per il deposito di una memoria difensiva.

(42) Sulla indispensabilità che il ricorso sia notificato alla controparte con riferimento alla sola proposizione dell'istanza fuori udienza: G. FINOCCHIARO, cit. alla nota prec., pag. 57. Secondo G. FINOCCHIARO e POLI, in *Digesto/civ.*, voce *Esecuzione dei provvedimenti di affidamento dei minori*, agg., I, pag. 544, la notifica andrebbe effettuata sempre personalmente al genitore convenuto, anche se costituito in giudizio mediante un difensore; DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, 2ª ed., pag. 227, invece ritiene che nel caso di istanza proposta nel processo se le parti sono costituite, il provvedimento di convocazione dovrebbe essere comunicato a queste ultime dalla cancelleria.

posizione di domande nuove, risultando dunque esperibile fino alla precisazione delle conclusioni (43), sia in primo grado che in appello.

L'oggetto della richiesta di tutela risiede nell'emanazione di uno, o più d'uno, dei provvedimenti indicati nel 2° comma dell'art. 709-ter cod. proc. civ. Il *petitum* mediato concretamente invocato dal ricorrente potrebbe condizionare, secondo alcuni arresti interpretativi, sia l'approfondimento dell'istruttoria occorrente, sia — più ampiamente — l'individuazione del rito applicabile.

Per il primo verso, pur nel silenzio della legge, non si dubita che il giudice, se necessario, possa autorizzare lo svolgimento di un'attività istruttoria per la soluzione delle controversie allo stesso sottoposte e per l'adozione dei provvedimenti domandati (44): mentre tuttavia per alcuni studiosi (45) l'istruzione di tali controversie è sempre **semplificata**, stante la natura sommaria del procedimento, per altri (46) occorrerebbe assicurare un **accertamento istruttorio pieno** allorché si tratti di pronunciare i provvedimenti a contenuto condannatorio di cui all'art. 709-ter, 2° comma, nn. 2 e 3, cod. proc. civ., dovendosi statuire anche in ordine alla quantificazione del danno (47).

(43) TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter cod. proc. civ.* (Fam. e dir., 2010, 1061).

(44) LUISO e SASSANI, *La riforma del processo civile*, pag. 250; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso* (Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, 1097); G. FINOCCHIARO, sub art. 709-ter, in COMOGLIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 3016.

(45) G. FINOCCHIARO, cit. alla nota prec., pag. 3016.

(46) LUPOI, cit. alla penultima nota, pag. 1097; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio* (Fam. e dir., 2006, 372) che però evidenzia come questa soluzione necessitata contraddica il carattere sanzionatorio endoprocessuale della disciplina dell'art. 709-ter.

(47) Tale ultimo orientamento non è condiviso da una parte della giurisprudenza di merito, secondo cui un'istruttoria approfondita sarebbe incompatibile con l'assetto del procedimento di cui all'art. 709-ter cod. proc. civ., con la conseguenza che, se la controversia richiede una complessa istruzione, i provvedimenti in esame non possono essere adottati in tale sede, dovendo bensì essere assunti con la decisione di merito che definisce il giudizio in corso: cfr. App. Catania, decr., 8 febbraio 2007 (*affidamentocondiviso.it*) con osservazioni di PALADINO. In argomento, v. anche DANOVÌ, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter cod. proc. civ.)* (Riv. dir. proc., 2008, 619). Si nota che, quando l'attività istruttoria ha luogo in un procedimento instaurato ai sensi dell'art. 710 cod. proc. civ., ai sensi del secondo

Quanto al **modello processuale** operante nella specie, il rito di riferimento è il procedimento in **camera di consiglio**, che favorisce una trattazione ed un'istruzione deformalizzate, mediante l'assunzione di sommarie informazioni, sia pure garantendo l'osservanza del principio del contraddittorio. Per alcuni autori, tale modulo procedimentale si applica qualunque sia il contenuto delle misure richieste (48); per altri, invece, l'istanza rivolta all'adozione delle sanzioni previste dall'art. 709-ter, 2° comma, cod. proc. civ. sarebbe da assoggettarsi al rito a cognizione piena previsto per il giudizio in corso (49). Sembra infine corretto ritenere che, se la controversia *ex art. 709-ter* è instaurata in via principale dinanzi al tribunale del luogo di residenza del minore, il procedimento da seguire è quello camerale, in virtù del richiamo all'art. 710 contenuto nel primo comma della stessa disposizione in esame (50).

4. *Tipologia di provvedimenti adottabili ex art. 709-ter cod. proc. civ.* — L'art. 709-ter cod. proc. civ. individua **due categorie di provvedimenti** che il giudice può emettere: i «provvedimenti opportuni», da pronunciarsi in ogni caso per la risoluzione delle controversie insorte tra i genitori; e le diverse e specifiche misure che si rendano necessarie, anche congiuntamente tra loro, in aggiunta ai provvedimenti opportuni di cui sopra, «in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento»: si tratta, in particolare, della modificazione dei provvedimenti preesistenti, ovvero della pronuncia di disposizioni ulteriori, che tendono ad assicurarne l'attuazione anche mediante meccanismi risarcitori o sanzionatori da adottarsi nei confronti del genitore inadempiente.

comma della norma è ammessa la delega dell'assunzione delle prove ad uno dei componenti del collegio.

(48) ROSSINI, sub *art. 709-ter cod. proc. civ.*, in BRIGUGLIO e CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, I, pag. 405 e segg. Si tratterebbe, in particolare, secondo questo autore, di un ulteriore caso di «cameralizzazione» del giudizio sui diritti, per esigenze di concentrazione ed economia processuale.

(49) CARRATTA, sub *art. 709-ter cod. proc. civ.*, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, II, pag. 1569 e segg.

(50) BALENA, in BALENA e BOVE *Le riforme più recenti del processo civile*, pag. 421.

L'emanazione dei provvedimenti che il giudice reputa «opportuni», in primo luogo, costituisce il naturale esito del procedimento per la soluzione delle controversie in esame (ove lo stesso non debba chiudersi in rito per qualunque ragione processuale impediente).

Si tratta di **provvedimenti atipici**, il cui contenuto è determinato in base alla discrezionalità del giudice, tenuto conto delle contingenze concrete. Di fondo, come accennato nel paragrafo introduttivo, tale pronuncia giudiziale tende al superamento di difficoltà pratiche ovvero di contrasti interpretativi o operativi tra i genitori, chiamati ad eseguire i provvedimenti in vigore. In questa logica, il giudice può anche precisarne o integrarne i contenuti con nuove e più puntuali disposizioni (51).

Poiché peraltro — per espressa previsione dell'art. 709-ter — la «modificazione» dei provvedimenti in vigore costituisce misura da adottarsi soltanto nei casi di gravi inadempienze, di atti pregiudizievoli per il minore o ostativi dell'osservanza delle modalità di affidamento, sembra corretto ritenere che i «provvedimenti opportuni» di cui la norma discorre non possano esorbitare dalla **mera specificazione** delle disposizioni di cui al provvedimento giudiziale presupposto, che già regola l'esercizio della responsabilità genitoriale o l'affidamento condiviso (52). Potrebbe trattarsi, al più, di procurare adeguamenti delle originarie statuizioni, al fine di risolvere incer-

(51) BALENA, cit. alla nota prec., pag. 421; G. FINOCCHIARO, *Procedimento ad hoc per le liti sulla potestà* (*Guida dir.*, 2006, 11, 64) i quali evidenziano la diversità tra questi procedimenti e quelli di revisione dei provvedimenti sulla prole ex art. 337-quinquies cod. civ., ove oggetto del giudizio non sono le modalità esecutive di questi ultimi ma il loro contenuto.

(52) G. FINOCCHIARO, sub art. 709-ter, in COMOGLIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 3016 e segg., il quale non esclude che i provvedimenti adottati dal giudice ex art. 709-ter possano anche modificare quelli assunti in precedenza, per l'esecuzione dei quali è stato instaurato il procedimento. Si potrebbe comunque dubitare di tale ricostruzione, in quanto la lettera della norma sembra limitare l'eventualità delle modifiche al solo caso in cui il contrasto tra i genitori si accompagni a gravi inadempienze o ad atti che arrechino pregiudizio al minore, ovvero ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento. In giurisprudenza, App. Venezia, decr., 17 settembre 2007 (*affidamento condiviso.it*).

tezze insorte sul piano della relativa attuazione, senza che sia possibile dare luogo alla **revisione del loro contenuto** (53).

Se invece il contrasto tra i genitori si traduce nella deduzione di gravi inadempienze da parte di uno di essi, oppure nel compimento di atti che arrechino pregiudizio al minore o che ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento (54), il giudice ha il potere sia di **modificare i provvedimenti preesistenti**, sia di adottare, anche in via cumulativa (55), le misure specificamente indicate nei nn. da 1 a 4 del 2° comma dell'art. 709-ter (56).

La prima di tali misure, secondo l'elencazione normativa, consiste nell'**ammonizione** del genitore inadempiente. Come sovente si nota, la coerenza e l'efficacia di tale provvedimento sono molto deboli, visto

(53) BALENA, in BALENA e BOVE *Le riforme più recenti del processo civile*, pag. 420 e segg. Diversamente per G. FINOCCHIARO, *Procedimento ad hoc per le liti sulla potestà* (*Guida dir.*, 2006, 11, 61) la modifica potrebbe consistere anche nel sostituire l'affidamento condiviso con quello esclusivo del genitore non inadempiente. In realtà in tale ipotesi, se si trattasse di provvedimento assunto in sede di separazione ed il giudizio fosse ancora pendente, occorrerebbe avvalersi della modifica o revoca del provvedimento *ex art.* 709, 4° comma, cod. proc. civ.; mentre se il giudizio fosse concluso e la sentenza passata in giudicato lo strumento di revisione sarebbe l'art. 710 cod. proc. civ. Sulla questione la Corte di Appello di Catania con decreto dell'8 febbraio 2007 (*affidamentocondiviso.it*) ha escluso che nel procedimento *ex art.* 709-ter il giudice possa pronunciarsi su eventuali richieste di affido condiviso o esclusivo. Sembra comunque corretto escludere che tali provvedimenti abbiano natura cautelare: così, nella giurisprudenza di merito, Trib. Catania, ord. coll., 29 settembre 2006 (*Fam. pers. succ.*, 2007, 372 e segg.). Per un avviso di segno diverso, v. peraltro TOMMASEO, *Applicazioni giurisprudenziali di una norma controversa: ancora sull'art. 709-ter cod. proc. civ.* (*Fam. e dir.*, 2010, 708).

(54) Sul punto v. G. FINOCCHIARO, sub *art.* 709-ter, in COMOGLIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 3017; LUPOI, sub *art.* 709-ter, in CARPI e TARUFFO (a cura di), *Commentario breve*, pag. 2842.

(55) BALENA, cit. alla penultima nota, pag. 422; TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali* (*Fam. e dir.*, 2006, 401); G. FINOCCHIARO, *Procedimento ad hoc per le liti sulla potestà* (*Guida dir.*, 2006, 11, 61).

(56) CARRATTA, sub *art.* 709-ter cod. proc. civ., in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, II, pag. 1556; CASABURI, *La nuova legge sull'affidamento condiviso (ovvero forse tanto rumore per nulla)* (*Corr. merito*, 2006, 572) per il quale le misure sanzionatorie possono essere assunte sia nell'ipotesi in cui il giudice dia gli opportuni provvedimenti di attuazione o interpretativi di risoluzione delle controversie, sia che modifichi i provvedimenti in essere.

che esso si risolve in un monito non coercibile con cui si vorrebbe diffidare il genitore inadempiente dal reiterare i **comportamenti illeciti o sconvenienti**, senza alcuna possibile minaccia di conseguenze giuridiche in caso di ulteriori violazioni. Per rafforzare l'effettività di tale provvedimento potrebbe tuttavia ritenersi che l'eventuale carico di più ammonizioni sia idoneo a legittimare, in proiezione futura, la modificazione delle condizioni di affidamento, o perfino la pronuncia di provvedimenti restrittivi o ablativi della responsabilità genitoriale (57); e potrebbe ammettersi il cumulo del provvedimento in esame con la misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ. (sul punto v. *infra*).

Ben altro peso assumono le **pronunce condannatorie al pagamento di somme di denaro** a titolo di «risarcimento dei danni», di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 709-ter, 2° comma, le quali possono essere inflitte al genitore inadempiente nei confronti del minore (n. 2) o dell'altro genitore (n. 3).

Con riferimento alla prima delle due ipotesi ora segnalate, temendosi che la domanda di condanna di un genitore al risarcimento dei danni nei confronti del minore possa suscitare ritorsioni o ricatti fra i genitori medesimi, in pregiudizio della prole, potrebbe peraltro ritenersi opportuno che la legittimazione attiva sia esercitata da un **curatore speciale**, da nominarsi a norma dell'art. 78 cod. proc. civ., su istanza del pubblico ministero o degli altri soggetti indicati nell'art. 79 cod. proc. civ. (58).

(57) LUPOI, sub art. 709-ter, in CARPI e TARUFFO (a cura di), *Commentario breve*, pag. 2844. Per DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, 2ª ed., pag. 644 e segg., il giudice, assunto un provvedimento di ammonimento dovrebbe rinviare ad altra data per verificare la cessazione delle inadempienze o dei comportamenti contrari all'interesse del minore, senza costringere la parte a presentare un nuovo ricorso. Tale soluzione è però criticata da G. FINOCCHIARO, sub art. 709-ter, in COMOGLIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 2804, a fronte di ragioni di carattere sistematico ed in particolare, per l'esigenza di non processualizzare i rapporti tra genitori e figli, pur in situazioni di crisi ed in difficoltà.

(58) LUPOI, cit. alla nota prec., pag. 2844. In giurisprudenza si segnala l'ordinanza Trib. Varese, 5 ottobre 2010 (*Fam. pers. succ.*, 2010, 472) con osservazioni di COSTANZO.

Nel solco di recenti arresti della Suprema Corte (59), cui aderisce una parte della dottrina (60), i provvedimenti in esame evocherebbero la figura dei *punitive damages*, esprimendo una finalità punitiva e dissuasiva, non dunque meramente risarcitoria e compensativa del danno subito, con alcuni riflessi sul piano applicativo (61).

(59) Si ha riguardo a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, pronunciata per dirimere il precedente contrasto sorto sul tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi, ed alla sottesa ordinanza di rimessione 16 maggio 2016, n. 9978, nella quale si legge che le misure in esame, di cui all'art. 709-ter cod. proc. civ., integrano rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria, che segnano un'apertura verso l'introduzione di figure di danni punitivi nell'ordinamento italiano. Nella giurisprudenza di merito, v. anche Trib. Roma, 11 ottobre 2016, n. 18799 (*Foro it.*, 2016, I, 3967); Trib. Roma, 23 gennaio 2015 (*Ilfamiliarista.it*, 18 dicembre 2015); Trib. Novara, 10 novembre 2011 (*Fam. e min.*, 2011, 5, 12) con note di BULDO e MARTINI; Trib. Messina, 5 aprile 2007, in cui si evoca la figura dei *punitive damages*.

(60) In dottrina si segnalano: SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in CONSOLO, LUISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, pag. 152; DANONI, *Il processo di separazione e divorzio*, pag. 639 e segg.; G. FINOCCHIARO, sub art. 709-ter, in COMOGLIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 3020. Tali autori richiamano sia le pene private che i *punitive damages*. Per alcuni di essi, espressamente, vista la predetta qualificazione della misura, l'entità del risarcimento dovuto sarebbe svincolata da qualsiasi riferimento proporzionale ad una lesione eventualmente subita, riferendosi invece alla gravità della condotta illecita.

(61) Coerentemente con la funzione deterrente e sanzionatoria attribuita alle misure in questione si ritiene che la loro adozione non richieda l'accertamento in concreto di un pregiudizio subito dal minore, argomentandosi dal fatto che il tenore letterale della norma, che ha riguardo anche alle condotte che ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, è tale per cui la violazione delle prescrizioni giudiziali è un fatto che giustifica di per sé l'irrogazione della condanna: Cass., 27 giugno 2018, n. 16980. Contr., per la natura risarcitoria e compensativa del mezzo, cfr. VULLO, sub art. 709-ter, in CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, IV, pag. 690 e segg.; DONZELLI, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori*, pag. 78 e segg.; TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter cod. proc. civ.* (*Fam. e dir.*, 2010, 1063 e segg.); LUPOI, in *Enc. dir.*, voce *Procedimento di separazione e divorzio*, *Annali*, I, pag. 979. Per altri autori, i provvedimenti in esame presenterebbero una natura mista, compensativa e punitiva insieme: LENA, *La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento*, in SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, pag. 247 e segg. In giurisprudenza tale tesi «eclettica» sembra condivisa da Trib. Modena, 17 settembre 2012 (*Defure*).

Come anticipato nel paragrafo precedente, invero, la pronuncia di tali provvedimenti condannatori richiede un'adeguata **istruttoria** (62), che, secondo alcuni orientamenti restrittivi, potrebbe rivelarsi scarsamente compatibile con la natura sommaria del procedimento.

Comunque si qualificchino le misure risarcitorie ora considerate, si tende a riconoscere, in relazione ad entrambe, la possibilità che siano ristorati non solo il pregiudizio patrimoniale, ma anche i **danni morali ed esistenziali**, in linea del resto con la primaria incidenza (sopra già notata) dei provvedimenti in parola nell'ambito della sfera personale dei soggetti interessati.

La misura di cui al successivo n. 4 della norma integra, infine, un provvedimento di condanna, sempre a carico del genitore inadempiente, al pagamento a favore della **Cassa delle ammende** di una somma compresa tra 75 euro e 5.000 euro. Tenuto conto delle circostanze, secondo canoni di prudenza e ragionevolezza, il giudice può quindi calibrare l'entità economica della condanna in concreto entro tali soglie, al fine di evitare che l'istituto si traduca in uno strumento vessatorio, o comunque iniquo.

Il legislatore qualifica l'oggetto della condanna prevista dalla disposizione in esame alla stregua di una «sanzione amministrativa pecuniaria» (63), in tal modo delineando una misura coercitiva indiretta con **funzione deterrente** per il genitore che, in caso di inadem-

(62) BALENA, in BALENA e BOVE *Le riforme più recenti del processo civile*, pag. 422; LUPOI, sub *art. 709-ter*, in CARPI e TARUFFO (a cura di), *Commentario breve*, pag. 2844, il quale richiede che il danno sia concretamente accertato, e non considerato come configurabile *in re ipsa*.

(63) Non concordano con tale qualificazione TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali* (*Fam. e dir.*, 2006, 401); VULLO, cit. alla penultima nota, pag. 692 e seg., per i quali il provvedimento in esame ha natura giurisdizionale e non amministrativa. In tale avviso critico si annida forse un equivoco: altra è, infatti, la natura del provvedimento di condanna emesso ai sensi dell'art. 709-ter, n. 4, cod. proc. civ., indubbiamente giurisdizionale; altra è la natura della sanzione che costituisce oggetto della misura coercitiva indiretta inflitta al genitore inadempiente, la quale senza contraddizioni potrebbe dirsi amministrativa. In questo senso è comunque da respingersi l'opinione di chi ritiene che il giudice, pronunciando il provvedimento in esame, si disimpegni alla stregua di un organo amministrativo e non giurisdizionale: G. FINOCCHIARO, sub *art. 709-ter*, in COMOGLIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 3019.

pimento degli obblighi connessi al proprio ruolo, sa di poter essere condannato ad una prestazione patrimoniale verso la Cassa per le ammende, dunque verso lo Stato (64).

Su un piano sistematico più ampio, è da chiedersi se, per assicurare al massimo grado l'attuazione degli obblighi connessi alla responsabilità genitoriale e all'affidamento condiviso, i provvedimenti di cui sopra, emanati alla stregua dei nn. 1, 2, 3 e 4 dell'art. 709-ter, 2° comma, cod. proc. civ., possano coesistere con la **misura coercitiva indiretta generale** di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ.

Il problema va inquadrato tenuto presente che quest'ultima misura, consistente nella condanna al pagamento di una somma di denaro per ogni violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione di un obbligo, può essere emessa nell'ambito di decisioni «di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro».

In primo luogo, allora, in difetto di specifiche ragioni per sostenere il contrario, è utile preliminarmente segnalare che la misura coercitiva in esame potrebbe essere già concessa congiuntamente all'emanazione dei provvedimenti sulla responsabilità genitoriale e sull'affidamento condiviso (indipendentemente dall'insorgere di alcuna controversia *ex art. 709-ter cod. proc. civ.*), per darvi **maggiore effettività** ai fini dell'attuazione degli obblighi non patrimoniali ivi delineati a carico dei genitori (65).

(64) In tal senso, v. di recente, Cass., ord., 17 maggio 2019, n. 13400.

(65) In questo senso potrebbe ammettersi in via generale il cumulo del provvedimento di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ. con le misure di cui all'art. 709-ter, 2° comma, nn. 1-4, cod. proc. civ., allorché nel procedimento *ex art. 709-ter cod. proc. civ.* siano modificati i provvedimenti in vigore con la previsione di nuovi obblighi a carico di un genitore: in tal caso potrebbe emettersi la misura coercitiva indiretta *ex art. 614-bis cod. proc. civ.*, in vista di inadempimenti futuri di tali obblighi, nonché le ulteriori misure di cui i nn. 1-4 dell'art. 709-ter cod. proc. civ., in quanto ritenute compatibili, come strumento di reazione per gli inadempimenti già riscontrati in relazione a provvedimento preesistente. In argomento, con impostazioni diverse, specie in ordine alla possibile emanazione cumulativa della misura di cui al n. 4 dell'art. 709-ter e all'art. 614-bis cod. proc. civ., cfr. DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, pag. 660; TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter cod. proc. civ. (Fam. e dir., 2010, 1066 e segg.)*. Sui rapporti tra art. 614-bis e 709-ter cod. proc. civ., con riferimento al diritto-dovere di visita del figlio minore che spetta al genitore non collocatario, v. Cass., ord., 6 marzo 2020, n. 6471.

In forza dei presupposti applicativi di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ., inoltre, è sostenibile che il provvedimento lì regolato possa essere emesso dallo stesso giudice competente *ex art. 709-ter cod. proc. civ.* unitamente alla concessione della misura non patrimoniale dell'ammonizione, ai sensi del n. 1 dello stesso art. 709-ter, alla quale potrebbe accompagnarsi, per rinforzarne l'efficacia, in un pieno regime di compatibilità.

All'opposto, sempre alla stregua dei presupposti applicativi che ne giustificano l'adozione, deve escludersi che la misura coercitiva indiretta in esame possa essere disposta, su un piano di **contestualità**, insieme alle statuizioni di cui all'art. 709-ter, 2° comma, nn. 2, 3 e 4 cod. proc. civ., per rinforzare l'obbligazione patrimoniale risarcitoria o sanzionatoria che ne deriva.

Ci si può interrogare, semmai, in un diverso ordine logico e cronologico del problema, sull'ammissibilità dell'adozione delle misure condannatorie previste dall'art. 709-ter, 2° comma, cod. proc. civ., quando già, al tempo della precedente adozione dei provvedimenti sulla responsabilità genitoriale e sull'affido condiviso da cui scaturisce la controversia da risolvere, il giudice adito avesse comminato la misura coercitiva generale prevista nell'art. 614-bis cod. proc. civ., come sopra applicabile in tale ambito, in via accessoria rispetto ad eventuali statuizioni giudiziali di condanna a prestazioni non patrimoniali.

Impostato così il quesito, non vi è ragione per negare che in simili ipotesi il giudice successivamente adito per la soluzione del conflitto *ex art. 709-ter cod. proc. civ.* possa pronunciare sia l'ammonizione di cui al n. 1 (66), sia i provvedimenti di condanna a titolo risarcitorio di cui ai nn. 2 e 3 della stessa norma, la quale altrimenti, ragionando all'opposto, risulterebbe immotivatamente depotenziata (67). La **compatibilità** tra le misure coercitive indirette *ex art. 614 bis cod. proc.*

(66) In giurisprudenza a favore del cumulo delle misure, in tal caso, cfr. Trib. Milano, 7 gennaio 2018 (*Dir. & Giust.*, 6 febbraio 2018); Trib. Roma, 23 dicembre 2017 (*Ilfamiliarista.it*, 12 marzo 2018) con nota di CESARO.

(67) PARINI, *Responsabilità civile e doveri genitoriali*, in FERRANDO, FORTINO, RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e Matrimonio*, I, 2ª ed., pag. 1857 e segg.); DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, pag. 660 e segg.

civ. e i provvedimenti in esame, sotto questo profilo, è pertanto da riconoscersi.

Analoga sembra la prospettiva di partenza, quanto ai rapporti tra il provvedimento di condanna al pagamento di una somma in favore della Cassa delle ammende, di cui al n. 4 dell'art. 709-ter cod. proc. civ., e la misura disciplinata dall'art. 614-bis cod. proc. civ., poiché quest'ultima è disposta in previsione di un **inadempimento futuro**, mentre la prima (come le misure risarcitorie appena considerate) presuppone che l'inadempimento del genitore si sia verificato. Tuttavia, parte degli interpreti nega che, laddove la misura di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ. fosse già emanata, unitamente al provvedimento di condanna per la cui attuazione sia insorta la controversia *ex art. 709-ter cod. proc. civ.*, il giudice possa sancire successivamente anche la sanzione pecuniaria amministrativa di cui al n. 4 della norma, una volta riscontrato l'effettivo inadempimento del genitore, sostanzialmente perché non si potrebbe duplicare la concessione di un provvedimento avente la medesima funzione di coercizione indiretta per reagire allo stesso inadempimento, sebbene in forza di presupposti non coincidenti (68).

Tornando alla complessiva disamina dei rimedi sopra considerati — come si è accennato sopra in linea generale — secondo parte della dottrina la natura della tutela giurisdizionale elargita dalla norma in commento muterebbe a seconda del contenuto dei provvedimenti adottati dal giudice. Si assume, infatti, che i «provvedimenti opportuni» che il giudice adotta per risolvere le controversie relative alla responsabilità genitoriale o alle modalità di affidamento esprimono esercizio di **volontaria giurisdizione**, rivolta alla cura dell'interesse della prole, senza che la retrostante conflittualità tra i genitori implichi l'indole contenziosa del giudizio, laddove, all'opposto, l'emanaazione dei provvedimenti di cui al secondo comma dell'art. 709-ter cod. proc. civ. — i quali, come visto, presuppongono l'inadempimento o il

(68) VULLO, sub art. 709-ter, in CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, IV, pag. 693; PARINI, cit. alla nota prec., pag. 1851. In senso diametralmente opposto: DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, 2ª ed., pag. 660; PALADINI, *Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, punitive damages e astreinte* (*Fam. e dir.*, 2007, 858 e segg.).

compimento di atti illegittimi da parte di un genitore — integrerebbe una manifestazione di **tutela giurisdizionale contenziosa** (69).

Quanto alla forma dei provvedimenti giudiziali di cui all'art. 709-ter cod. proc. civ., invero, la legge tace. Si tende peraltro a ritenere che i «*provvedimenti opportuni*» per la risoluzione delle controversie disciplinate dalla norma in esame siano da concedersi con ordinanza. Allo stesso modo il giudice dovrebbe provvedere quando dispone **modificazioni dei provvedimenti in vigore**, a fronte di inadempimenti del genitore oppure di atti pregiudizievoli per i minori o ostativi dello svolgimento dell'affidamento (70). Tali orientamenti si riferiscono peraltro ai provvedimenti emanati dal giudice del procedimento in corso, quando la controversia sia introdotta in via incidentale, secondo il regime generalmente applicabile.

Nelle ipotesi in cui il ricorso *ex art. 709-ter cod. proc. civ.* sia proposto autonomamente, invece, ritenendosi applicabile il modello processuale in **camera di consiglio** delineato nell'art. 710 cod. proc. civ., i provvedimenti giudiziali in parola assumono la forma del **decreto**.

Con riferimento, poi, alla forma dei provvedimenti risarcitori e sanzionatori previsti ai nn. 1-4 dell'art. 709-ter cod. proc. civ., specie in quanto richiesti a procedimento in corso, non vi è uniformità di vedute tra gli interpreti: mentre per alcuni tali provvedimenti rivestirebbero sempre la forma dell'**ordinanza** (71), per altri essi andrebbero pronunciati unitamente alla decisione che definisce il procedimento in corso, nell'ambito del quale insorge la controversia incidentale sulla responsabilità genitoriale o sull'affido condiviso, con la forma prevista per tale pronuncia (ad esempio con la forma della sentenza, nel processo di separazione) (72).

(69) CARRATTA, sub *art. 709-ter cod. proc. civ.*, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, II, pag. 1554.

(70) Tra i molti: LUPOLI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso* (*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1102); G. FINOCCHIARO, sub *art. 709-ter*, in COMOGGIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 3021.

(71) G. FINOCCHIARO, cit. alla nota prec., pag. 3022; DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, 2ª ed., pag. 224; DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, pag. 642 e segg.

(72) CEA, *L'affidamento condiviso. I profili processuali* (*Foro it.*, 2006, V, 101 e segg.); CARRATTA, sub *art. 709-ter cod. proc. civ.*, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme*

Per un altro verso, ci si interroga circa la sussistenza di un **potere del giudice di pronunciare ex officio** i provvedimenti di cui all'art. 709-ter cod. proc. civ., ove egli ritenga che ne ricorrano i presupposti.

Il problema si pone, in particolare, per le misure da disporsi in caso di inadempimenti dei genitori, ovvero di atti pregiudizievoli per la prole o ostativi dell'andamento dell'affido, perché sembra ragionevole ritenere che i «*provvedimenti opportuni*» con cui le controversie tra i genitori sono risolte, come sopra inquadrati, vengano inevitabilmente pronunciati per dare un riscontro di tutela all'istanza del genitore che agisce mediante ricorso; semmai, in tale ambito, il problema riguarderebbe i limiti di **discrezionalità** del giudice nell'individuare il provvedimento più idoneo ad assicurare le esigenze rappresentate dalla parte ricorrente, anche oltre il perimetro obiettivo delle richieste di quest'ultima.

Riguardo alle misure di cui ai nn. 1-4 dell'art. 709-ter, 2° comma, cod. proc. civ., è emersa invece una soluzione articolata del problema, per la quale l'ammonizione (n. 1) e la misura della sanzione pecuniaria da versare alla Cassa delle ammende (n. 4) potrebbero essere assunte su iniziativa ufficiosa, mentre i provvedimenti di natura risarcitoria previsti nei nn. 2 e 3 dell'art. 709-ter cod. proc. civ. pretenderebbero la domanda di parte (73).

del processo civile, II, pag. 1559, secondo cui ove le sanzioni di cui all'art. 709-ter siano assunte nell'ambito di un giudizio di separazione o di divorzio, la forma dovrebbe essere quella della sentenza e non del decreto, con tutte le conseguenze in ordine all'impugnazione della stessa. Conforme a tale impostazione ma solo con riguardo ai provvedimenti risarcitori, TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter cod. proc. civ.* (Fam. e dir., 2010, 1066 e segg.). In questa corrente di pensiero, c'è chi precisa — a parziale *distinguo* — che l'ammonizione di cui all'art. 709-ter, n. 1, cod. proc. civ. potrebbe essere disposta con ordinanza in corso di causa, a differenza delle altre misure successivamente enumerate (nn. 2-4), da elargirsi sempre con il provvedimento finale del procedimento «portante»: LUPOI, in *Enc. dir.*, voce *Procedimento di separazione e divorzio*, *Annali*, I, pag. 980.

(73) Tale opinione è sostenuta da LUPOI, cit. alla nota prec., pag. 979; TOMMASEO, cit. alla nota prec., pag. 1066 e segg.; G. FINOCCHIARO, sub *art. 709-ter*, in COMOGLIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 3019, il quale esclude che il giudice possa pronunciare d'ufficio la condanna al risarcimento del danno a favore del figlio minore o dell'altro genitore, mentre ammette tale possibilità nel caso della sanzione pecuniaria di cui al n. 4 dell'art. 709-ter cod. proc. civ.

5. *L'impugnabilità dei provvedimenti.* — La disposizione dell'art. 709-ter cod. proc. civ. (ultimo comma) che delinea infine il regime di **impugnazione** dei provvedimenti assunti dal giudice per la risoluzione delle controversie in esame è molto stringata e, a giudicare dai dibattiti interpretativi che ne sono scaturiti, poco perspicua: vi si prevede laconicamente che tali provvedimenti «sono impugnabili nei modi ordinari».

Ci si orienta peraltro a ritenere, anche nella giurisprudenza di legittimità, che l'impugnabilità nei modi ordinari vada intesa in senso relativo, dovendosi misurare l'individuazione del rimedio ritualmente esperibile in base alla forma e al contenuto della statuizione di volta in volta resa dal giudice, con esiti variabili (74). Per tale avviso, in alcune ipotesi il provvedimento del giudice sarebbe soggetto a re-

Per ONNIBONI, *Ammonizione ed altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709-ter cod. proc. civ.* (*Fam. e dir.*, 2007, 829) e GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia*, in Id. (a cura di), *Diritto processuale della famiglia*, pag. 241 e segg., per i quali non è possibile derogare al principio della domanda di parte per tutti i provvedimenti di cui all'art. 709-ter e dunque anche per l'ammonizione e la misura di cui al n. 4. Per DE MARZO, *L'affidamento condiviso. I. Profili sostanziali* (*Foro it.*, 2006, V, 95) l'unico provvedimento la cui assunzione è subordinata all'istanza di parte è la condanna risarcitoria nei confronti del coniuge, potendo il risarcimento nei confronti della prole, analogamente all'ammonizione ed alla sanzione del n. 4 dell'art. 709-ter, essere pronunciato anche d'ufficio, non essendo questa parte del processo.

Diversamente, viene ritenuta possibile l'assunzione d'ufficio di tutti i provvedimenti di cui all'art. 709-ter da DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, pag. 646 e segg. Nel medesimo senso è anche la giurisprudenza; tra tutte, in ordine alla pronuncia d'ufficio dell'ammonizione, Trib. Roma, 11 ottobre 2016, n. 18799 (*Ilfamiliariista.it*, 24 ottobre 2016); Trib. Varese, ord., 5 luglio 2012 (*Fam. e dir.*, 2013, 373) con nota di BARONCINI; Trib. Caltanissetta, ord., 12 agosto 2010 (*Fam. e min.*, 2010, 40) con nota di PORRACCILO, che ammette anche la pronuncia d'ufficio della misura prevista al n. 4 della norma in esame.

(74) LUPOI, sub art. 709-ter, in CARPI e TARUFFO (a cura di), *Commentario breve*, pag. 2845; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, pag. 341; LUISO e SASSANI, *La riforma del processo civile*, pag. 250. Sulla diversità delle impugnazioni a seconda della forma assunta dal provvedimento: CARRATTA, sub art. 709-ter cod. proc. civ., in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, II, pag. 1579. In giurisprudenza tale indirizzo trova conferma nelle sentenze della Suprema Corte, tra cui, a titolo esemplificativo, Cass., 5 febbraio 2008, n. 2753 (*Defure*); Cass., 8 agosto 2013, n. 18977 (*Dir. fam. pers.*, 2014, 137).

clamo, ovvero a **revoca e modifica**, come avviene per le ordinanze emesse dal presidente o dal giudice istruttore nel corso del giudizio di separazione, ai sensi dell'art. 708 cod. proc. civ., ovvero per i decreti pronunciati dal collegio, sottoposti a reclamo camerale a norma dell'art. 739 cod. proc. civ., qualora il ricorso *ex art. 709-ter cod. proc. civ.* sia proposto in via principale dinanzi al tribunale del luogo di residenza del minore, secondo il procedimento di cui all'art. 710 cod. proc. civ. (75). In altri casi esso sarebbe sottoposto ai mezzi di impugnazione ordinaria delle sentenze, quando il procedimento in corso si concluda con una decisione avente tale forma (trattandosi ad esempio di provvedimenti racchiusi nella sentenza che definisce il giudizio di separazione, soggetta ad appello) (76).

Infine, all'esito dei giudizi di impugnazione, come sopra introdotti *in subiecta materia*, non tutte le decisioni emesse sono a loro volta impugnabili, in particolare dinanzi alla **Cassazione**.

Il ricorso *ex art. 360 cod. proc. civ.* potrebbe infatti proporsi contro sentenze di appello che statuiscano sulle controversie *ex art. 709-ter cod. proc. civ.*, nei limiti in cui si ritenga che tale situazione possa verificarsi. Per il resto, occorre chiedersi se le pronunce rese in siffatte controversie dal giudice di merito a conclusione di un giudizio im-

(75) CARRATTA, cit. alla nota prec., pag. 1579; LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso* (Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, 1102 e segg.). Secondo TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709-ter cod. proc. civ.* (Fam. e dir., 2010, 1068) e DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, 2^a ed., pag. 227, i provvedimenti in esame sarebbero reclamabili ai sensi dell'art. 669-terdecies cod. proc. civ. In questo ambito vi è pure chi sottilizza ulteriormente, precisando che, allorché il giudice adotti le misure previste dall'art. 709-ter cod. proc. civ., nn. 1-4, il mezzo esperibile sarebbe il reclamo al collegio ai sensi dell'art. 178 cod. proc. civ.: così G. FINOCCHIARO, *Procedimento ad hoc per le liti sulla potestà* (Guida dir., 2006, 11, 64 e segg.); G. FINOCCHIARO, sub art. 709-ter, in COMOGLIO e VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, pag. 3022. Per MANDRIOLI e CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, III, pag. 109 e segg., infine, per i provvedimenti emessi in corso di causa l'impugnazione avverrebbe mediante i mezzi ordinari dell'appello e del ricorso per cassazione, se la decisione assume la forma della sentenza, mentre si potrebbe ricorrere solamente all'istanza di modifica o di revoca, a fronte dell'emanazione di un'ordinanza.

(76) CARRATTA, sub art. 709-ter cod. proc. civ., in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, II, pag. 1579; LUPOI, cit. alla nota prec., pag. 1103; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio* (Fam. e dir., 2006, 373 e segg.).

pugnatorio, non ordinariamente ricorribili per cassazione, possano essere aggredite con il ricorso straordinario di cui all'art. III, 7° comma, Cost., sussistendo in concreto i sottesi requisiti della «decisorietà» e della «definitività».

In tal senso, la risposta che si offre è prevalentemente negativa per le impugnazioni inerenti ai «provvedimenti opportuni» e a quelli adottati ai sensi dell'art. 709-ter, n. 1, cod. proc. civ., mediante i quali il giudice ammonisca uno dei genitori o revochi una precedente ammonizione (77); è generalmente affermativa, viceversa, con riguardo alle decisioni emesse all'esito dei giudizi di impugnazione (nella specie, di reclamo) contro i provvedimenti con i quali, ai sensi dell'art. 709-ter, 2° comma, cod. proc. civ., il giudice emetta una sanzione pecuniaria o condanni il genitore inadempiente al risarcimento dei danni (78).

(77) Analogamente non è impugnabile il provvedimento con cui la Corte di Appello ha dichiarato inammissibile il reclamo contro l'ordine del giudice istruttore nel corso del procedimento di separazione personale che abbia adottato misure sanzionatorie. Si segnalano, tra le tante pronunce della Suprema Corte: Cass., 22 ottobre 2010, n. 21718 (*Dir. fam. pers.*, 2011, 651) con nota di ZINGALES; (*Guida dir.*, 2010, 2, 61) con nota di FIORINI; Cass., 21 novembre 2011, n. 24423 (*Giust. civ.*, 2012, I, 986).

(78) Cass., 8 agosto 2013, n. 18977 (*Dir. fam. pers.*, 2014, 137). Per altro verso si rammenta che la Consulta ha dichiarato manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale, sollevate in riferimento agli art. 3, 24 e III Cost., degli art. 709, 4° comma, e 709-ter, nella parte in cui non consentirebbero di sottoporre a reclamo davanti al tribunale, in composizione collegiale, le ordinanze del giudice istruttore in materia di revoca o modifica dei provvedimenti temporanei ed urgenti emessi dal presidente del tribunale nell'interesse della prole e dei coniugi ai sensi dell'art. 708, 3° comma, cod. proc. civ.: Corte cost., 11 novembre 2010, n. 322 (*Foro it.*, 2011, I, 1642) con nota di CEA.