

## *Premessa*

I figli minori sono titolari di diritti soggettivi di primaria rilevanza costituzionale nei confronti dei genitori.

Molti di questi diritti hanno natura strettamente personale e non patrimoniale, riguardando l'educazione, l'istruzione, l'assistenza morale ed il rispetto della propria personalità e delle proprie opinioni.

Come forse in nessun altro ambito, l'effettiva realizzazione di questi diritti costituisce una condizione imprescindibile per il pieno sviluppo della persona umana, impendendo che la fragilità del figlio diventi in futuro la fragilità dell'adulto.

Questi diritti meritano, dunque, di essere trattati come tali sia sul piano sostanziale, sia sul piano processuale.

Eppure, se si osserva l'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale su questo delicato tema si riscontrano ostacoli e pregiudizi, che ancora oggi pongono queste situazioni giuridiche soggettive in una posizione di inferiorità.

Si prenda come esempio assai significativo la sentenza della Corte costituzionale del 1986 riguardante la partecipazione dei figli minori nei processi di separazione e divorzio.

Nel leggerla si rimane piuttosto sconcertati nel dover prendere atto che il figlio minore è raffigurato come un soggetto terzo, quasi indifferente al giudizio.

Ma d'altro canto, ancora oggi si ritiene prevalentemente che i provvedimenti pronunciati sull'affidamento dei figli minori costituiscano un'appendice giurisdizionalvolontaria dei giudizi contenziosi di separazione personale o di divorzio.

Così si celebra un paradosso.

Il paradosso di un diritto che non conosce un giudizio di cognizione diretto a garantirne il riconoscimento al pari di altri diritti che nella scala dei valori costituzionali sono posti gradini e gradini più sotto.

Ma i diritti dei figli minori possono essere violati come gli altri. Ed anche in assenza di comportamenti inadempienti da parte dei genitori vanno in crisi quando la disgregazione familiare ne impedisce la loro fisiologica attuazione. Tanto che il legislatore ha dovuto perfino concepire una distinta situazione giuridica soggettiva, ovvero il c.d. diritto alla bigenitorialità, proprio al fine di far comprendere che la crisi della famiglia è la crisi del diritto soggettivo del minore ad essere educato, istruito ed assistito moralmente da entrambi i genitori.

Un diritto, non un interesse, seppur preminente.

Peraltro, se si volge lo sguardo altrove, si nota che i diritti in questione non hanno avuto sorte migliore nei giudizi in cui, fermo lo *status*, si giunge a comprimere la responsabilità genitoriale sino anche ad annullarla, ovvero nei c.d. giudizi *de potestate*.

Anche in questo ambito, per lungo tempo, il punto di vista è stato quello del genitore privato dei propri poteri e non quello del figlio i cui diritti erano stati violati.

In questo contesto, si inserisce l'art. 709 *ter* c.p.c., norma controversa e criticata, che però, nel suo ruotare attorno al concetto di grave inadempienza, ha il merito di imporre all'interprete un punto d'osservazione privilegiato – che potremmo definire grandangolare – dal quale poter osservare quell'ampio arco di decisioni giudiziali che si estende sino ai provvedimenti che operano una ridefinizione anche grave del rapporto genitori-figli.

Si pensi, appunto, alle decisioni con le quali viene disposto l'affidamento super-esclusivo o l'affidamento familiare o con le quali vengono assunte altre – le più varie – misure limitative della responsabilità genitoriale di uno o di entrambi i genitori.

Sotto questo profilo l'art. 709 *ter* c.p.c. solleva in termini pressanti l'esigenza di interrogarsi sulla natura dell'attività giurisdizionale diretta a regolare in concreto il contenuto dei diritti dei figli minori nei confronti dei genitori; attività che trova la sua fonte normativa soprattutto nel nuovo art. 337 *ter* c.c., nonché, anche, nel successivo art. 337 *quater* c.c.

Il presente lavoro di ricerca ha, dunque, lo scopo di comprendere il funzionamento della tutela giurisdizionale dei diritti a contenuto non patrimoniale previsti dall'art. 315 *bis* c.c. allorquando questi siano posti in crisi dalla – o in occasione della – crisi familiare.

Più precisamente, nel primo capitolo si procederà ad un studio preliminare dell'ambito di applicazione della tutela *ex art. 709 ter* c.p.c.

Sulla base di questi primi rilievi, sarà possibile delineare i diversi provvedimenti che possono essere assunti in questo ambito, ovvero: *a)* non innovativi, poiché puramente interpretativi-specificativi delle condizioni di affidamento previamente stabilite; *b)* innovativi, poiché integrativi o propriamente modificativi delle precedenti condizioni di affidamento; *c)* sanzionatori.

Tracciate queste linee di demarcazione tra i diversi esiti decisorii possibili, si potrà procedere partitamente, esaminando dapprima, ovvero nel secondo capitolo, la natura dei provvedimenti che, nel modificare o integrare le condizioni di affidamento già previamente individuate, condividono la medesima natura dei provvedimenti che le hanno stabilite.

Muovendosi in questa prospettiva, si esaminerà l'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale riguardanti l'attività giurisdizionale espletata nell'interesse dei figli nei procedimenti in cui si discute del loro affidamento, nonché nei procedimenti *de potestate*.

Si prenderà, dunque, atto di quanto l'erronea ricostruzione sistematica della potestà – ora responsabilità – genitoriale e l'incauto rinvio generico alla nozione di giurisdizione volontaria abbiano pregiudicato il riconoscimento – anche formale – di questi diritti sul piano sostanziale e processuale.

Con specifico riguardo a questo secondo profilo, si rileverà che tutte le decisioni che genericamente si occupano di disciplinare la responsabilità genitoriale a ben vedere stabiliscono il contenuto del rapporto genitori-figli e come tali devono essere ricondotte alla tutela giurisdizionale contenziosa determinativa.

Il terzo capitolo sarà, invece, destinato allo studio dell'apparato sanzionatorio predisposto dall'ordinamento in risposta alla violazione delle condizioni di affidamento da parte dei genitori.

Le gravi incertezze definitorie, presenti sia in dottrina che in giurisprudenza, imporranno di procedere ad un preliminare chiarimento di alcune questioni di ordine generale, specie con riguardo alle nozioni di sanzione civile e misura coercitiva.

Definite le coordinate teoriche della materia, ampio spazio sarà destinato allo studio delle condanne a contenuto risarcitorio previste dal secondo comma dell'art. 709 *ter* c.p.c.; e ciò per giungere alla conclusione che tale misure sono effettivamente riconducibili ai canoni tradizionali della responsabilità civile.

Superato questo ostacolo, si potrà procedere oltre, esaminando le altre

sanzioni previste dalla norma con l'obiettivo di individuarne la natura e, con questa, l'appropriato ambito di applicazione che spetta a ciascuna di esse.

Giunti a questo punto, sarà allora possibile verificare la compatibilità delle misure previste dall'art. 709 *ter* c.p.c. con la sanzione pecuniaria di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.

Il quarto capitolo sarà, quindi, destinato allo studio della posizione processuale dei figli minori all'interno dei giudizi in cui è invocata la tutela *ex art. 709 ter* c.p.c. e più in generale nei procedimenti in cui si determinano le condizioni di affidamento.

In questa sede, tenuto conto dell'oggetto e della natura dei giudizi in questione, l'attribuzione al minore della qualità di parte del processo costituirà un esito interpretativo, se non scontato, senz'altro doveroso.

D'altro canto, verrà chiarito che di regola il minore partecipa al processo mediante i suoi rappresentanti naturali, ovvero i genitori, salvo le rare ipotesi in cui si realizzi un conflitto d'interessi tale da disallineare la posizione d'interesse del figlio rispetto alla posizione di entrambi i genitori.

Chiarito questo profilo preliminare, ampia riflessione sarà destinata all'ascolto del minore, anche alla luce della più recente giurisprudenza e delle modifiche apportate all'istituto dalla riforma della filiazione.

In ultimo, il quinto capitolo riguarderà alcuni profili processuali critici della tutela *ex art. 709 ter* c.p.c. e nella specie la determinazione delle regole di competenza, il rapporto con gli altri giudizi che si occupano di disciplinare il contenuto della responsabilità genitoriale ed infine i rimedi impugnatori destinati a contestare le diverse decisioni che possono essere assunte in questa sede, ovvero in particolare il reclamo cautelare *ex art. 669 terdecies* c.p.c. ed il ricorso straordinario in cassazione *ex art. 111*, comma 7, Cost.