

L'ambito di applicazione dell'art. 709-ter c.p.c.

di Carmelo Padalino

L'art. 2, comma 2, della legge 8 febbraio 2006 n. 54 (rubricato «*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*») ha introdotto, nell'ordinamento processualistico, l'art. 709-ter c.p.c. (rubricato, a sua volta, «*Soluzioni delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*»), che ha individuato, sia in pendenza del giudizio di separazione o di divorzio che successivamente alla conclusione dello stesso, l'autorità giudiziaria competente, per un verso, a decidere le questioni insorte tra i genitori sull'esercizio della potestà o sulle modalità di affidamento dei figli (mediante la necessaria adozione di provvedimenti c.d. «opportuni»), e, per altro verso, a valutare le inadempienze, o le violazioni, commesse da uno dei genitori rispetto al provvedimento di affidamento della prole (pronunciando la eventuale modifica dei provvedimenti in vigore e l'adozione di una, o più di una, delle misure coercitive e sanzionatorie previste dalla richiamata disposizione normativa).

Con l'introduzione dell'art. 709-ter c.p.c., il legislatore ha voluto tutelare il diritto soggettivo del figlio minore alla bigenitorialità mediante due tipologie di interventi del Giudice, distinti ed autonomi gli uni dagli altri.

Il primo intervento consiste nella *soluzione delle controversie* insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità di affidamento della prole e si conclude con l'adozione di «provvedimenti opportuni».

È evidente che, in questo modo, il legislatore ha tutelato il diritto del figlio minore di ricevere cura, educazione ed istruzione da parte di entrambi i genitori, prevedendo uno strumento processuale in base al quale dovrebbe impedirsi ad uno dei genitori, in ipotesi di contrasto con l'altro, di assumere, unilateralmente, le decisioni di maggiore interesse per la vita dei figli, (ad es., relative alla scelta della scuola, al trasferimento della residenza ovvero alle terapie mediche da far seguire al minore).

A tal proposito, la Corte di cassazione ha chiarito che il principio di bigenitorialità introdotto dalla legge n. 54 del 2006: «trova attuazione, per

un verso, attraverso l'indicazione di una preferenza verso l'affidamento condiviso, e, per l'altro verso, in un modello di esercizio della potestà, ancorato al principio di responsabilità genitoriale, il quale si specifica mediante la previsione di una continuità di condivisione educativa»¹.

Il secondo intervento consiste, invece, nel *garantire l'attuazione e l'osservanza del provvedimento di affidamento dei figli*, a prescindere dall'esistenza di una controversia tra i genitori (che, pertanto, non è necessaria), ove si siano già verificate delle inadempienze o delle violazioni, da parte di uno di loro, e si conclude con l'eventuale modifica dei provvedimenti in vigore e con la possibile adozione, anche congiunta, delle misure coercitive previste nel secondo comma dell'art. 709-ter c.p.c.².

In quest'ultimo caso, la disposizione normativa in esame rappresenta un forte incentivo a correggere eventuali comportamenti inappropriati posti in essere da uno dei genitori, tenuto conto che il Giudice, accertata la grave inadempienza o violazione, potrà modificare il provvedimento in vigore (ad es., modificando il collocamento prevalente della prole ovvero il regime di affidamento, da condiviso ad esclusivo, o, ancora, introducendo il mantenimento indiretto in sostituzione di quello diretto) e potrà ricorrere al sistema di pressione psicologica (coercizione indiretta), mediante l'applicazione di una misura sanzionatoria e/o risarcitoria³.

Ciò in quanto per i genitori è diverso operare nell'ambito di una legislazione che consente l'estromissione di un genitore dalla vita dei figli (sia mediante l'impossibilità, causata da comportamenti posti in essere dall'altro genitore, di concorrere all'adozione delle scelte destinate ad incidere in maniera significativa e durevole sulla loro vita che mediante gli

¹ Cass. 3 aprile 2007, n. 8362, in *Famiglia e minori*, 2007, 5, 15, con nota di SPINA E PADALINO.

² App. Firenze 29 agosto 2007, in *Famiglia e minori*, 2008, 4, 70, con nota di PADALINO, secondo cui le disposizioni previste dall'art. 709-ter c.p.c. sono volte a: «garantire la attuazione dei provvedimenti giurisdizionali a favore dei figli».

³ Secondo la proposta di legge n. 66, d'iniziativa dell'On. Tarditi ed altri, presentata in data 30 maggio 2001, in *Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XIV Legislatura, Disegni di legge e relazioni, Documenti*, 8: «avere posto il diritto del minore alla bigenitorialità quale elemento centrale e portante della nuova normativa comporta un adeguamento delle tecniche di sanzione dei comportamenti con i quali uno dei genitori cerchi di impedire o pregiudicare i rapporti con l'altro» (in senso conforme la proposta di legge n. 643, d'iniziativa dell'On. Lucchese ed altri, nonché la proposta di legge n. 1558, d'iniziativa degli On. Vitali e Marras).

ostacoli frapposti alla loro frequentazione) da quella che, viceversa, incentiva e tutela la partecipazione di entrambi i genitori, fornendo precise *indicazioni sulla corretta impostazione dei rapporti nella famiglia separata* ⁴.

La circostanza che l'art. 709-ter c.p.c. non abbia un oggetto principale, consistente nella soluzione delle controversie insorte tra i genitori ⁵, ma disciplini, piuttosto, due interventi autonomi del Giudice, trova conferma nel fatto che la rubrica della citata disposizione normativa separa nettamente, attraverso la disgiuntiva «e», l'intervento volto alla soluzione delle controversie da quello finalizzato all'adozione dei provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni al provvedimento di affidamento della prole.

In questo modo, il legislatore ha distinto i provvedimenti innominati finalizzati alla soluzione delle controversie insorte tra i genitori dai provvedimenti adottabili in caso di inadempienze e violazioni, commesse da uno dei genitori, elencati in modo analitico dalla suddetta norma (ossia, modifica dei provvedimenti di affidamento in vigore, ammonizione del genitore inadempiente, condanna di quest'ultimo al pagamento di una sanzione pe-

⁴ Si veda, a tal proposito, quanto dichiarato dal Sen. CAVALLARO nel corso della seduta tenutasi, in data 14 dicembre 2005, al Senato della Repubblica: «sappiamo che sovente neppure la sanzione penale presidia con adeguata efficacia diritti e doveri reciproci dei genitori da violazioni, perché, quando un genitore arriva ad una forma di patologia tale da denegare, attraverso i diritti dei figli, i diritti del coniuge, è chiaro che si pone in un'ottica sovente di preventiva dissimulazione delle proprie condizioni economiche, del proprio *status*, persino della propria residenza. Ma, anche qui, non confondiamo la patologia della prassi con la disposizione astratta: quest'ultima comunque fornisce un'indicazione, sancisce in qualche misura in maniera negativa una condotta e quindi esprime il senso di un disvalore che intanto è qualcosa che è opportuno venga inserito nell'ordinamento», in *Atti parlamentari, Senato della Repubblica, Resoconto Sommario e Stenografico*.

⁵ *Contra*, nella giurisprudenza di merito, Trib. Bari 12 giugno 2008, n. 1494, inedita, secondo cui: «l'ipotesi di cui al periodo 2° del comma 2° dell'art. 709 ter c.p.c. va letta in stretta connessione con il disposto del comma 1°, nel senso che l'adozione dei provvedimenti de quibus presuppone che sia stato proposto ricorso "per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento" (che costituiscono l'oggetto principale della decisione del Giudice)». In dottrina, un autorevole interprete, pur muovendo dal presupposto che l'art. 709-ter c.p.c. si applica solo allorché sussista una «controversia» tra i genitori, giunge alla conclusione che: «deve essere preferita la tesi che attribuisce al termine "controversia" un significato più ampio, imponendo di ritenere tali, non solo le contestazioni in diritto, ma anche i comportamenti o le omissioni che di fatto contrastino (e vanifichino) i provvedimenti resi» (DE FILIPPIS, *Il nuovo articolo 709-ter c.p.c.*, in DE FILIPPIS -MASCIA-MANZIONE-RAMPOLLA, *La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra genitori separati (nuovo art. 709 ter c.p.c.)*, Padova, 2009, 214).

cuniaria ovvero al risarcimento dei danni in favore del figlio e/o dell'altro genitore).

D'altra parte, poiché il riferimento, nella citata rubrica della norma, alla «soluzione delle controversie» presuppone l'adozione, da parte del Giudice, dei «provvedimenti opportuni», l'utilizzo del termine «provvedimenti», nell'ambito della medesima rubrica, si riferisce a pronunce diverse ed autonome rispetto a quelle adottabili in ipotesi di contrasti insorti tra i genitori ed aventi come unico presupposto la violazione od inadempienza al provvedimento di affidamento dei figli, perpetrata da uno dei genitori.

Ne discende che, ai sensi del primo comma dell'art. 709-ter c.p.c., i genitori potranno rivolgersi al Giudice solo per ottenere un provvedimento che risolva una controversia insorta tra loro in ordine all'esercizio della potestà (ad es., scelta della scuola o del luogo di residenza del minore) ovvero alle modalità dell'affidamento dei figli (ad es., individuazione delle spese straordinarie relative all'ambito scolastico o sanitario, ovvero specificazione dei tempi di permanenza del figlio presso ciascuno dei genitori).

Di contro, ai sensi del secondo comma della citata disposizione normativa, i genitori potranno rivolgersi al Giudice, anche in mancanza di una controversia insorta tra di loro, allorché si siano già verificate delle gravi inadempienze (ad es., inadempimento totale o parziale all'obbligo di contribuire al mantenimento dei figli) o delle violazioni (ostacoli frapposti alla frequentazione con il figlio, ovvero, all'opposto, discontinuità nell'esercizio del diritto-dovere di frequentazione della prole), da parte di un genitore, al provvedimento di affidamento.

In quest'ultimo caso, il Giudice non dovrà adottare alcun provvedimento opportuno (in quanto non vi sarà alcuna controversia da risolvere), ma, dopo aver accertato, a seguito della audizione personale dei genitori e, se necessario, di una istruttoria assolutamente deformalizzata, le «gravi inadempienze» o gli «atti che comunque arrechino pregiudizio al minore» o che «ostacolano il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento», potrà, sempre nell'ottica di tutelare il diritto del figlio minore alla bigenitorialità, modificare i provvedimenti in vigore e/o adottare una, o più di una, delle misure coercitive e sanzionatorie previste nel secondo comma della norma.

Tuttavia, può accadere che le due autonome fattispecie contenute nel primo e nel secondo comma dell'art. 709-ter c.p.c. si sovrappongano; ciò avviene tutte le volte in cui un genitore assuma, unilateralmente, una decisione di maggiore interesse per il figlio (ad es., modificando il luogo di re-

sidenza del minore), ponendo in essere, così facendo, anche un grave inadempimento al provvedimento di affidamento (che impone ai genitori di assumere di comune accordo tali decisioni), nonché un comportamento idoneo ad ostacolare il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento (stante, ad es., la maggiore distanza tra il nuovo luogo di residenza del figlio e quello del genitore non collocatario)⁶, e, quindi, idoneo a ledere il diritto del minore alla bigenitorialità⁷.

In casi del genitore, il genitore che ha subito tale decisione potrà ricorrere, ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c., al Giudice del procedimento in corso ovvero al tribunale del luogo di residenza del minore (se il giudizio di separazione o di divorzio è stato già definito con decreto di omologazione o con sentenza passata in giudicato), per chiedere, da un lato, la soluzione della controversia insorta con l'altro genitore in ordine al luogo di residenza del figlio (e, quindi, di pronunciarsi sulla legittimità del contestato mutamento di residenza, decidendo se confermarla ovvero ordinare l'immediato rientro del minore nel precedente *habitat* domestico), e, dall'altro lato, la modifica dei provvedimenti in vigore (ad es., il collocamento presso di sé del minore) e l'applicazione, nei confronti dell'altro genitore, di una misura coercitiva e sanzionatoria, stante la grave inadempienza commessa da quest'ultimo rispetto alle prescrizioni contenute nel provvedimento di affidamento dei figli.

Ma il cumulo delle due fattispecie non costituisce, di certo, la regola generale.

In entrambe le fattispecie previste dall'art. 709-ter c.p.c., il fondamento costituzionale dei poteri di intervento attribuiti al Giudice, è da individuare nell'art. 30 della Costituzione, che collega, funzionalmente, il diritto del minore ad un pieno sviluppo della sua personalità ai doveri che ineriscono, prima ancora dei diritti, all'esercizio della potestà genitoriale ed al corretto esplicarsi delle modalità dell'affidamento⁸.

⁶ Trib. Pisa 20 dicembre 2006, in *Famiglia e dir.*, 2007, 11, 1051, con nota di IANNACCONE.

⁷ Corte di Giustizia CE, sentenza 23 dicembre 2009, C/403/09, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 2, 97, con nota di FANTETTI, secondo cui: «è giocoforza constatare che, il più delle volte, un trasferimento illecito del minore, a seguito di una decisione presa unilateralmente da uno dei genitori, priva il bambino della possibilità di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con l'altro genitore».

⁸ Cfr., in chiave sistematica, Corte cost. 27 marzo 1992, n. 132, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui la potestà dei genitori nei confronti del bambino è riconosciuta dall'art. 30 Cost., non come loro libertà personale, ma come diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione ed il suo limite.