

**DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO**

**PENALE DELLA FAMIGLIA**

**-CATANIA 20 APRILE 2006-**

# **L’ASCOLTO DEL MINORE**

## **LA DISCIPLINA DELL’ART.709 TER C.P.C.**

**Sommario: Premessa 1.- I diritti del minore secondo le Convenzioni di New York e di Strasburgo. Ascolto del minore 2. L’ascolto del minore nel testo dell’art. 155 sexies c.c. come introdotto dalla legge 54/2006 (affido condiviso) 3. Audizione del minore. Modalità- 4.- I provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c. -5.- Conclusioni sull’art. 709 ter c.p.c.**

*Dott. Rita Russo*

*Giudice del Tribunale di Messina*

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

**Premessa**

Gli argomenti dell’ascolto del minore e dei provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c. sembrano a prima vista non legati tra di loro se non dall’essere stati entrambi introdotti dalla legge 54/2006. In realtà essi rappresentano, almeno ad opinione di chi scrive, due momenti essenziali della attività giudiziaria nei processi di separazione e divorzio volti essenzialmente alle stesse finalità: rendere un provvedimento in materia di affidamento che rispetti e realizzi realmente l’interesse del minore ed al tempo stesso farlo funzionare nella realtà dei fatti, finalità che spesso nella pratica si scontrano con la difficoltà di far intendere alle parti che l’interesse del minore non coincide e non si identifica con le pretese egoistiche dei genitori e deve rendersi compatibile anche con le stesse pretese legittime dei genitori. Porre fine ad una convivenza intollerabile e sciogliere un matrimonio ormai privo del suo contenuto sono certamente pretese legittime, e che l’ordinamento tutela, ma purtroppo se i coniugi hanno generato prole (e lo stesso vale per i genitori non coniugati) essi devono prendere atto che restano legati dai doveri verso i figli e che con la separazione la funzione genitoriale non diviene un rapporto unilaterale tra i due singoli genitori ed il figlio, ma resta pur sempre, dal punto di vista dei diritti del minore, una funzione duale, correlativa all’interesse del minore a mantenere – come si esprime oggi l’art. 155 c.c. un equilibrato e continuativo rapporto con entrambi a ricevere da entrambi cura educazione ed istruzione. Ovviamente l’interesse del minore non è definibile solo in astratto, ma deve essere

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

rapportato al caso concreto e da qui la necessità che il provvedimento del giudice tenga conto di questo interesse, e lo verifichi anche integrando le indicazioni dei genitori oppure prescindendo da esse.

L'altra esigenza è che il provvedimento una volta reso si attui e ciò significa non solo che se ne realizzi l'aspetto esterno e materiale, ma che se ne realizzi la finalità che è quella di dare al minore un programma di vita quanto più consono alle sue esigenze e rispettoso dei suoi diritti pur nella modificazione del rapporto genitoriale.

Si deve così immaginare un percorso che muove dall'ascolto del minore, inteso non quale mezzo istruttorio ma come momento per dare voce al minore e capirne le sue esigenze, conduce alla adozione di un provvedimento che tenga adeguato conto di queste esigenze ed infine lo attui con i mezzi previsti dall'art. 709 ter c.p.c.

**DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA**

**-CATANIA 20 APRILE 2006-**

**1.- I diritti del minore secondo le Convenzioni di New York e di  
Strasburgo. Ascolto del minore.**

Muovendo quindi dall’ascolto del minore, previsto dall’art. 155 sexies c.p.c. la prima considerazione da fare è che la rubrica dell’articolo accomuna l’ascolto ai *poteri* (o secondo alcuno doveri)<sup>1</sup> del giudice, mentre forse più propriamente dovrebbe parlarsi di diritti del minore. Inutile nasconderci infatti che oggi qualunque riforma legislativa, anche la più malfatta, non può che tenere conto del contesto europeo ed internazionale; e di diritti del minore si parla principalmente e prioritariamente nelle convenzioni internazionali e particolarmente nella Convenzione di New York e in quella di Strasburgo.

La Convenzione dei diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991 n.176, prevede all’art. 9 che gli Stati Parti debbano vigilare affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione é necessaria nell’interesse preminente del fanciullo; ed in questi *casi tutte le parti interessate devono avere la possibilità di partecipare alle deliberazioni e di far conoscere le loro opinioni.*

---

<sup>1</sup> Nel senso che l’audizione del minore costituirebbe un dovere cfr. De Marzo G.in L’affidamento condiviso profili sostanziali in Il Foro Italiano 2006 V 92- contra Dosi G. in “Le nuove norme sull’affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e divorzio” –supplemento al fascicolo 23/2006 di D&G- Diritto e Giustizia Giuffrè Editore.

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

All’art 12 la stessa Convenzione prevede che il fanciullo capace di discernimento ha diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa e soggiunge al comma 2 che *"A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale"*.

La Convenzione di New York, dunque riconosce al minore dei diritti, con un chiaro riferimento ai processi minorili civili e cioè i processi a seguito dei quali il minor può essere separato dalla sua famiglia d’origine e dato in affidamento ed adozione.

La Convenzione di N.Y. laddove stabilisce il diritto del minore di partecipare alle deliberazioni che lo riguardano, ha avuto un significativo momento di applicazione con la legge 28 marzo 2001, n.149, (disciplina della adozione ed affidamento dei minori) che ha introdotto l’obbligo della nomina del difensore del minore nelle procedure per la dichiarazione di adottabilità ed in quelle di limitazione o decadenza della potestà dei genitori, di competenza del Tribunale per i minorenni, disposizione tuttavia di fatto non attuata a causa di provvedimenti di proroga succedutesi nel tempo

Un significativo approfondimento di queste tematiche è avvenuto con la sentenza della Corte Costituzionale del 30 gennaio 2002 n. 1. Era stata sollevata la questione di costituzionalità con riferimento agli artt. art. 336, secondo e terzo comma, del codice civile e degli artt.737, 738 e 739 del codice di procedura civile.

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

La Corte, con pronuncia di inammissibilità ma interpretativa, significativamente ha evidenziato in motivazione che l'art. 12 della citata Convenzione, afferma la Corte, sul diritto del fanciullo capace di discernimento di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa è una prescrizione ormai entrata nell'ordinamento, ed è idonea ad integrare - ove necessario - la disciplina dell'art. 336, secondo comma, cod. civ., nel senso di configurare il minore come "parte" del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ.

Dall'esame complessivo delle disposizioni della legge 149/2001 e della sentenza della Corte Costituzionale si trae la conclusione che il minore in questi processi (decadenza, limitazione, della potestà adozione) non solo ha diritto di parola (di essere ascoltato) ma deve considerarsi parte in senso tecnico, con il conseguente diritto ad essere difeso da un avvocato.

Tuttavia per quanto attiene ai processi di separazione e divorzio, ai quali conseguono provvedimenti non di decadenza ma che regolano l'esercizio della potestà vale ancora il dictum della Corte Costituzionale del 14 luglio 1986 n. 185. La Corte ha escluso <sup>2</sup> la fondatezza delle questione

---

<sup>2</sup> Non e' fondata, in riferimento agli art. 3, comma 1 e 2, 24, comma 2, e 30 cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1 (in relazione all'art. 6, comma 2), della l. 1 dicembre 1970 n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio) e dell'art. 708 c.p.c. (in relazione all'art. 155 c.c.), nella parte in cui, rispettivamente nel giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio e nel giudizio di separazione personale dei coniugi, non prevedono la nomina di un curatore speciale che rappresenti in giudizio il minore figlio delle parti, in ordine alla pronuncia sull'affidamento e ad ogni altro provvedimento che lo riguardi. I giudizi in questione, infatti, non attengono ne' si riflettono sullo "status" dei figli, ed inoltre, essendo preordinati a scegliere la soluzione migliore per gli interessi del minore, gli interessi di quest'ultimo non rimangono senza tutela, ma sono garantiti da una serie non indifferente di misure. Corte costituzionale 14 luglio

**DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA**

**-CATANIA 20 APRILE 2006-**

muovendo dalla considerazione che l’interesse dei minori nelle procedure di separazione e divorzio è adeguatamente tutelato dalla presenza del P.M. e comunque dai poteri officiosi del giudice, che in questi casi è svincolato dal principio dispositivo del processo e può decidere anche *extra et ultra petita* tenendo in considerazione del prevalente interesse dei minori.

In questi termini, anche una nota pronuncia della S. C. ha ritenuto che nei giudizi di separazione, ancorché la tutela degli interessi dei figli minori costituisca finalità prevalente –o addirittura esclusiva- dei provvedimenti che li riguardano, non si avrebbe comunque riconoscimento della qualifica di parte e non è quindi necessaria la nomina di un rappresentante <sup>3</sup>

Tuttavia l’altro diritto fondamentale del minore previsto dalla Convenzione di New York è il diritto *di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale*". Poiché essere ascoltato non significa divenire parte in senso tecnico in un procedimento, la questione appare, almeno prima facie, di più semplice spedizione.

---

1986 n. 185, Casagrande c. Gorla e altro, Dir. famiglia 1986, 883. Vita not. 1986, 1135. Giust. civ. 1987, I,2188. Rass. dir. civ. 1987, 468(nota).

<sup>3</sup> “Nel giudizio di separazione, che ha ad oggetto l'accertamento della sussistenza dei presupposti dell'autorizzazione a cessare la convivenza coniugale e la determinazione degli effetti che da tale cessazione derivano nei rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi e con i figli, la qualità di parte spetta esclusivamente ai coniugi e non può essere riconosciuta ai parenti di questi, neppure al limito fine di meglio tutelare gli interessi dei figli minori; ai parenti, infatti, la legge espressamente riconosce soltanto la legittimazione a sollecitare, in diversa sede, il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà dei genitori (art. 336 c.c.) al fine di conseguire la tutela degli oggettivi interessi dei minori.” Cassazione civile sez. I, 17 gennaio 1996, n. 364 ; Giust. civ. Mass. 1996, 75; Famiglia e diritto 1996, 227 con nota di Venchiarutti; Studium Juris 1996, 743.

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

La Convenzione usa il termine di minore capace di discernimento: la minore età infatti comprende un arco di tempo consistente all’interno del quale la personalità si delinea di norma prima del compimento dei diciotto anni, come lo stesso ordinamento giuridico riconosce: il minore sedicenne può essere emancipato, può contrarre matrimonio, può riconoscere il figlio naturale, porre ostacolo ad essere a sua volta riconosciuto come figlio naturale (artt.84, 90, 165, 250 cod. civ.); ed è esperienza di tutti i giorni che i minori di dodici e quattordici anni viaggiano da soli anche all’estero, scelgono autonomamente i corsi di studi, le attività sportive, impiegano senza la compagnia dei genitori il loro tempo libero, in altre parole si autodeterminano secondo il loro discernimento nelle questioni di vita quotidiana che li riguardano.

Sull’ascolto del minore deve tutta ricordarsi altra fondamentale Convenzione internazionale, la convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 (legge di ratifica del 20 marzo 2003 n. 77) la quale muove appunto dal presupposto che raggiunta una certa età, suscettibile di variazione secondo le norme di diritto interno il fanciullo maturi un discernimento sufficiente a vantare diritti nelle procedure che lo riguardano e precisamente

- ricevere ogni informazione pertinente
- essere consultato ed esprimere la propria opinione
- essere informato delle eventuali conseguenze di ogni decisione

In particolare la Convenzione impone al giudice, prima di adottare una decisione nell’interesse del fanciullo, di valutare se le informazioni di cui dispone sono sufficienti e nel caso di assumerne altre anche attraverso i genitori; inoltre di valutare se il fanciullo ha ricevuto informazioni

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

sufficienti e di procedere alla audizione personale del minore in età di discernimento, se necessario anche in privato cioè senza l’osservanza del contraddittorio; di raccogliere la sua opinione e di tenerne conto.

Deve però rilevarsi che la Convenzione di Strasburgo per scelta del legislatore italiano, (legge di ratifica del 20 marzo 2003 n. 77 strumento di ratifica depositato il 4 luglio 2003) non è direttamente precettiva nei giudizi di separazione e divorzio. L’Italia ha circoscritto l’operatività delle predette regole ad ipotesi ove già era previsto l’obbligo di sentire il minore, ovvero prevista la sua presenza nel processo tramite un curatore speciale: si tratta delle ipotesi previste dall’art. 145 cod. civ. (l’intervento del giudice nella famiglia, peraltro caso di scarsa ricorrenza pratica), di quelle concernenti il disconoscimento di paternità e l’autorizzazione ad impugnare il riconoscimento (art. 244 ultimo comma, 247 ultimo comma, 264 II comma e 274 cod. civ.) nonché di quelle relative alla impugnazione di atti concernenti il patrimonio (art. 322 e 323 cod. civ.) Già inserita invece nella legislazione nazionale, e già applicata dai Tribunali minorili la disposizione del comma V dell’art. 10 della legge 184/1983 come modificata dalla legge 149/2001 in virtù della quale nei procedimenti per adozione “Deve inoltre essere sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento”

La legge di ratifica della Convenzione di Strasburgo, con le ricordate limitazioni, ha causato una certa delusione tra coloro che si aspettavano la introduzione dell’ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio dei genitori, rimasta limitata fino alla entrata in vigore della legge 54/2006 (affido condiviso) alla disposizione di cui all’art. 6 della legge 898/1970 che

**DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA**

**-CATANIA 20 APRILE 2006-**

nella sua restrittiva formulazione rimetteva l’audizione del minore ai casi in cui sia “strettamente necessario”.

Da più parti infatti si evidenziava dalla necessità, imposta dal generale quadro della legislazione internazionale, di considerare il minore come soggetto i cui desideri ed aspirazioni devono trovare ingresso quanto più possibile diretto in un processo ove si dispone anche dei suoi interessi. Nella più moderna concezione della soggettività il minore non è (e non deve essere ritenuto) oggetto di protezione da parte degli adulti, ma soggetto titolare di autonomi e specifici diritti che devono essere affermati in tutti i procedimenti che lo riguardano. D’altra parte però molto forte –e lo è ancora oggi- la preoccupazione sulla *nocività dell’ascolto giudiziario* del bambino, fondata sulla convinzione che il giudice non ne sia capace, non avendo una preparazione specifica in tal senso, sulla ipotesi che il bambino possa provare turbamento nell’essere interrogato in sede giudiziaria, ed altresì sulla considerazione che il bambino, nell’essere ascoltato, qualunque possa essere l’oggetto del giudizio, inevitabilmente si senta al centro dell’attenzione e possa sentirsi caricato della responsabilità della decisione, o ancora sul timore che il bambino o l’adolescente possa essere comunque influenzabile dagli adulti o dalle proprie fantasie.

Tuttavia tali preoccupazioni, che pure costituiscono comprensibili indici di sensibilità e di attenzione nei confronti del minore, possono essere superate considerando che l’ascolto deve essere interpretato come un momento di conoscenza del bambino e dei suoi bisogni, e che il giudice, ponendosi in una posizione di apertura al minore può cogliere il suo pensiero.

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

**2. L’ascolto del minore nel testo dell’art. 155 sexies c.c. come  
introdotto dalla legge 54/2006 (affido condiviso)**

La legge 54/2006 infine introduce l’audizione del minore nei giudizi di separazione e divorzio dei genitori, nonché nei processi per l’affidamento dei figli naturali (art. 4 della legge 54/2006) *“Il giudice dispone inoltre l’audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento”* Il legislatore utilizza il termine audizione, probabilmente per sottolinearne l’aspetto tecnico – processuale. Il termine audizione richiama appunto l’idea di un atto processuale ben preciso: il minore si presenta al giudice il quale lo interroga liberamente, se il caso prende nota di ciò che egli spontaneamente afferma e trae delle conclusioni da questa audizione. Ma in realtà se la norma è diretta a conformare la normativa interna a quella internazionale, più che di audizione del minore deve parlarsi di ascolto, inteso in senso ampio come attenzione alle esigenze del minore, alle sue idee, ai suoi desiderata ed all’interesse partecipativo che questi ha alla vicenda dei genitori. In questo senso considerando, sotto il profilo della interpretazione letterale, l’uso del termine dispone anziché può disporre, e sotto il profilo della individuazione della ratio legis la necessità di adeguarsi alle convenzioni internazionali, che configurano l’ascolto come diritto del minore, deve ritenersi che la legge abbia reso obbligatoria non la semplice “audizione” ma l’ascolto del minore, lasciando al giudice la discrezionalità sul quando farlo (prima o dopo i provvedimenti presidenziali) e come farlo (audizione

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

diretta, indiretta etc) e questo proprio al fine di non farlo diventare una formalità burocratica, ma un atto che consente di capire gli effettivi bisogni del minore piuttosto che permettergli di esternare volizioni estemporanee o anche indotte.

Alla luce delle suddette convenzioni si evidenzia quindi che, se pure l’ascolto del minore all’interno dei giudizi di separazione e divorzio resta prevalentemente inteso come strumento d’informazione per capire meglio le dinamiche familiari, specie ove vi sia conflitto, nondimeno è senz’altro in via di affermazione una nuova idea nel senso che l’ascolto abbia rilievo in sé, quale attenzione ad un bisogno primario del minore, quello cioè di fare sentire la sua voce, quando abbia sufficiente capacità di discernimento, relativamente alle vicende che lo riguardano, vicende delle quali egli ha diritto di essere informato. Tende così a sfumare quella concezione paternalistica che vuole il minore come un “soggetto debole” la cui tutela coincide con la protezione e preservazione dal contatto giudiziario e presuppone l’assoluta ignoranza e non partecipazione del soggetto tutelando alla decisione che lo riguarda, che sarà adottata da altri; ciò del resto è coerente con l’idea che si è progressivamente affermata nel nostro ordinamento che anche i soggetti deboli sono titolari di diritti che essi stessi possono esercitare nella misura in cui lo consente la loro capacità di discernimento e valutazione.

Così come la legge 6/2004 ci impone oggi di valutare in concreto le capacità eventualmente anche residue del soggetto maggiorenne ma diminuito nelle sue facoltà fisiche o intellettive, questa legge ci impone una graduazione nelle capacità dei minori ponendo come discrimen

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

presuntivo l’età di 12 anni e riconoscendogli se non un diritto in senso proprio quanto meno un interesse qualificato ad essere ascoltato nel processo di separazione dei genitori.

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO***

***PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

**3. Audizione del minore. Modalità**

Si distingue tra l’ascolto diretto da parte del giudice e l’ascolto indiretto eseguito da un CTU e trasmesso al giudice in una relazione scritta, ovvero eseguito da uno psicologo del servizio pubblico (Consultori, servizi di neuropsichiatria infantile delle ASL), individuato per il tramite dei Servizi Sociali, che trasmette poi la relazione conclusiva: quest’ultimo metodo consigliabile nei casi in cui le parti non hanno la possibilità economica di sostenere i costi di una consulenza. Tutte le suddette modalità, se ascolto significa percepire i bisogni del minore, dargli uno spazio ed in momento in cui può far sentire la sua voce, e non semplicemente prendere atto che si è presentato innanzi al giudice, devono considerarsi equivalenti ai fini di ritenere assolta la prescrizione normativa.<sup>4</sup>

Con specifico riferimento alla audizione da parte del giudice in sede di separazione o divorzio, che presenta delle peculiarità perché si inserisce in un processo civile formalmente e normativamente strutturato, (e ciò a differenza del procedimento innanzi al giudice minorile) la prima questione da affrontare è se debba trattarsi di una “audizione a due” alla presenza del solo cancelliere verbalizzante, ovvero alla presenza degli avvocati e dei genitori stessi, e successivamente quali debbano essere le modalità dell’audizione e della verbalizzazione. Quanto alla presenza delle parti e dei difensori, vi è chi ritiene che la presenza degli avvocati e soprattutto quella

---

<sup>4</sup> Cfr. sulla audizione indiretta Dosi G. in “Le nuove norme sull’affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e divorzio” cit.

**DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA**

**-CATANIA 20 APRILE 2006-**

dei genitori potrebbe interferire con le finalità dell’ascolto, impedendo che il minore prenda adeguata confidenza con il giudice ovvero ingenerando in lui una sensazione di protagonismo, e comunque interferendo con la spontaneità e sincerità delle risposte. D’altro canto si può obiettare che escludere le parti ed i loro avvocati potrebbe dare luogo ad eccezioni sulla violazione del diritto di difesa, specie ora che nella nuova normativa, l’audizione è prevista come incombente processuale in un procedimento ove è prevista (legge 80/2005) la presenza dei difensori sin dall’inizio. La Convenzione di Strasburgo non può che costituire un riferimento importante che pone le linee guida ed i principi fondamentali, in quanto non incompatibili con la struttura del processo così come è delineato dalla legislazione nazionale: pertanto corretta appare l’osservazione che il minore prima di essere ascoltato ha diritto ha ricevere una adeguata informazione sul procedimento e sulle conseguenze di esso, ma non altrettanto compatibile con il diritto processuale nazionale l’idea che in applicazione dell’art. 6 della Convenzione il minore dovrebbe essere sentito in assenza dei genitori<sup>5</sup> ipotesi che peraltro la norma internazionale limita al *caso necessario*.

Diverse sono poi le soluzioni adottate nella prassi. Per la prassi del Tribunale di Messina si può riferire che preferibilmente si agisce sulla base di ragionevoli intese con il Foro e se il caso si raccoglie preventivamente il consenso delle parti e degli avvocati a non partecipare all’audizione ma a prendere contezza successivamente del verbale; meglio ancora, a parere di chi scrive, che, prima di introdurre il minore i difensori vengano invitati a sottoporre preventivamente al giudice i temi e gli argomenti sui quali

---

<sup>5</sup> Cfr. A. Liuzzi La convenzione europea sull’esercizio dei diritto dei fanciulli; prime osservazioni, in Famiglia e Diritto 3/2003, pg. 290 e segg.

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

sarebbe opportuno sentire il minore, dopodiché raccolto il consenso dei genitori ad allontanarsi, il minore è sentito alla presenza dei difensori ed essi assistono all’audizione senza fare domande dirette e senza interrompere, ma il giudice cerca d’indirizzare l’ascolto anche sugli argomenti che i difensori hanno posto all’attenzione. L’allontanamento dall’aula di udienza dei genitori, in molti casi auspicabile, e molto spesso preferito dagli stessi genitori presuppone il loro consenso che deve essere verbalizzato.<sup>6</sup>

Inoltre il giudice deve svolgere un’attività di comunicazione, spiegando al bambino il significato che ha quell’incontro e, per quanto è possibile, la natura e il contenuto delle decisioni che potranno riguardarlo, assicurando il minore che di ciò che ha detto sarà tenuto conto, anche se la decisione potrà essere diversa. Questo è un adempimento conforme a quanto previsto dalla Convenzione di Strasburgo ed esclusivo del giudice, nel senso che non viene demandato all’ausiliario ove questi assista il giudice nella audizione. Da calibrare in relazione all’età, ed alla maturità del soggetto i contenuti della audizione: la comunicazione con un minore prossimo a diventare maggiorenne, o comunque molto consapevole, può essere più diretta e non necessita -di norma- né dell’ausiliario né di eccessive parafrasi.

---

<sup>6</sup> cfr. Napolitano L.- Russo R. “Ascolto del minore e provvedimenti relativi alla prole” in *Il procedimento di separazione e divorzio alla luce delle ultime riforme normative* – pag.189 e segg. in *“Le prassi giudiziali nei processi di separazione e divorzio – Riflessioni ed approfondimenti dal C.S.M.”* UTET Giuridica 2007

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

È inoltre, anche se non sempre nei fatti assicurata, auspicabile la presenza del Cancelliere, che sollevi giudice dall’onere della verbalizzazione e al riguardo si osserva che può essere utile anche dare atto in verbale oltre che di ciò che il minore dice, anche del suo modo di presentarsi, dell’abbigliamento, della cura della persona, del suo atteggiamento (se, ad esempio, nel corso della audizione, il minore tiene comportamenti significativi (arrossisce, piange, non guarda l’interlocutore negli occhi etc.)

Al fine di farsi assistere nell’ascolto del minore è possibile -ed anche opportuno a parere di chi scrive a meno che il minore non sia già praticamente un adulto- nominare ex art. 68 c.p.c. un ausiliario, nella persona di uno psicologo o di un assistente sociale che interviene in udienza e, previo un esame delle questioni rilevanti che si desumono dagli atti, coadiuva il giudice nell’adempimento che è proprio dello specialista e cioè il colloquio con il minore. I vantaggi, oltre a quello intuibile di poter meglio indirizzare il colloquio, sono dati dalla maggiore libertà che ha il giudice di verbalizzare o dettare al Cancelliere, della maggiore propensione dei genitori ad allontanarsi dall’aula di udienza, dalla circostanza che i difensori possono sottoporre direttamente e preventivamente all’ausiliario i loro dubbi e le loro istanze, ed infine che il giudice può richiedere all’ausiliario -alla fine della audizione- di rendere una sintetica relazione scritta su quanto emerso dal colloquio, relazione che ha funzione integrativa del verbale.

La volontà espressa dal minore è rilevante ma non determinante al fine dell’adozione dei provvedimenti che lo riguardino nell’ambito delle cause di separazione e/o divorzio dei genitori atteso che essi devono adottarsi nell’interesse del minore e non secondo la sua volontà; del resto l’ascolto

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

mira più che a far esprimere al minore una “volontà” che potrebbe anche essere frutto di una estemporanea valutazione, a capire qual è il sistema di vita del minore, come sono organizzati i rapporti con i genitori e se emergono indici di difficoltà o disagi, come ad esempio un cattivo rendimento scolastico, l’assenza di relazioni con i pari, una condizione fisica preoccupante (eccessiva magrezza, obesità, trascuratezza nell’igiene e nell’abbigliamento) che si devono eventualmente approfondire e tramite specialisti. Tuttavia in alcuni casi la “volontà” del minore emerge comunque ed è difficile che, soprattutto quando il minore abbia superato i dodici anni d’età, siano del tutto disattese le indicazioni che emergono; in molti casi poi i minori adulti (16/17 anni) pongono i genitori ed il giudice innanzi al fatto compiuto spostandosi autonomamente da un genitore all’altro.

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

**4.- Il provvedimenti ex art.709 ter c.p.c.**

Posto che il giudice riesca anche tramite l’ascolto del minore ad scoprire esattamente quali sono le sue esigenze, a capire le dinamiche del contesto familiare a individuare qual è il genitore al quale sono prevalentemente demandati i compiti di cura ed accudimento domestico, occorre che il provvedimento, o sarebbe meglio chiamarlo programma di affidamento predisposto ogni qualvolta è possibile tenendo conto degli accordi anche parziali dei genitori, venga correttamente attuato.

Nell’ambito di un complessivo ampliamento dei poteri discrezionali del giudice , si inserisce l’art. 709 ter c.p.c. il quale dispone che per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all’esercizio della potestà genitoriale o della modalità di affidamento è competente il giudice del procedimento in corso e per i procedimenti ex art. 710 c.p.c. è competente il tribunale del luogo di residenza del minore.

*A seguito del ricorso il giudice convoca le parti ed 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;*

**DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA**

**-CATANIA 20 APRILE 2006-**

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».*

La previsione di un potere condannatorio nei confronti dei genitori per il mancato rispetto delle modalità di affidamento o per comportamenti pregiudizievoli per il minore rafforza il ruolo del giudice, nella convinzione che la corretta attuazione dei provvedimenti relativi all’affidamento non può che essere demandata allo stesso giudice della cognizione, munendolo di strumenti effettivi al riguardo.<sup>7</sup> Appare abbastanza evidente la natura sanzionatoria del provvedimento di ammonizione e della applicazione della pena pecuniaria, definita amministrativa con una qualifica di per sé impropria ma verosimilmente intesa a distinguerla dalla sanzione penale in senso stretto; più controversa la questione se il risarcimento del danno di cui trattano i punti 2) e 3) della norma costituisca una forma di *punitive damages*<sup>8</sup> ovvero di sanzione privata, o debba più semplicemente ricondursi al paradigma degli artt. 2043 e 2059 cod. civ.

A avviso di chi scrive è più corretta la prima ipotesi e non ostativa la osservazione che il nostro sistema giuridico non conosce la categoria dei danni punitivi, tipica invece del diritto anglosassone e nordamericano

---

<sup>7</sup> Danovi F. “Il procedimento di separazione e divorzio alla luce della ultime riforme normative” – pag.189 e segg. in “Le prassi giudiziali nei processi di separazione e divorzio – Riflessioni ed approfondimenti dal C.S.M.” UTET Giuridica 2007

<sup>8</sup> Casaburi G. I nuovi istituti di diritto di famiglia istruzioni per l’uso in Giurisprudenza di merito 3/2006

**DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA**

**-CATANIA 20 APRILE 2006-**

(esempio famoso di *punitive damages* è il caso di O.J. Simpson) perché l’art. 709 ter c.p.c. è introdotto da una legge nuova (54/2006) che in tema di affidamento recepisce largamente l’esperienza anglosassone e nordamericana; una legge che rivede in un’ottica diversa, per certi versi operando quella che è stata definita una rivoluzione copernicana, le regole relative ai rapporti genitori figli nei casi di separazione e divorzio e di conseguenza ben può introdurre nel nostro ordinamento un *quid novum*, segnatamente quella condanna al risarcimento del danno che non è diretta a compensare ma a punire, al fine di dissuadere (*to deter*) chi ha commesso l’atto illecito dal commetterne altri.<sup>9</sup> Sensibile la differenza tra il danno punitivo ed il danno compensativo: è noto infatti che già da tempo la giurisprudenza di merito ma anche di recente la giurisprudenza di legittimità si è orientata nel senso della rilevanza del danno familiare ed “endofamiliare” che integra, secondo una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., danno non patrimoniale, vale a dire un danno rilevante e risarcibile in quanto si offendano beni costituzionalmente protetti, configurabile ad esempio quando il fatto lesivo abbia profondamente alterato quel complessivo assetto dato dalle relazioni familiari, tale da incidere significativamente sulla persona e costituire una modalità di realizzazione della vita stessa dell’individuo ovvero quando la lesione di un diritto fondamentale della personalità (tale ad esempio è la relazione genitore- figlio) avviene da parte di altro componente della

---

<sup>9</sup> In tal senso v. “Il nuovo processo di separazione e divorzio” a cura di Casaburi G. - De Angelis R.- De Marzo G. - Di Pietro G. pag.22 e segg. in “Le prassi giudiziali nei processi di separazione e divorzio – Riflessioni ed approfondimenti dal C.S.M.” UTET Giuridica 2007

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

famiglia, non potendo ritenersi che diritti definiti inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare e dovendo dall'altro lato escludersi che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio - se ed in quanto posta in essere attraverso condotte che, per la loro intrinseca gravità, si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona - riceva la propria sanzione, in nome di una presunta specificità, completezza ed autosufficienza del diritto di famiglia, esclusivamente nelle misure tipiche previste da tale settore del diritto<sup>10</sup>

Se questo è vero è però altrettanto vero che così ragionando si è riconosciuta la possibilità per il soggetto che abbia subito un danno alla persona all'interno di un relazione familiare di promuovere una azione di risarcimento del danno fondata sugli ordinari criteri di accertamento della responsabilità e soggetta alle comuni regole processuali, quali ad esempio la regolare instaurazione del contraddittorio, l'onere della prova, le preclusioni processuali: il che appare invece incompatibile con la struttura dell'art. 709 ter c.p.c. ed il suo inserimento nel processo di separazione e divorzio.

Deve osservarsi, ad esempio che la ordinaria domanda di risarcimento del danno prevede la regolare costituzione del contraddittorio con la partecipazione al giudizio della parte danneggiata, mentre il minore non è parte del giudizio di separazione o divorzio. Quindi in un

---

<sup>10</sup> Cassazione civile , sez. III, 09 novembre 2006 , n. 23918 Cassazione civile , sez. III, 20 ottobre 2005 , n. 20324; Cassazione civile , sez. I, 10 maggio 2005 , n. 9801; Cassazione civile, sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827; Cassazione civile sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

ordinario giudizio in cui un genitore ed un figlio minore si ritengano danneggiati ex art.2043 ovvero 2059 cod. civ. da un terzo ovvero dall’altro genitore, tanto il genitore che il minore, rappresentato come per legge, devono essere parti del giudizio, devono fornire prova del fatto ingiusto e del danno, prova che non può essere integrata d’ufficio dal giudice se non nei limiti dati dall’art. 115 c.p.c., e subiscono le preclusioni istruttorie.

Quando invece si discute di risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c. si valuta la mancata attuazione dei provvedimenti di affidamento ovvero comportamenti che ne hanno ostacolato il corretto svolgimento nell’ambito di una più ampia attività processuale diretta ad assicurare l’attuazione del provvedimento o comunque la soluzione di controversie ad esso relative, e non una compensazione per la lesione del bene protetto, che eventualmente la parte potrà separatamente domandare con azione ordinaria; si entra così in un campo ove molto più ampi sono i poteri officiosi del giudice che adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale dei figli minori ed anche a prescindere dalla domanda dei genitori, persino contro la stessa domanda dei genitori se non conforme all’interesse della prole, e si entra altresì in un processo in cui il minore pur essendo il primo interessato degli effetti della decisione non è però parte in senso tecnico.

Il che già induce a ritenere che i provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c. siano altro rispetto al risarcimento del danno ex art. 2043 e 2059 c.c.

Inoltre deve rilevarsi che l’art.709 ter, pur nella sua carente struttura lessicale, recepisce e consolida un percorso di progressiva assunzione di

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

consapevolezza da parte della dottrina e giurisprudenza sulla peculiarità dei provvedimenti di affidamento dei minori quanto al momento esecutivo. Ed invero diverse autorevoli voci dubitavano da tempo che per questi provvedimenti possa parlarsi di esecuzione in senso proprio<sup>11</sup> preferendo piuttosto utilizzare il termine attuazione, scelto peraltro dallo stesso legislatore nell’art. 6 della legge 898/1970 come modificato dalla legge 74/1987.

I provvedimenti riguardanti i minori non sono infatti provvedimenti di condanna in senso proprio e non vedono una contrapposizione di interessi tra due parti ma tendono a realizzare un regolamento di vita nell’interesse prevalente di un terzo rispetto al soggetto obbligato. Inoltre non si è alla presenza di una specifica obbligazione da adempiere in predeterminato modo, ma di comportamenti imposti dal giudice alle parti secondo una valutazione fatta caso per caso e la cui esecuzione importa anche una partecipazione personale ed emotiva delle parti stesse. Allora, più che di obbligazione in senso tecnico è forse più adeguato parlare di un generale dovere di entrambi i genitori di attenersi a comportamenti soddisfattivi dell’interesse del minore e tra questi quelli che sono strumentali a garantire il mantenersi e consolidarsi di un adeguato rapporto con entrambi anche nella crisi coniugale: a questo fine i provvedimenti in materia di affidamento dettano modalità di concreta realizzazione di questo dovere, specificando i comportamenti cui attenersi.

---

<sup>11</sup> Danovi F. L’attuazione dei provvedimenti relativi all’affidamento e alla consegna dei minori tra diritto vigente e prospettive di riforma in *Il diritto di Famiglia e delle persone* 2001, 1783 e segg.

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

L’aspetto materiale della consegna del minore, ad esempio, non è sicuramente soddisfacente rispetto alla complessità dei comportamenti dovuti, connessi e consequenziali al trasferimento materiale da un genitore all’altro: infatti il genitore che consegna non deve provvedere solo ad una mera *traditio* ma altresì ad una idonea preparazione psicologica ed emotiva del minore e dal canto suo il genitore ricevente deve provvedere per tutto il tempo in cui avrà con sé il minore alle esigenze di quest’ultimo connesse alla sua crescita, educazione ed istruzione. In effetti il minore più che oggetto del provvedimento e degli obblighi imposti con esso, ne è al tempo stesso il mezzo ed il fine;<sup>12</sup> è il mezzo nel senso che la esecuzione non può svolgersi senza di lui e deve tenere conto della sua eventuale resistenza, dovendosene in tal caso approfondire i motivi, è il fine nel senso che la esecuzione avviene principalmente nel suo interesse e quindi non può prescindere dalle sue effettive esigenze, ed il giudice deve –ogni qualvolta incontra resistenze o difficoltà nella esecuzione- porsi il problema se il provvedimento, anche se passato in giudicato, è tuttora, di fronte alla prova dei fatti, un provvedimento idoneo ad essere eseguito ed a realizzare gli interessi del minore. Il momento esecutivo costituisce quindi in un certo senso la pietra di paragone della bontà del provvedimento e cioè dell’idoneità di quel regolamento in precedenza predisposto a realizzare l’interesse del minore, ma anche il banco di prova della idoneità genitoriale.

---

<sup>12</sup> cfr. Gatto M.C. – “Ascolto del minore, affidamento, diritto di visita ed esecuzione dei relativi provvedimenti” pag. 263 in “Le prassi giudiziali nei processi di separazione e divorzio – Riflessioni ed approfondimenti dal C.S.M.” - UTET Giuridica 2007

**DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA**

**-CATANIA 20 APRILE 2006-**

In questo senso si esprime del resto la giurisprudenza:<sup>13</sup> Quanto sopra esposto è utile per comprendere la vera natura dei provvedimenti previsti dall’art. 709 ter c. p.c. nonché il collegamento tra i poteri in esso conferiti al giudice ed altresì il collegamento tra la norma ed il quadro normativo dato dalla legge 54/2006.

L’art. 709 ter nell’ottica di predisporre una soluzione per le questioni controverse in materia di affidamento domanda, in ciò confermando la già vigente previsione dell’art. 6 della legge 898/1970 come modificato dalla legge 74/1987, al giudice del procedimento in corso le competenze attuative sulle soluzioni della controversie in ordine all’esercizio della potestà e modalità di affidamento, ed indica nel giudice del merito (il Collegio adito ex art. 710 c.p.c) il giudice parimenti investito delle stesse competenze quando il processo è concluso, e ciò per consentire che ai fini attuativi vengano adottate –se necessario- modifiche al provvedimento. Ed in effetti se una critica accomunava le soluzioni proposte nel tempo da

---

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

**DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA**

**-CATANIA 20 APRILE 2006-**

dottrina e giurisprudenza sulla esecuzione dei provvedimenti riguardanti i minori, soluzioni che indicavano di volta in volta il giudice tutelare ovvero il giudice della esecuzione come organo competente, era proprio la limitazione insita nel ruolo di queste figure e cioè il non avere il potere di modificare il provvedimento neppure al fine di renderlo più facilmente attuabile.<sup>14</sup>

E, sin qui, possiamo parlare di una sintesi normativa delle idee e ragioni sopraesposte, non nuove alla dottrina e giurisprudenza. L’art. 709 ter c.p.c. aggiunge però qualcosa in più perché dota il giudice investito del difficile ma anche essenziale compito della attuazione del provvedimento di un potere coercitivo diretto ed indiretto (quest’ultimo fondato cioè sulla efficacia intimidatoria della norma) che conferisce, non necessariamente in alternativa *-anche congiuntamente* recita la norma e quindi tutti i provvedimenti previsti dai nn.1,2,3,4 hanno funzione analoga- facoltà di ammonire, di sanzionare, di condannare al risarcimento dei danni.

Si tratta quindi, in una lettura coerente e sistematica della norma, ma anche conforme alla sua ratio, della costituzione di un sistema di poteri di coercizione, che uniti al potere di modificare, sono tutti volti al medesimo fine e cioè quello di rendere il provvedimento di affidamento attuale, efficace ed in ultima analisi di realizzare veramente nella realtà dei fatti l’interesse del minore.

Il sistema della pressione psicologica sul soggetto tenuto all’adempimento di un dovere non è, del resto, del tutto sconosciuto nel

---

<sup>14</sup> cfr.Cassazione civile, sez. I, 3 novembre 2000, n. 14360

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

diritto di famiglia, basti pensare al sequestro di cui all’art. 156 c.c. Esso per giurisprudenza pacifica e consolidata configura una misura coercitiva atipica, strumentale ad assicurare le ragioni del creditore in ordine all’adempimento degli obblighi di mantenimento <sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> cfr. Cass. 19 febbraio 2003 n. 2479, in parte motiva: *tale sequestro manca della caratteristica funzione cautelare (Cass. n. 4776-1958), avendo invece una valenza che, secondo la migliore dottrina, sarebbe di natura psicologica, in quanto servirebbe essenzialmente ad indurre l’onerato ad effettuare pagamenti regolari degli assegni periodici*  
2006, V 96

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

**5.- Conclusioni sull’art. 709 ter c.p.c.**

Premesse le precedenti considerazioni i quattro provvedimenti previsti dall’art. 709 ter c.p.c, ad avviso di chi scrive, sono da ritenere tutti provvedimenti sanzionatori, legati dalla medesima finalità, e tutti provvedimenti adottabili oltre che da Collegio anche dal giudice istruttore. Quanto a quest’ultimo punto (la competenza del giudice istruttore) rafforza l’opinione l’art. 179 c.p.c il quale espressamente prevede che *“se la legge non dispone altrimenti le condanne a pene pecuniarie previste dal presente codice sono pronunciate con ordinanza dal giudice istruttore”* e l’art. 709 ter fa parte del codice di procedura civile.

Ma anche rafforza e consolida detta opinione la già rilevata analogia con il sequestro ex art. 156 c.c., sicchè, al riguardo possono adattarsi le ragioni esposte nella motivazione resa dalla Corte Costituzionale, che nel 1996 (sent. 19 luglio 1996 n. 258) investita della questione di legittimità dell’art. 156 c.c., ne ha ritenuto la parziale illegittimità nella parte in cui la norma non prevedeva che la misura venisse adottata dal giudice istruttore in corso di causa; e ciò argomentando sulla funzione di coazione anche psicologica del sequestro rispetto all’adempimento degli obblighi di mantenimento posti a carico di uno dei coniugi, sulla esigenza di dare tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del coniuge bisognoso e soprattutto dei figli minori, che sussiste anche prima della sentenza di separazione in relazione agli obblighi di mantenimento stabiliti in sede presidenziale.

**DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA**

**-CATANIA 20 APRILE 2006-**

Per questo motivo non si può certamente condividere l’opinione di chi ritiene<sup>16</sup> che i provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c possano essere adottati solo dal Collegio, in quanto la competenza del giudice istruttore sarebbe limitata ai provvedimenti temporanei ed urgenti, perché ad esempio il sequestro ex art. 156 c.c., di competenza del giudice istruttore per decisione del giudice delle leggi, non partecipa neppure esso della natura di provvedimento temporaneo ed urgente.

Infine da valutare se detti provvedimenti possono adottarsi d’ufficio ovvero solo ad istanza di parte: la natura di provvedimento sanzionatorio e la loro finalità coercitiva in relazione alla corretta attuazione dei provvedimenti che riguardano la prole rispetto al quale il giudice ha poteri officiosi farebbero propendere per la soluzione positiva al quesito: non può tuttavia ignorarsi che la legge rimette alle parti la presentazione del ricorso ex art. 709 ter; deve però ricordarsi anche l’opinione di chi ritiene che possano essere adottati d’ufficio almeno l’ammonizione e la sanzione pecuniaria<sup>17</sup> e che le sanzioni di cui all’art. 709 ter c.p.c. possono essere applicate anche in caso di inadempimento degli obblighi di mantenimento atteso che anch’esse hanno significative ripercussioni negative sulla vita del minore<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Cea C. L’affidamento condiviso profili processuali in Il Foro Italiano 2006, V 96

<sup>17</sup> Casaburi G. I nuovi istituti di diritto di famiglia istruzioni per l’uso” cit.

<sup>18</sup> cfr. ad es. Tribunale di Modena ordinanza 29 gennaio 2007 ”*La norma sanziona anche gli “atti che comunque arrechino pregiudizio al minore” o che “ostacolano il corretto svolgimento delle modalità dell’affidamento”, e in tale ottica vanno comprese, anche, le violazioni d’ordine economico, atteso che la sufficienza di risorse economiche è condizione indispensabile di esplicazione e sviluppo della personalità del minore»*

***DIRITTO CIVILE DELLA FAMIGLIA –DIRITTO MINORILE- DIRITTO  
PENALE DELLA FAMIGLIA***

***-CATANIA 20 APRILE 2006-***

Dubbia è infine la disciplina del sistema delle impugnazioni, atteso che la norma si limita a richiamare solo “i modi ordinari”. Ora, ove il provvedimento sanzionatorio fosse adottato con sentenza può senz’altro dirsi che modo ordinario di impugnazione della sentenza di primo grado è l’appello e, per quella di secondo grado, nei limiti del giudizio di legittimità, il ricorso alla Corte di Cassazione. Ove il provvedimento venga adottato dal giudice istruttore si è suggerito da più parti il mezzo del reclamo (alla Corte d’appello ex art. 708 c.p.c. ovvero a diversa sezione del Tribunale) Qui però deve ancora una volta notarsi la differenza tra i provvedimenti provvisori ed urgenti e la ordinanza ex art.709 ter che appare più simile quanto a natura funzione e contenuti alle ordinanze condannatorie e anticipatorie che il processo civile già da tempo conosce, rubricate agli artt. 186 bis 186 ter e 186 quater c.p.c.; le prime due sono revocabili del giudice istruttore in relazione al disposto degli artt. 177 e 178 c.p.c. e la terza è revocabile con la sentenza che definisce il giudizio, come del resto anche il sequestro ex art. 156 c.c. può essere revocato dal giudice istruttore stesso e dal Collegio che pronuncia la sentenza.