

Giuseppina Fanelli

Brevi note su misure coercitive e art. 709 ter c.p.c.

Sommario: 1. Il rispetto del diritto alla vita familiare. 2. La natura dell'obbligo di consegna del minore. – 3. Il legislatore corre ai ripari? L'art. 709 ter c.p.c. – 4. I provvedimenti funzionali all'attuazione degli obblighi genitoriali. – 5. L'art. 709 ter c.p.c. e l'art. 614 bis c.p.c.: quale confronto? – 6. In sintesi.

1. Il rispetto del diritto alla vita familiare.

I rapporti di famiglia conoscono sovente di situazioni problematiche legate alla mancata tenuta dei vincoli parentali. In questi casi, spesso nasce l'esigenza di tutelare, in via esecutiva, interessi particolarmente delicati poiché afferenti dalla sfera della vita privata e dello sviluppo della persona. Questa tutela, peraltro, trova un grosso limite: essa è effettiva solo ove i soggetti coinvolti tengano un comportamento collaborativo.

Se i diritti a contenuto patrimoniale inerenti al rapporto tra i genitori o tra i genitori e la prole non pongono particolari problemi di eseguibilità (se non in relazione all'eventuale incapacità del patrimonio da aggredire in sede esecutiva¹), lo stesso non può dirsi per i diritti non patrimoniali. Nel caso di violazioni di doveri di comportamento dei genitori, i mezzi di esecuzione diretta previsti dall'ordinamento si rivelano inadatti, tanto da rendere necessario il ricorso alla tutela esecutiva c.d. indiretta². In questi casi, invero, si preferisce parlare di attuazione più che di esecuzione, poiché non si è in presenza di vere e proprie pronunce di condanna a carico della controparte, essendo dettate queste a protezione di un interesse di un soggetto che potrebbe essere anche terzo rispetto al rapporto obbligatorio.

È difficile (e poco proficuo) elencare tassativamente le vicende dalle quali possono emergere violazioni o inadempimenti a carico dei genitori. A titolo esemplificativo, vi rientrano i casi di problemi inerenti alle modalità di affidamento dei figli minori ed al c.d. diritto di visita³ (art. 155 c.c.), o di affidamento dei figli maggiori portatori di handicap (art. 155 *quinquies*, comma 2, c.c.),

¹ A maggior garanzia, il legislatore, conscio della particolari esigenze che i diritti di credito ai quali è necessario dare esecuzione nelle situazioni di dissoluzione della famiglia (i c.d. assegni di mantenimento) presentano, ha predisposto – a prescindere dalle sanzioni di natura penalistica costituenti un quadro estremamente frammentario – strumenti di tutela preferenziale del credito, il qual risulta assistito da un apparato esecutivo e cautelare specifico. Ci riferiamo alle previsioni della L. 19 maggio 1975, n. 151, recante “*Riforma del diritto di famiglia*”, pubblicata in *G.U.* 23 maggio 1975, n. 135, che ha inserito l'art. 146, comma 3, c.c., dettato per garantire gli obblighi di cui agli artt. 143, comma 3, e 147 c.c. e nel caso di scioglimento del matrimonio (art. 156, comma 6, c.c.). Ancora, l'art. 8 della citata legge sul divorzio disciplina un particolare meccanismo esecutivo che costituisce un *unicum* nel nostro ordinamento poiché consente una sorta di azione diretta del creditore nei confronti del debitore del debitore (in proposito, vedi LUISO, *Diritto processuale civile. I processi speciali*, Milano 2011, p. 313-315). Da ultimo, proprio l'art. 3 della L. 54/2006 prevede che “*in caso di violazione degli obblighi di natura economica*” trovi applicazione l'art. 12 *sexies* della L. 898/1970 che, a sua volta, rinvia all'art. 570 c.p. in materia di sanzioni previste per l'inosservanza degli obblighi di assistenza familiare.

² La letteratura in tema è vastissima. Si veda per approfondimenti e per ulteriori riferimenti bibliografici, SILVESTRI – TARUFFO, voce *Esecuzione forzata (esecuzione forzata e misure coercitive)*, in *Enc. giur.*, XIII, Milano, 1989. Sulle novità in materia di tutela esecutiva indiretta si rinvia a CAPPONI (a cura di), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011.

³ Con l'espressione ci si riferisce a quell'insieme di accorgimenti volti a garantire continuità nel rapporto figlio-genitore non affidatario, o comunque non collocatario in caso di affidamento condiviso.

all'esercizio della potestà genitoriale (artt. 330 c.c.), alle misure adottabili nei casi in cui la condotta di uno o di entrambi i genitori arrechi pregiudizio ai figli (art. 333 c.c.), ai casi di violenza familiare (Titolo IX *bis* c.c.).

L'esigenza di trovare gli strumenti d'esecuzione più opportuni in materia di diritto di famiglia è molto sentita anche a livello internazionale. A tal proposito, la *Commission on European Family Law (CEFL)* ha elaborato un sistema di principi di diritto di famiglia europeo sulla responsabilità genitoriale⁴. Il sistema mira ad armonizzare la legislazione degli stati europei con un faro puntato sulla scelta dei mezzi appropriati per la protezione della prole⁵.

Proprio l'Italia, peraltro, non ha mancato di attirare – come ormai di consueto – l'attenzione della Corte di Strasburgo, la quale, con una recente sentenza⁶, ha rilevato l'insufficienza delle misure adottate dall'organo giudiziario (e delle altre autorità concretamente coinvolte nella vicenda) per il “*mantenimento del legame familiare*”, (tra padre e figlio, nella specie) definendole “*automatiche e stereotipate*”. Secondo la Corte, sebbene il ricorso a misure coercitive in campo familiare possa rivelarsi infruttuoso in assenza di collaborazione dei soggetti coinvolti, non è sufficiente arrestarsi a constatare questo problema ed adottare misure palesemente incapaci di apprestare una tutela effettiva. Così facendo si viola inevitabilmente l'art. 8 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo⁷.

Se la sentenza della Corte EDU citata rileva la debolezza dei mezzi disposti delle autorità interne per attuare gli obblighi in materia familiare, in passato – e ci si riferisce al sistema normativo precedente alla legge sull'affidamento condiviso del 2006⁸ – gli studiosi della materia⁹ hanno

⁴ Per approfondimenti, si veda BOELE-WOELKI – FERRAND ed altri, *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, 2007.

⁵ Per un approfondimento si veda ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, p. 439 ss.; AMRAM, *L'attuazione degli obblighi genitoriali nella crisi familiare: l'art. 709 ter c.p.c. al vaglio della giurisprudenza e della dialettica «sanzione-mediazione»*, in *Fam., pers., succ.*, 2011, p. 533 ss.

⁶ Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 2 novembre 2010 (*Piazzi c. Italia*), consultabile, non in versione integrale, su *Fam. e dir.*, 2011, 7, p. 653-656. Per un commento alla sentenza, legato anche ad alcune questioni poste dall'art. 709 ter c.p.c. (sul quale vedi *infra*) si rinvia a RUSSO, *La Cedu censura i giudici italiani: per realizzare l'interesse del minore non bastano misure stereotipate ed automatiche. Un esempio di adeguamento ai principi della Convenzione Europea*, in *Fam. e dir.*, 2011, 7, p. 658 ss.

⁷ L'art. 8 CEDU, rubricato «*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*», recita: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.».

Anche nella sentenza cit. alla nota precedente, la Corte CEDU non ha mancato di sottolineare che «se l'art. 8 ha essenzialmente per oggetto la tutela dell'individuo dalle ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici, esso non si limita ad ordinare allo Stato di astenersi da tali ingerenze: a tale obbligo negativo possono aggiungersi obblighi positivi attinenti ad un effettivo rispetto della vita privata o familiare. Essi possono implicare l'adozione di misure finalizzate al rispetto della vita familiare – incluse le relazioni reciproche fra individui – e nella fattispecie la predisposizione di strumenti giuridici adeguati e sufficienti ad assicurare i legittimi diritti degli interessati, nonché il rispetto della decisioni giudiziarie ovvero misure specifiche appropriate».

⁸ Sulla quale, per qualche cenno vedi *infra* § 3.

⁹ Per una rassegna degli orientamenti più importanti, vedi l'approfondita monografia di FORNACIARI, *L'attuazione dell'obbligo di consegna di minori*, Milano, 1991; ID., *I limiti dell'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare*, in *Riv. es. forz.*, 2000, p. 406-408. Vedi anche VACCARELLA, *Problemi vecchi e nuovi dell'esecuzione forzata dell'obbligo di consegna dei minori*, in *Giur. it.*, 1982, p. 304 ss.; MINNECI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti di affidamento dei minori*, *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 770

sempre lamentato la carenza di meccanismi processuali *ad hoc*. In quel contesto, come si vedrà *infra*, sono state elaborate soluzioni più o meno originali, che hanno tentato di piegare la disciplina dell'esecuzione diretta alle peculiarità della materia, ovvero che insistevano sulla necessità di introdurre meccanismi di esecuzione indiretta.

2. La natura dell'obbligo di consegna del minore.

Molto si è discusso sulla natura dell'obbligo di consegna del minore, il quale, pur non esaurendo il novero degli obblighi a carattere strettamente personale gravanti sui genitori, può essere assunto a paradigma poiché proprio rispetto ad esso si è da tempo rilevata l'inidoneità delle forme di esecuzione diretta e, come detto, l'esistenza di una lacuna legislativa. Il compito di colmare detta lacuna è stato lasciato alla creatività dei giuristi che hanno cercato di proporre diverse soluzioni, partendo dalla riflessione intorno al vero *punctum dolens* in materia: il fatto che l'obbligo di consegna del minore, pur non essendo oggettivamente infungibile, difficilmente possa attuarsi qualora il genitore – che materialmente abbia con sé il figlio – decida di non collaborare. Si parla, in tali ipotesi, di obblighi non del tutto fungibili o di complessa attuazione. Su di essi si è efficacemente avviata una rimediazione del concetto di infungibilità, concetto che sfumerebbe «*in modo direttamente proporzionale alla complessità della prestazione*»¹⁰ e che comunque abbraccerebbe anche quelli obblighi la cui infungibilità abbia carattere soggettivo.

Analizziamo brevemente le varie posizioni emerse in dottrina e poi passate al vaglio della giurisprudenza, sia di legittimità che di merito. Secondo un primo risalente orientamento, l'obbligo di consegna del minore doveva ritenersi *tout court* ineseguibile. A giustificazione di tale assunto erano addotte essenzialmente due motivazioni che poggiavano, da un lato, sulla natura infungibile dell'obbligo, da un altro lato, sulle possibili resistenze opposte dal minore alla consegna¹¹. Questa prima impostazione non era accettata dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza poiché ritenuta poco garantista. Per rendersene conto, basti citare una risalente pronuncia della Cassazione di Napoli¹² nella quale si reclamava una soluzione al problema della difficoltà nell'eseguire la consegna del minore: «*Come non vedere che qui vi ha di mezzo l'interesse stesso dei minori, la loro educazione, i loro beni, e fin la vita loro, che sono tutte cose non voluntatis ma necessitatis. (...) Possibile che in questi casi ed in altri analoghi, gli ordini del magistrato siano quali voci vane che niuno si degni di eseguire?*».

Un secondo orientamento riteneva applicabile alla fattispecie dell'obbligo di consegna del minore una delle ipotesi di esecuzione prevista dal codice di procedura civile. Nello specifico, taluni ritenevano applicabili gli artt. 605 ss. c.p.c. in tema di esecuzione per consegna o rilascio, altri gli artt. 612 ss. c.p.c. in tema di esecuzione specifica di obblighi di fare e non fare. Quanto all'utilizzazione della prima delle due procedure, l'orientamento, seppur autorevolmente sostenuto¹³,

ss.; FARINA, *L'esecuzione forza dell'obbligo di consegna dei minori*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 259 ss.; CONSALES, *L'attuazione dell'obbligo di consegna dei minori: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Riv. es. forz.*, 2002, p. 481 ss.

¹⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 1, p. 204.

¹¹ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, V, 4^a ed., Milano, 1923; FAZZALARI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1986, p. 117. Vedi, per puntuali riferimenti bibliografici, FORNACIARI, *L'attuazione cit.*, p. 16-20, nota 26.

¹² Cass. Napoli, 13 giugno 1884, in *Giur. it.*, 1884, I, 1, c. 657.

¹³ Si allude a CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile, Processo di Esecuzione*, Padova, 1932, p. 36; ID.; *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1937, p. 204; ID., *Istituzioni del nuovo processo*

non ha raccolto consensi né in dottrina né in giurisprudenza, in quanto era opinione condivisa che le operazioni di interpretazione analogica non potevano spingersi, per una sorta di “*pudore giuridico*”¹⁴, fino a ritenere il minore una *res* da consegnare nei modi previsti dal 605 e ss. c.p.c.

Quanto all’applicabilità della disposizioni che disciplinano l’esecuzione degli obblighi di fare o non fare fungibili¹⁵, i sostenitori muovevano da un’interpretazione degli artt. 2930 e 2931 c.c. per la quale anche il comportamento del “consegnare” doveva essere considerato un *facere* specifico, seppur non rientrante nella portata terminologia del “dare” contemplato dall’art. 2931 c.c., e doveva, pertanto, ottenere esecuzione attraverso i mezzi previsti dall’art. 612 c.p.c.

Una terza soluzione si rinveniva nell’utilizzo di procedure atipiche in virtù delle quali l’obbligo di consegna doveva essere fatto eseguire da particolari soggetti, quali, a seconda degli spunti ricostruttivi privilegiati dei vari autori, il Pubblico Ministero¹⁶; l’usciera¹⁷; la Polizia Giudiziaria (nella sua attività di prevenzione e repressione di reati, secondo il paradigma dell’art. 388, comma 2, c.p. o anche a prescindere da questa)¹⁸; la forza pubblica (esecuzione in via amministrativa)¹⁹; e, non ultimo, il Giudice tutelare²⁰.

civile italiano, 3^a ed., Roma, 1951. Si veda, anche e soprattutto, a sostegno di tale tesi, FORNACIARI, *L’attuazione cit.*, p. 97-103, p. 163 ss.

¹⁴ L’espressione è presente in vari contributi, nei quali si accenna anche ad una immoralità dell’interpretazione in commento. In questo senso la dottrina assolutamente dominante sulla base della considerazione che il minore, in quanto soggetto di diritto a tutti gli effetti, non poteva essere considerato una *res* neppure ai limitati fini della disciplina dell’obbligo di consegna. Per riferimenti bibliografici completi, vedi FORNACIARI, *Attuazione cit.*, p. 97-103 e relative note; FARINA, *op. cit.*, p. 269; CONSALES, *op. cit.*, p. 498-491.

¹⁵ MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *NN.D.I.*, 1957, Torino, p. 766; BARCHI, *Il procedimento di separazione personale dei coniugi*, Padova, 1987, p. 66; MANERA, *Domanda di restituzione dei minori per la dichiarata nullità della loro adottabilità e procedura adottabile*, in *GM*, 1992, p. 879; FARINA, *op. cit.*, p. 270. In questo senso, anche la giurisprudenza di legittimità e di merito prevalete: *ex plurimis*, vedi Cass., 7 ottobre 1980, n. 5474, in *FI*, 1980, I, c. 2707, con nota di PROTO PISANI; in *GC*, 1981, p. 323, con nota di FINOCCHIARO e in *RTCP.*, 1982, p. 336, con nota di SILVESTRI. Nell’arresto indicato, il Supremo Collegio aveva statuito che l’art. 612 c.p.c. poteva essere utilizzato solo nel caso in cui il provvedimento di consegna del minore era suscettibile di passare in giudicato. È da rilevare che, sempre secondo questa pronuncia, i provvedimenti interinali, in quanto ontologicamente instabili, invece, potevano essere eseguiti solo secondo forme atipiche (per le quali vedi un accenno nel testo).

Interessante ricordare che la posizione *de quo* aveva ricevuto anche l’avvallo della Consulta, cfr. Corte Cost., 2 marzo 1987, n. 68, in *GiC*, 1987, I, p. 555; in *FI*, 1987, I, c. 2913.

Ancora, una particolare variante di tale impostazione è stata offerta da Borré, teorizzazione leggibile in BORRÉ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1996, e, sinteticamente, in FORNACIARI, *L’attuazione cit.*, p. 92-97.

¹⁶ In questo senso, DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, Napoli, 1901, p. 107; NAPPI, *Trattato di diritto concordatario e civile*, Milano, 1940, p. 245. Per più ampi riferimenti bibliografici, FORNACIARI, *L’attuazione cit.*, 37-45 e relative note.

¹⁷ A favore di questa soluzione (sostenendo anche un eventuale ausilio da parte della Polizia Giudiziaria), in giurisprudenza, si veda proprio la Cass. di Napoli citata *supra* in questo paragrafo.

¹⁸ ANDRIOLI, *In tema di esecuzione dei provvedimenti di affidamento della prole*, in *Foro it.*, 1952, c. 124; CEA, *L’esecuzione coattiva degli obblighi di affidamento della prole*, in *Riv. Dir. civ.*, 1982, p. 928,

¹⁹ Così, MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, VI, 5^a ed., Torino, 1933, p. 1027; REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, 2^a ed., Milano, 1957. Per maggiori indicazioni bibliografiche, vedi FORNACIARI, *Attuazione cit.*, 45-56 e relative note.

²⁰ AMATUCCI, *Efficacia esecutiva dei provvedimenti ed esecuzione*, in *Quad. del C.S.M.: La riforma del processo civile*, 1986, p. 184; MALAGÚ, *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, Milano, 1986, p. 103. Per puntuali riferimenti bibliografici, si rinvia sempre a FORNACIARI, *Attuazione cit.*, p. 60-76 e relative note.

Ancora più originale era la posizione di chi optava per l'esecuzione c.d. in via breve²¹, ossia per un procedimento esecutivo informale – diretto dal giudice della cognizione – nato per soddisfare le esigenze di celerità e tempestività legate all'attuazione di provvedimenti di natura cautelare (quali, ad esempio, i provvedimenti presidenziali *ex art. 708*, comma 3, c.p.c.).

Infine, altri interpreti paventavano il ricorso a forme di esecuzione indiretta, sul modello dell'*astreinte* francese²², ovvero l'applicabilità di strumenti di coercizione di natura penale, quali quelli previsti dall'art. 388, comma 2, c.p. (disposizione che punisce la condotta di elusione dell'esecuzione di un provvedimento del giudice civile che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, prevedendo la reclusione fino a tre anni o la multa da euro 103 a euro 1.032); o dall'art. 650 c.p. (fattispecie residuale che punisce la mancata osservanza di qualsiasi provvedimento dell'autorità con l'arresto fino a tre mesi o la multa fino a 206 euro²³).

A questa situazione di totale carenza normativa e di fervida elaborazione dottrinale, il legislatore della fine degli anni ottanta ha cercato di porre rimedio – almeno nei casi di dissoluzione del vincolo matrimoniale – modificando la L. n. 898/1970 (c.d. legge sul divorzio²⁴), il cui art. 6, comma 10, all'uopo inserito, recita: «*All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito, e, nel caso previsto dal comma 8 [e cioè nel caso di temporanea impossibilità di affidamento del minore ad uno dei genitori], anche d'ufficio. A tal fine copia del provvedimento di affidamento e' trasmessa, a cura del pubblico ministero, al giudice tutelare*».

La disposizione non brilla, se non per la definitiva conferma di coercibilità dell'obbligo di consegna del minore e di tutti gli altri obblighi a carattere personale in capo ai genitori. Infatti, questa, oltre a disciplinare l'attuazione dei provvedimenti di affidamento della prole esclusivamente in caso di divorzio, è nondimeno caratterizzata da eccessiva imprecisione e lascia irrisolte diverse questioni, non chiarendo quale sia la procedura da seguire per l'attuazione degli obblighi familiari e quale debba essere, nella stessa, il ruolo del giudice tutelare²⁵.

Invero, ciascuna delle soluzioni passate in rassegna si è rivelata inidonea a tutelare efficacemente i diritti e gli interessi protetti. Alla luce di questo rilievo, dev'essere ora analizzato l'art. 709 *ter* c.p.c., norma ancora nell'occhio del ciclone seppur non più recentissima.

3. Il legislatore corre ai ripari? L'art. 709 *ter* c.p.c.

²¹ In dottrina, a favore di questa ipotesi, COSTANTINO, *Sull'esecuzione dei provvedimenti di affidamento della prole*, in *Atti del convegno Persona e comunità familiare*, Napoli, 1985, p. 470; GALBIATI, *Provvedimenti temporanei ed urgenti nell'interesse della prole*, in *Nuov. Dig. it.*, 1975, p. 546. Per più ampi riferimenti e per un'analisi della giurisprudenza vedi ancora FORNACIARI, *Attuazione cit.*, p. 76-82; FARINA, *op. cit.*, p. 271-272; CONSALES, *op. cit.*, p. 495.

²² In questo senso, CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, p. 86. In giurisprudenza, prima della modifiche legislative (sulle quali vedi i paragrafi successivi), Corte d'Appello di Firenze, 11 maggio 1911.

²³ Si vedano DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, p. 235; CARPI, *I provvedimenti temporanei ed urgenti del Giudice Tutelare e gli affidamenti familiari*, in AA. VV., *Affidamenti familiari*, Padova, 1973, p. 190.

²⁴ Recante "Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio", pubblicata in *G.U.* 3 dicembre 1970, n. 306.

²⁵ Parlano di «oscura formulazione della norma», CARPI-GRAZIOSI, *Procedimenti in tema di famiglia*, in *Dig., Disc. Priv., Sez. civ.*, Torino, 1996, p. 553. Vedi anche, FORNACIARI, *L'attuazione cit.*, p. 233-250; FARINA, *op. cit.*, p. 273. In realtà, secondo DANNOVI, *Le misure sanzionatorie e tutela dell'affidamento*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 607, tale lettura è riduttiva poiché la norma non attribuirebbe esclusivamente la competenza al giudice – che sia giudice del merito o giudice tutelare – ma «accorderebbe a quest'ultimo piena libertà di determinazione, senza obbligo di seguire schemi predefiniti, le modalità concrete di rispetto e attuazione del provvedimento».

Come si è avuto modo di vedere brevemente nel paragrafo precedente, v'era unanimità nel lamentare l'assenza di un mezzo che consentisse l'attuazione dei provvedimenti in materia familiare e, soprattutto, in materia di affidamento.

Il legislatore è intervenuto a colmare – almeno nelle intenzioni – questa lacuna, inserendo nel codice di procedura, con l'art. 2, comma 2, della L. 8 febbraio 2006, n. 54²⁶, l'art. 709 *ter*, che disciplina – non soltanto le controversie che possono insorgere in materia di potestà ed affidamento ma anche – un sistema sanzionatorio volto a contrastare l'inadempimento dei provvedimenti adottati.

La disposizione, per come complessivamente strutturata, ha immediatamente attirato le attenzioni (*rectius*, le critiche) di attenta dottrina; essa, invero, è formulata in maniera poco chiara²⁷ e non consente una precisa individuazione neppure delle fattispecie in essa ricomprese. Tanto ha fatto credere a taluni che la norma sarebbe applicabile anche nei casi di inadempimento degli

²⁶ La legge, recante «*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*», pubblicata in *G.U.* 1 marzo 2006, n. 50, è entrata in vigore il 16 marzo 2006.

²⁷ In merito alla scarsa chiarezza e tecnicità dell'art. 709 *ter* c.p.c., ed in generale sulla disposizione, si vedano, LUPOI, *Commento al 709 ter c.p.c.*, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di CARPI-TARUFFO, Padova, 2006, p. 2019; ID., *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 4, p. 1092; FINOCCHIARO, *Procedimento ad hoc per le liti sulla potestà*, in *Guida dir.*, 2006, p. 53; ID., *Misure efficaci contro gli adempimenti*, *ivi*, p. 58; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 372; BALENA, in BALENA-BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, p. 440 ss.; DANОВI, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1007; ID., *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento cit.*, p. 603; ID., *Inammissibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 6, p. 1538 ss.; CEA, *L'affidamento condiviso. II. Profili processuali*, in *Foro it.*, 2006, c. 96; SACCHETTI, *Affido condiviso: i nodi da sciogliere*, in *Dir. giust.*, 2006, 38, p. 113; ROSSINI, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di BRIGUGLIO-CAPPONI, I, Padova, 2007, p. 395; CARRATTA, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile*, diretto da CHIARLONI, II, Bologna, 2007, p. 1553; FINOCCHIARO-POLI, *Esecuzione dei provvedimenti di affidamento dei minori*, in *Dig. it., Disc. Priv., Sez. civ., III*, Torino, aggiornamento 2007, p. 532; ONNIBONI, *Ammonizioni e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2007, 8/9, p. 825; GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam.*, 2006, p. 1882; ID., *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, in *Dir. fam.*, 2008, p. 889-891; ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 404; FAROLFI, *L'art. 709 ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva o punitiva?*, in *Fam. dir.*, 2009, 6, p. 611; VULLO, *Competenza ed oggetto delle controversie promosse ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2009, 1, p. 45; ID., *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, in *Fam. e dir.*, 2010, 10, p. 928; ID., *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone, Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Tomo I, (a cura di) CHIARLONI, Bologna, 2011, p. 294 ss.; TOMMASEO, *Applicazioni giurisprudenziali di una norma controversa: ancora sull'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2010, 7, p. 706; ID., *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2010, 11, p. 1057; ASTIGGIANO, *L'art. 709 ter c.p.c. tra posizioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali; in particolare, i mezzi di gravame esperibili*, in *Fam. e dir.*, 2011, 6, p. 574 ss.; PERNIGOTTO, *Sulla competenza territoriale per le domande ex art. 709 ter c.p.c. proposte in via autonoma*, in *Fam. e dir.*, 2011, 10, p. 931 ss.

obblighi a contenuto patrimoniale²⁸, opinione che pare essere anche avvallata da parte della giurisprudenza di merito²⁹.

Invero, il dato testuale non è decisivo: si parla di provvedimenti da adottare e/o modificare in caso di “*gravi inadempienze*” e/o “*atti che comunque arrechino pregiudizio al minore*”³⁰ (art. 709 *ter*, 2 comma, c.p.c.) e, dunque, non può affermarsi con certezza che tra questi non vi rientrino le statuizioni di ordine patrimoniale (si pensi al c.d. mantenimento, dal quale spesso derivano le risorse necessarie per lo sviluppo della personalità del minore). Nonostante ciò, il discorso sarà fatto unicamente in riferimento agli obblighi non patrimoniali, persuasi dall’idea che solo per questi operino gli accorgimenti dell’art. 709 *ter* c.p.c., in base a valutazioni d’ordine sistematico di più ampio respiro. Anzitutto, è nostra opinione³¹ che unicamente per la mancata attuazione di obblighi a carattere personale sia indispensabile (o quantomeno opportuno) il ricorso a forme di esecuzione indiretta³², le quali, altrimenti, peccherebbero per eccessiva compressione della sfera giuridica del “debitore”. In secondo luogo, come si è accennato in apertura³³, esistono nel nostro ordinamento degli strumenti incisivi per assicurare l’esecuzione degli obblighi a contenuto patrimoniale in campo familiare, obblighi che risultano, perciò, già assistiti da una tutela particolareggiata.

Le precisazioni circa la portata applicativa dell’articolo in commento non finiscono qui. Infatti, per espressa previsione del legislatore del 2006 (art. 4, comma 2, della L. 54/2006), l’art. 709 *ter* c.p.c. risulterà invocabile non solo in sede di giudizio di separazione tra i genitori, ma anche in caso di scioglimento, cessazione degli effetti civili, nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati³⁴.

²⁸ SACCHETTI, *op. cit.*, p. 113; ZINGALES, *op. cit.*, p. 407; AMRAM, in base alla comparazione con altri ordinamenti europei, *op. cit.*, p. 536.

²⁹ Tra le tante, Trib. Varese, ord. 7 maggio 2010, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 472 ss.; Trib. Napoli, 7 marzo 2008, in *Fam. e minori*, 2008, 7; Trib. Modena, ord. 29 gennaio 2007, in *Fam. dir.*, 2007, 7/8, p. 823 ss., con nota di ONNIBONI citata; Trib. Bologna, dec. 19 giugno 2007, consultabile su www.affidamentocondiviso.it; Trib. Termini Imerese 12 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3243.

³⁰ L’ultima condizione per l’adozione del provvedimento – e cioè che ci siano atti che ostacolino l’esercizio dell’affidamento – non sembra, invece, in alcun modo riferibile ad atti che abbiano una valenza economica.

³¹ Nello stesso senso sembrerebbe, non in virtù di una esclusione *a priori* ma in base ad esigenze sistematiche, GRAZIOSI, *L’esecuzione forzata cit.*, p. 892; ONNIBONI, *op. cit.*, p. 828; DANNOVI, *Misure cit.*, p. 618, per il quale la *ratio* della norma è segnatamente quella di garantire obblighi infungibili; VULLO, *Commento cit.*, p. 301. In giurisprudenza, Contro l’interpretazione estensiva del 709 *ter* c.p.c., Corte App. Roma, 28 gennaio 2009, consultabile in www.leleggiditaliaperlapa.it; Trib. Pisa, 12 marzo 2008, n. 367; Trib. Termini Imerese, 12 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, p. 3243.

³² Che possa parlarsi di esecuzione indiretta è affermato dalla dottrina maggioritaria. Vedi FINOCCHIARO, *Un giudizio garantisce la corretta esecuzione*, in *Guida dir.*, 2006, 11, p. 64, secondo il quale il procedimento attivabile in base all’art. 709 *ter* c.p.c. avrebbe carattere esecutivo, nel senso che risulterebbe sostanzialmente funzionale ad una corretta applicazione dei provvedimenti in materia di affidamento della prole. Nel senso che l’art. 709 *ter* preveda un procedimento «schiettamente cognitivo, seppur finalizzato a consentire l’attuazione (volontaria o forzata) dei provvedimenti sulla potestà»; VULLO, *Commento all’art. 709 ter c.p.c. cit.*, p. 298, p. 302-304. Secondo DANNOVI, *Inammissibilità del ricorso per cassazione cit.*, p. 1541, l’art 709 *ter* c.p.c. darebbe atto «dell’inadeguatezza dei modelli tradizionali di esecuzione forzata per l’attuazione dei provvedimenti in materia di affidamento e consegna dei minori, introducendo nel sistema uno strumento capace di agire sul piano della garanzia stessa del rispetto dei provvedimenti assunti. Da questo punto di vista, le misure in esame confermano l’idea che l’effettività della tutela giurisdizionale in questo ambito presuppone l’attribuzione al giudice della cognizione del potere di emanare provvedimenti eterogenei, e con essi strumenti anche di natura compulsoria».

³³ Vedi *supra*, nota 1.

³⁴ Così VULLO, *Competenza cit.*, p. 45, spec. nota 1); DANNOVI, *Misure cit.*, p. 609. Secondo CASABURI, *La nuova legge sull’affidamento condiviso (ovvero, forse: tanto rumore per nulla)*, in *Corr. mer.*, 2006, p.

Ciò detto, passiamo ad analizzare la norma.

Il primo comma si occupa di individuare, in maniera abbastanza enigmatica, il giudice competente. Se viene prevista espressamente la competenza del tribunale – che giudicherà in composizione collegiale – del luogo di residenza del minore per i procedimenti che vengono proposti in via autonoma nelle forme dei procedimenti di modifica dei provvedimenti relativi alla separazione (art. 710 c.p.c.), più criptica è invece la norma quando disciplina la competenza a risolvere le controversie ed adottare i provvedimenti ivi disciplinati quando si tratti di procedimenti proposti in via incidentale. In tal caso, secondo il primo comma, sarà competente “il giudice del procedimento in corso”, non essendo chiaro se si questi debba essere il giudice istruttore o il collegio. Le soluzioni proponibili e, in effetti, proposte sono tre. Si è, infatti, ritenuto di: a) affidare la competenza sempre e comunque al giudice istruttore³⁵; b) affidare la competenza sempre e comunque al collegio³⁶; c) affidare la competenza al primo piuttosto che al secondo in ragione dell’effettivo contenuto del provvedimento³⁷. Secondo quest’ultimo orientamento, il giudice istruttore dovrebbe assumere i provvedimenti opportuni per dirimere le controversie oggetto di tale norma, modificare i provvedimenti preesistenti ed anche, ma non per tutti, ammonire il genitore ai sensi del n. 1), mentre al collegio spetterebbe il potere di adottare le misure di cui ai nn. 2), 3) e 4) (segnatamente condanna al risarcimento del danno e sanzione pecuniaria).

Da parte nostra, si condivide la soluzione *sub a)*, sostenuta anche dalla maggior parte della giurisprudenza di merito, poiché affidare la competenza ad adottare tutti i provvedimenti al giudice istruttore potrebbe assicurare quantomeno la tempestività della tutela.

Nulla è detto sull’eventualità in cui le inadempienze o violazioni degli obblighi genitoriali vengano sottoposti all’attenzione del giudice dell’impugnazione. In quest’ipotesi si ritiene che la competenza spetti al giudice d’appello anche nel caso in cui la controversia penda dinanzi alla Suprema Corte, poiché il giudice del gravame sarebbe, in quanto ultimo giudice del merito che si è occupato della questione³⁸, quello più indicato a conoscere delle inadempienze o violazioni dei genitori.

La forma dell’atto introduttivo del procedimento è il ricorso. Il rito applicabile dovrebbe essere quello camerale³⁹. Alcuni autori, in base al tenore letterale della disposizione (ed in particolare sull’*Incipit* del secondo comma che recita “a seguito del ricorso”), hanno sostenuto che i meccanismi del 709 *ter* c.p.c. operino solo in virtù di domanda di parte⁴⁰. Non è mancato, però, chi, facendo leva sul carattere *lato sensu* pubblicistico dell’interesse protetto, o anche sul riferimento ai “provvedimenti opportuni” contenuto nella norma, ha ritenuto che il giudice possa pronunciare

565 ss., tale procedimento non sarebbe, invece, abdicabile nel caso di genitori uniti in matrimonio o comunque conviventi.

³⁵ In questo senso parte della dottrina e parte della giurisprudenza di merito. Vedi, per le motivazioni, *ex plurimis*, GRAZIOSI, *Profili processuali cit.*, p. 1885; ONNIBONI, *op. cit.*, p. 830; CASABURI, *op. cit.*, p. 572. In giurisprudenza, Trib. Varese, ord. 7 maggio 2010 *cit.*; Trib. Modena, ord. 29 gennaio 2007, in *Fam. dir.*, 2007, p. 823; Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Giur. merito*, 2007, p. 2635; Trib. Salerno, sez. I, 22 dicembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, p. 927; Trib. Varese ord., 7 maggio 2010, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, p. 472.

³⁶ Vedi, tra tanti, CARRATTA, *Commento cit.*, p. 1559. In giurisprudenza, Trib. Pisa ord., 19 dicembre 2007, in *Fam. dir.*, 2009, p. 43, con nota di VULLO citata.

³⁷ Così, LUPOI, *Aspetti processuali cit.*, p. 1094, p. 1101; CEA, *op. cit.*, p. 101. In giurisprudenza, conforme, sembrerebbe, Trib. Catania, ord., 29 settembre 2006, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, p. 372.

³⁸ Così, LUPOI, *op. cit.*, p. 1095; ZINGALES, *op. cit.*, p. 430.

³⁹ In questo senso, si veda la Cass. citata *infra* alla nota 65.

⁴⁰ In tal senso LUPOI, *Aspetti processuali cit.*, p. 1100; VULLO, *Commento cit.*, p. 316.

d'ufficio i provvedimenti di cui al secondo comma⁴¹, o, se non tutti, almeno quelli contenenti le misure di cui ai nn. 1) (ammonimento)⁴² e 4) (sanzione pecuniaria)⁴³.

Quest'ultima soluzione è da condividere in quanto ha il pregio di far esprimere al massimo le "potenzialità" della norma in commento, consentendo al giudice, non vincolato alla domanda di parte – sia nel caso della misura di minor severità (che funge, come si vedrà a breve, da mero richiamo e non può essere considerata lesiva per il destinatario), che in quella, invece, più severa della sanzione (derogando al principio della domanda di parte per realizzare un interesse che può dirsi, senza timore di smentite, prevalente) – di adottare il mezzo evidentemente più adeguato.

4. I provvedimenti funzionali all'attuazione degli obblighi genitoriali.

E veniamo alla natura delle misure *ex art. 709 ter c.p.c.*⁴⁴. Si tratta, segnatamente, del potere di: "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 a un massimo di 5.000 euro in favore della Cassa delle ammende".

Mentre non vi sono molti dubbi sulla natura coercitiva della misura di cui al n. 4), diversi problemi sussistono nel ricondurre al *genus* delle misure coercitive i nn. 2) e 3), mentre meno dibattuta è la questione rispetto all'ammonimento di cui al n. 1), essendo questo un provvedimento al quale non è collegata alcuna sanzione, quantomeno patrimoniale.

I diversi interventi-provvedimenti del giudice possono essere adottati anche congiuntamente⁴⁵ e risultano ordinati «*in un crescendo di incisività ed invasività*»⁴⁶. Il più tenue in punto di severità è l'ammonimento previsto dal n. 1) a carico del genitore inadempiente al quale è difficile assegnare un'effettiva funzione deterrente⁴⁷ o coercitiva, a meno che non si ammetta – come suggerito da

⁴¹ DANOVI, *Inammissibilità del ricorso per cassazione cit.*, p. 1545-1546 testo e nota 25. Secondo l'autore: "Poiché il bene giuridico protetto è comune e ha carattere metaindividuale, pare quindi maggiormente consonante che l'intervento giudiziale possa esprimersi sempre *ex officio*, anche dove l'effetto concreto del provvedimento si risolve – *de facto* – nella determinazione di un'obbligazione di carattere monetario in favore del danneggiato".

⁴² Nel senso che la sanzione costituita dall'ammonimento possa essere pronunciata d'ufficio, vedi in giurisprudenza Tribunale di Modena, sez. II, 20 gennaio 2012, in *Giur. merito*, 2012, 3, p. 600 ss.

⁴³ Così, LUPOI, *Commento all'art. 709 ter cit.*, p. 2356; TOMMASEO, *Le nuove norme cit.*, p. 401; ZINGALES, *op. cit.*, p. 414, il quale comunque mantiene ferma la convinzione che l'avvio del procedimento postula comunque la formulazione di una istanza. In giurisprudenza, Trib. Vallo della Lucania, 7 marzo 2007 leggibile, in motivazione su www.personaedanno.it; per quanto concerne la sola ammonizione, Trib. Catania, 11 luglio 2006, leggibile su www.affidamentocondiviso.it.

⁴⁴ L'appellativo generico di "misure" usato nel testo finora è voluto e non senza significato: come si vedrà subito, la natura dei provvedimenti è controversa ma, soprattutto, i provvedimenti non appartengono, a nostro parere, tutti allo stesso *genus*.

⁴⁵ Così BALENA, *Il processo di separazione cit.*, p. 422; FINOCCHIARO, *Misure efficaci cit.*, p. 61; CARRATTA, *op. cit.*, p. 1566; CASABURI, *op. cit.*, p. 572.

⁴⁶ Il rilievo è di LUPOI, *Aspetti processuali cit.*, p. 1097. Nello stesso senso GRAZIOSI, *Profili processuali cit.*, p. 1882, che parla di «un vero e proprio sistema progressivo di misure indirette».

⁴⁷ Così FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti cit.*, p. 61, per il quale il provvedimento riecheggia la struttura di una sanzione disciplinare; ROSSINI, *op. cit.*, p. 407, per il quale non si può «seriamente confidare che colui che si sia reso inadempiente ai propri obblighi di genitore si ravveda a seguito di un'ammonizione del giudice». Per ZINGALES, *op. cit.*, p. 415, la misura non ha carattere immediatamente afflittivo ma bisogna considerare che essa possa fungere da "apripista" per la modifica dei provvedimenti esistenti o per l'emanazione delle altre misure.

parte della dottrina – che il giudice, in seguito all’ammonimento, continui a vigilare sul comportamento del genitore intimato⁴⁸ ovvero che più ammonizioni possano giustificare l’adozione di provvedimenti più severi inerenti o la modifica di provvedimenti adottati⁴⁹.

Quanto ai numeri 2) e 3) del secondo comma dell’art. 709 *ter* c.p.c., questi prevedono due rimedi di difficile inquadramento secondo i quali il giudice può disporre il risarcimento dei danni a carico del genitore che ha posto in essere inadempienze o violazioni, o nei confronti del minore o dell’altro genitore. Anzitutto si discute se tali rimedi abbiano natura risarcitoria⁵⁰, sanzionatoria in senso stretto con valenza pubblicistica⁵¹, o vera e propria natura coercitiva⁵² (qualificazione, quest’ultima, non priva di utilità pratica: basti pensare che la tutela sanzionatoria, diversamente da quella risarcitoria, prescinde dall’accertamento del danno); ma nodo centrale da sciogliere è stabile se le condanne di cui ai nn. 2) e 3) possano essere la porta di ingresso nel nostro ordinamento dei *punitive damages*⁵³. Con questa espressione, si fa riferimento all’istituto anglosassone che si concretizza in una sorta di integrazione dell’ammontare del danno liquidato, a prescindere dall’effettiva reintegrazione del patrimonio del danneggiato, in funzione sanzionatoria. A parte i dubbi sulla correttezza di questa interpretazione⁵⁴, va rilevato che tradizionalmente vi è nel nostro ordinamento una certa riluttanza a dare riconoscimento all’istituto⁵⁵. Ancora, nel senso dell’esclusione della valenza sanzionatoria delle condanne *ex* 2) e 3) deve essere vista la possibilità di cumulare i rimedi risarcitori e la sanzione amministrativa, pena la duplicazione di sanzioni a carico del soggetto⁵⁶. Infine, assecondando l’interpretazione in esame si stravolgerebbe il dato testuale della norma: come potrebbe sostenersi che il legislatore abbia codificato una forma di *punitive damages* quando il risarcimento viene disposto nei confronti del minore?

L’alternativa sostenuta in dottrina⁵⁷ è nel senso di ritenere che le condanne di cui ai numeri 2) e 3) assecondino il *trend* giurisprudenziale⁵⁸ favorevole all’applicazione della fattispecie di responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.) ai rapporti endofamiliari, codificando una sorta di risarcimento del danno da illecito endofamiliare (danno da dimostrare, non sussistente *in re ipsa*).

⁴⁸ DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2006, p. 154-155.

⁴⁹ LUPOI, *Commento all’art. 709 ter cit.*, p. 2356.

⁵⁰ In dottrina, vedi VULLO, *Affidamento cit.*, p. 930, il quale sostiene che una tale configurazione non esclude, come possibile conseguenza, l’esercizio di coercizione sul soggetto inadempiente; ID., ancora più chiaramente, *Commento cit.*, p. 324-326; MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all’art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 4, p. 980.

⁵¹ *Ex plurimis*, ROSSINI, *op. cit.*, p. 407, anche note 16 e 17; DANOVI, *Le misure cit.*, p. 613.

⁵² In questo senso, FINOCCHIARO-POLI, *op. cit.*, p. 547; DELL’UTRI, *Funzione ed efficacia (note a margine) dell’art. 709 ter c.p.c.*, in *Giur. merito*, 20008, p. 1584. Così, sembrerebbe, GRAZIOSI, *Profili processuali cit.*, p. 1884-1885, per il quale la funzione coercitiva delle misure in parola implica che esse abbiano prevalente funzione punitiva e, di conseguenza, la determinazione del danno sarà commisurata all’entità della lesione. In giurisprudenza, per l’accostamento all’*astreinte*, vedi Trib. Napoli, 30 aprile 2008, in *Fam. dir.*, 2008, p. 1024.

⁵³ Vedi, per una riflessione in materia, LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall’art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, nota a Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 64.

⁵⁴ Per approfondimenti vedi SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 2, p. 914 ss.

⁵⁵ Una delle più recenti pronunce in materia è Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 497, con nota di FAVA; in *Foro it.*, 2007, I, c. 1460, con nota di PONZANELLI; in *Giur. it.*, 2008, p. 395, con nota di GIUSSANI. In dottrina, vedi D’ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007.

⁵⁶ Anche SPOTO, *op. cit.*, p. 917.

⁵⁷ ROSSINI, *op. cit.*, p. 407-408.

⁵⁸ Così, tra le tante, Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno Resp.*, 2000, p. 835, con note di MONATERI e di PONZARELLI; Cass., 10 maggio 2005, in *Fam. Dir.*, 2005, p. 365, con note di SESTA e FACCI.

E passiamo alla condanna di cui al n. 4).

È fuor di dubbio che essa preveda una vera e propria penalità di mora in materia familiare nel caso delle inadempienze e violazioni a cui la norma fa genericamente riferimento⁵⁹. Lo scopo di detta previsione parrebbe essere segnatamente di esercitare pressione sul genitore in modo da spingerlo ad adempiere minacciando, in caso contrario, la realizzazione di un “male” maggiore, costituito dalla condanna al versamento a favore della Cassa delle ammende (ossia un ente con personalità giuridica istituito presso il Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria), una “*sanzione amministrativa*” pecuniaria compresa tra un minimo di 75 ed un massimo di 5.000 euro.

Individuata – non senza contrasti – la natura della condanna di cui al 4), non v’è, però, unanimità di vedute nell’individuazione del modello al quale il legislatore si sarebbe ispirato. Accanto a chi sostiene che sia stata introdotta una vera e propria *astreinte* in materia di diritto di famiglia⁶⁰, v’è chi ritiene che il legislatore si sarebbe rifatto, seppur non aderendovi integralmente, al modello tedesco⁶¹. In ogni caso, ferma è l’attribuzione di una valenza pubblicistica alla misura. Nondimeno, però, come evidenziato, il legislatore ha utilizzato inopportuno i termini «*sanzione amministrativa*»⁶² (è ragionevole pensare che tale aggettivo voglia far trapelare il carattere pubblico dell’interesse tutelato, e cioè quello della protezione dei minori nelle situazioni di dissoluzione del vincolo familiare). In effetti, la sanzione amministrativa è irrogata come conseguenza di un comportamento tenuto in violazione di una disposizione di carattere amministrativo o di un provvedimento amministrativo. Dunque, sembra più opportuno mantenere ferma la distinzione tra questa particolare sanzione amministrativa pecuniaria e quelle di cui alla L. n. 689/1981 e ritenere, di conseguenza, inapplicabile le disposizioni ivi previste⁶³.

Per concludere il discorso, sembra opportuno spendere qualche parola in punto di individuazione dei mezzi di impugnazione dei provvedimenti emanati a seguito dei possibili scenari tracciati dal 709 *ter* c.p.c. Anche qui si sconta un’eccessiva genericità del legislatore. L’ultimo comma della disposizione citata stabilisce unicamente che: “*I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari*”. Nonostante autorevoli voci dissenzienti sul punto⁶⁴, il fatto che si sia usata l’espressione “*modi ordinari*” e non si sia parlato di “*mezzi ordinari*” – nel qual caso sarebbe stato molto più evidente il riferimento alle impugnazioni proponibili avverso la sentenza ai sensi dell’art. 323 c.p.c. (rubricato, appunto, «*Mezzi di impugnazione*») – fa pensare che i rimedi esperibili debbano dipendere dal provvedimento concretamente adottato⁶⁵, interpretazione, che qui si condivide, fatta propria anche dalla giurisprudenza di legittimità⁶⁶.

⁵⁹ Secondo VULLO, *Commento all’art. 709 ter cit.*, p. 329, «ci troviamo dinanzi ad una misura di esecuzione indiretta, che potrebbe rivelarsi concretamente efficace; sarà compito del giudice, peraltro, evitare che tali provvedimenti assumano carattere vessatorio, sia utilizzando il nuovo strumento con una certa prudenza sia modulando con ragionevolezza l’ammontare della condanna (...)».

⁶⁰ Un accenno lo fa BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. fam. e per.*, 2006, p. 680; SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 372; DANOVÌ, *op. cit.*, p. 616. Per una riflessione sull’*astreinte*, si rinvia a PUCCIARIELLO, *Misure coercitive indirette nell’ordinamento francese: l’astreinte*, in *L’esecuzione processuale indiretta*, (a cura di) CAPPONI, Milano, 2011, p. 43 ss.

⁶¹ In questo senso, FINOCCHIARO-POLI, *op. cit.*, p. 534; ROSSINI, *op. cit.*, p. 409; PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 2. Per i caratteri generali delle *Zwangsstrafen* si rinvia nuovamente a PUCCIARIELLO, *Le misure di esecuzione indiretta (Zwangsstrafen) nel diritto tedesco*, *op. cit.*, p. 48 ss.

⁶² DANOVÌ, *Le misure cit.*, p. 616.

⁶³ In senso totalmente contrario a quello del testo, FINOCCHIARO, *Misure efficaci cit.*, p. 63.

⁶⁴ BALENA, *op. cit.*, p. 423, il quale è a favore dell’applicabilità dell’appello.

⁶⁵ In questo senso, LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 250; GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 1886; FINOCCHIARO-POLI, *op. cit.*, p. 549-550; ROSSINI, *op. cit.*, p. 409. In giurisprudenza, oltre

La forma della misura non sarà, dunque, fissa ed immutabile, anche se non è chiaro di quali provvedimenti si debba trattare. Eccettuata l'ipotesi dei provvedimenti di cui al primo comma della norma in esame, che dovrebbero essere adottati sempre con ordinanza, quanto alle misure di cui al comma secondo, v'è chi ritiene che debbano essere adottate sempre con il provvedimento destinato a chiudere procedimento (e, quindi – a seconda che si tratti di giudizio per la separazione o divorzio o giudizio *ex art. 710 c.p.c.* – in forma di sentenza ovvero decreto⁶⁷). Altri autori sostengono ragionevolmente che il provvedimento dovrebbe avere la forma dell'ordinanza⁶⁸, ordinanza che, adottata in corso di causa, avrebbe come pregio quello di rendere tempestivo l'intervento del giudice. Infine, taluni disegnano il provvedimento in base al suo effettivo contenuto: in particolare, l'ammonimento potrebbe essere assunto con ordinanza in corso di causa, mentre le altre misure, specialmente quelle risarcitorie, dovrebbero essere assunte con sentenza⁶⁹.

5. L'art. 709 *ter* c.p.c. e l'art. 614 *bis* c.p.c.: quale confronto?

L'art. 614 *bis* c.p.c. (introdotto con la L. n. 69/2009, disciplina, come noto, una misura di carattere generale astrattamente applicabile a diverse fattispecie⁷⁰; risulta, pertanto, necessario interrogarsi sul possibile utilizzo di questa penalità per l'attuazione degli obblighi in materia familiare⁷¹. Come è stato rilevato⁷², l'inavveduto legislatore non ha pensato ad approntare una normativa di raccordo tra la previsione di nuovo conio e le singole misure coercitive già previste qui e lì nel nostro ordinamento, lasciando agli interpreti il compito di sciogliere i nodi che tale raccordo presenta.

In sede di primo commento, si è messo in rilievo il fatto che il legislatore, avendo espressamente escluso dal campo di applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c. determinate materie – la tutela indiretta non sarà, infatti, invocabile per le controversie di lavoro di lavoro pubblico e privato e per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c. – abbia lasciato aperta la discussione rispetto agli altri rapporti, tra i quali figurano appunto quelli di famiglia⁷³.

A ben vedere, gli istituti che si mettono a confronto hanno struttura, funzioni e caratteristiche diverse. Quanto a: A) legittimazione a chiedere la tutela: come visto, un'interpretazione sistematica dell'art. 709 *ter* c.p.c., permette agli interpreti di ritenere che alcuni provvedimenti attivabili officiosamente, diversamente da quanto può dirsi per la sanzione di cui al 614 *bis* c.p.c. B) potere nel determinare l'ammontare della sanzione: nel 614 *bis* c.p.c., infatti, non sono stati fissati né un minimo né un massimo edittale. C) soggetto a favore del quale la somma è erogata: diversamente

alla pronuncia della Suprema Corte citata alla nota successiva, vedi Tribunale per i minorenni Catania, 4 maggio 2011, leggibile su www.dejure.giuffrè.it.

⁶⁶ Cass., sez. I, 22 ottobre 20120, n. 21718, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 6, p. 1538, con nota di DANOVI cit.; in *Fam. e dir.*, 2011, 6, p. 573, con nota di ASTIGGIANO cit.

⁶⁷ Così CEA, *op. cit.*, p. 101.

⁶⁸ DE FILIPPIS, *op. cit.*, p. 157; GRAZIOSI, *Aspetti processuali cit.*, p. 1885; FINOCCHIARO-POLI, *op. cit.*, p. 548; ONNIBONI, *op. cit.*, p. 829.

⁶⁹ Con diverse sfumature, LUPOI, *op. cit.*, p. 1102; DANOVI, *Misure sanzionatorie cit.*, p. 1018; VULLO, *Affidamento cit.*, p. 929-930.

⁷⁰ Sul quale si rinvia a DELLE DONNE, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano*, in *L'esecuzione processuale indiretta*, (a cura di CAPPONI), cit., p. 123 ss.

⁷¹ A favore del cumulo AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1, p. 348.

⁷² SPOTO, *op. cit.*, p. 919.

⁷³ Parafrasando MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1557, la quale, infatti, si chiede: «Mi chiedo poi se nell'aver escluso solo i rapporti di lavoro in senso stretto non si sia infine fatto torto ad altre esclusioni possibili e ragionevoli: che dire ad esempio degli obblighi di fare/non fare inerenti i rapporti familiari?».

dal 709 *ter* c.p.c., l'art. 614 *bis* c.p.c. non specifica chi sia il beneficiario della misura coercitiva pecuniaria e, proprio il raffronto con la disposizione "parallela" volta a disciplinare la crisi familiare, ha fatto ritenere a taluno che il legislatore, quando abbia inteso far sì che una certa somma fosse devoluta ad un ente pubblico, lo abbia espressamente previsto⁷⁴.

Tra i primi commentatori, alcuni – cogliendo nel segno, se ci è permesso – si sono pronunciati contro l'ammissibilità del cumulo tra la misura di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. e le misure di condanna di cui all'art. 709 *ter* c.p.c.⁷⁵, giustificando tale inammissibilità sulla base del criterio "*lex specialis derogat lex generalis*". L'esistenza di una norma specifica per l'attuazione degli obblighi infungibili in materia di affidamento e problemi con l'esercizio della potestà genitoriale impedirebbe, per altri, non solo il cumulo tra le due misure, ma anche la possibilità di emettere una misura *ex art. 614 bis* in alternativa alle misure previste dall'art. 709 *ter* c.p.c.⁷⁶.

Nell'ottica dell'esclusione di un'applicazione immediata della penalità di mora a carattere generale nel campo familiare si è, infine, sostenuto che il paradigma dell'art. 614 *bis* c.p.c. potrebbe fungere da disciplina integrativa rispetto alle ipotesi speciali.

Detto ciò, anche chi volesse ammettere il cumulo tra taluna delle misure del 709 *ter* c.p.c. e la sanzione dell'art. 614 *bis* c.p.c., dovrebbe mettere in contro l'ipotesi che, in caso di liquidazione di diverse somme seppur a diversi titoli, sia destinata ad operare la clausola di iniquità⁷⁷, prevista come presupposto negativo per la concessione della tutela indiretta di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.

6. In sintesi.

Queste brevi note offrono degli spunti di riflessione su una disposizione, l'art. 709 *ter* c.p.c., che continua a far parlare di sé nonostante siano passati ormai sei anni dalla sua introduzione nel *corpus* normativo del codice.

È doveroso dire che la giurisprudenza e la maggior parte degli autori hanno provato a risolvere, con soluzioni più o meno condivisibili, tutti i problemi che la disposizione reca con sé: quello della sua esatta portata applicativa – cioè, essenzialmente, se possano sanzionarsi gli inadempimenti a carattere economico (problema risolto in senso positivo, si ripete, dalla prevalente giurisprudenza di merito) – quelli squisitamente processuali (giudice competente, rimedi esperibili avverso i provvedimenti, iniziativa per l'adozione delle misure, etc.), quelli inerenti alla natura delle misure di cui al comma secondo.

In particolare, da un'analisi della giurisprudenza di merito formatasi sul 709 *ter* c.p.c. emerge uno scarsissimo uso della condanna alla sanzione pecuniaria di cui al n. 4)⁷⁸, condanna, che – proprio per quello che fin qui si è detto – dovrebbe essere valutata, a nostro parere, come la chiave di volta del sistema di attuazione dei provvedimenti in materia di potestà genitoriale e di affidamento.

In altri termini, introdotto questo mezzo di esecuzione indiretta, bisognerebbe avere il coraggio di usarlo di più e magari in maniera reiterata nei confronti del genitore che faccia "orecchie da

⁷⁴ Così SPOTO, *op. cit.*, p. 926.

⁷⁵ Così VULLO, *Affidamento cit.*, p. 931-932. Il contributo è reso in commento a Trib. Salerno, sez. I, 22 dicembre 2009, che *ibidem* si legge nella parte motiva. È interessante qui rilevare come il giudice campano, pur avendo rilevato nel caso di specie la manifesta iniquità della misura *ex art. 614 bis* c.p.c., abbia nondimeno riconosciuto implicitamente l'ammissibilità del cumulo.

⁷⁶ Nello stesso senso CHIZZINI, *Commento all'art. 614 bis c.p.c.*, in BALENA, CAPONI, CHIZZINI, MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 165; TOMMASEO, *L'Adempimento dei doveri cit.*, p. 1063.

⁷⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, p. 210.

⁷⁸ Una studiosa ha messo in rilievo come solo 8 delle 92 decisioni di merito si sia condannato il genitore alla sanzione pecuniaria. Per dati completi, si veda AMRAM, *op. cit.*

mercante”, anche se non sembra necessario assumere un atteggiamento troppo severo in punto di *quantum* della sanzione (essendo il massimo edittale previsto dalla norma abbastanza alto). In questo modo, la penalità di mora in costanza di crisi familiare, lungi dall’essere una misura automatica e stereotipata⁷⁹, potrebbe rivelarsi versatile, riparatoria, tempestiva e, in virtù di queste caratteristiche, efficace.

⁷⁹ Si vedano le riflessioni svolte sulla sentenza della Corte EDU *supra*, § 1.