

## IL RISARCIMENTO DEL DANNO PREVISTO DALL'ART. 709 TER, SECONDO COMMA, NN. 2 E 3 C.P.C. TRA DERIVE “PUNITIVE” ED ESIGENZE DI EFFETTIVITÀ SOTTESE AL DIRITTO ALLA BIGENITORIALITÀ DEL MINORE.

| 838

Di Flavio Petrocelli

**SOMMARIO:** 1. *Premessa introduttiva.* - 2. *Ambito di applicazione dell'art. 709 ter c.p.c.* - 3. *La poliedricità delle misure sanzionatorie previste dal secondo comma dell'art. 709 ter c.p.c.* - 4. *La natura esclusivamente compensativa e riparatoria del risarcimento ex art. 709 ter c.p.c.* - 5. *La esclusiva o parziale natura “sanzionatoria” e “coercitiva indiretta” del rimedio risarcitorio.* - 6. *Conseguenze derivanti dall'adesione all'uno o all'altro orientamento ed effettività della tutela del diritto alla bigenitorialità del minore.* - 7. *Criticità sottese alla concezione sanzionatoria e coercitiva indiretta del risarcimento ex art. 709 ter c.p.c.* - 8. *Nuova ipotesi ricostruttiva.* - 9. *Conclusioni.*

**ABSTRACT.** *Il presente contributo, dopo avere ripercorso i principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali inerenti all'art. 709 ter, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. e dato atto, sia pure in sintesi, del dibattito sviluppatosi intorno alla cd. concezione polifunzionale della responsabilità civile, mira a dimostrare che, in difetto di diversa ed espressa previsione legislativa, non è dato accedere a una lettura in chiave sanzionatoria e coercitiva del risarcimento in esame, se non in senso lato e meramente descrittivo. L'effettività del diritto del minore alla bigenitorialità potrebbe essere garantita da una non implausibile ricostruzione in termini contrattuali della responsabilità ascrivibile ai genitori per la violazione degli obblighi correlati all'affidamento dei figli e da una semplificazione degli oneri di allegazione e prova del danno risarcibile nella particolarità della fattispecie regolata dall'art. 709 ter c.p.c.*

*This article, after reviewing the main scholars opinions and case law's positions inherent in art. 709 ter, second paragraph, nos. 2 and 3 c.p.c. and exposed, albeit in summary, the debate that developed around the so-called multifunctional conception of italian tortious liability, aims to demonstrate that, in the absence of a different and express legislative provision, it is not possible to recognize in the damages a punitive and coercive character in addition to its compensatory function, but only in a broad and merely descriptive sense. The effectiveness of the child's right to “bigenitoriality” could be guaranteed by affirming the contractual liability attributable to parents who infringe the provisions on the custody of children and by a simplification of burden of proof of the compensatory damages in the particularity of the case governed by art. 709 ter c.p.c.*



**1. Premessa introduttiva.**

Il timore che l'ingresso della responsabilità e del risarcimento all'interno della famiglia arrecasse il germe della lite e della disgregazione in una comunità qualificata originariamente dalla indissolubilità<sup>1</sup> è stato superato soltanto in tempi recenti, sebbene la Suprema Corte avesse intravisto taluni sviluppi della responsabilità civile in ambito familiare sin dagli anni '70 del secolo scorso<sup>2</sup>.

Ancora agli inizi degli anni '90, nell'ambito dei rapporti interni ai coniugi in sede di separazione personale, la giurisprudenza ribadiva che «la separazione personale costituisce un diritto inquadabile tra quelli che garantiscono la libertà della persona (cioè un bene di altissima rilevanza costituzionale) ed avendone il legislatore specificato analiticamente le conseguenze nella disciplina del diritto di famiglia (cioè nella sede sua propria), deve escludersi, – in omaggio al principio secondo cui "inclusio unius, exclusio alterius", – che a tali conseguenze si possano aggiungere anche quelle proprie della responsabilità aquilana ex art. 2043 c.c.»<sup>3</sup>.

Analoghe riflessioni si estendevano ai rapporti tra genitori e figli.

Alle gravi violazioni degli obblighi genitoriali che potevano manifestarsi nella fase di disgregazione del nucleo familiare si poteva ovviare, in modo del tutto indiretto, unicamente attraverso il proce-

dimento di modifica delle condizioni di affidamento<sup>4</sup> che spesso, però, era utile soltanto a creare nuove liti; in presenza di titoli esecutivi si poteva procedere a esecuzione forzata che mal si prestava a garantire, con la necessaria speditezza, l'attuazione di obblighi complessi di natura strettamente personale e non patrimoniale (si pensi alla controversa questione della consegna del minore ex art. 612 e ss. c.p.c.)<sup>5</sup>; nei casi più gravi occorreva ricorrere alla tutela penale che si rivelava quasi sempre di scarsa efficacia, una volta per la naturale ritrosia nel rendere "pubblici" gli aspetti privati della propria crisi familiare, altra per le difficoltà probatorie che si incontrano in simili vicende e quasi sempre per i tempi tecnici necessari per giungere a una decisione.

La strada alla esperibilità dei rimedi risarcitori in ambito familiare si è aperta soltanto nel 2005<sup>6</sup>, come applicazione della rilettura "costituzionalmente orientata" dell'art. 2059 c.c. patrocinata dalla giurisprudenza di legittimità<sup>7</sup> che aveva sostituito all'angusta nozione di "danno morale subiettivo" una più ampia latitudine del danno non patrimoniale<sup>8</sup>.

In questo contesto, e con specifico riguardo ai rapporti di filiazione, si innestano le nuove disposizioni dell'art. 709 *ter* c.p.c. introdotte con la riforma

<sup>1</sup> Per una completa trattazione della responsabilità civile in ambito familiare si rinvia, senza pretese di esaustività, a S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 605 ss.; G. FERRANDO, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in *Persona e danno*, a cura di P. Cendon, III, Milano, 2003, 2779 ss.; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2013, 381 ss.; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, 14 ss.; P. ROSSI, *La responsabilità civile entro le mura domestiche. Ancora tutti da definire gli equilibri giuridici della colpa endofamiliare*, in *Fam. e minori*, 2011, 10 ss.; F. LONGO, *La madre collocataria impedisce al padre di vedere il figlio: condannata ad un esemplare risarcimento del danno*, in *Fam. e Dir.*, 2012, 818 ss.; C. FAVILLI, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Torino, 2016; V. IVONE, *Profili di danno endofamiliare*, Torino, 2020; D. AMRAM, *In famiglia rispondere. La famiglia alla prova della solidarietà e del principio di responsabilizzazione*, Torino, 2020.

<sup>2</sup> Cass., 19 giugno 1975, n. 2468 in *Mass. For. it.*, 1975, 591 affermò che «l'adulterio può costituire causa di discredito per l'altro coniuge tale da essere fonte di danno risarcibile a carattere patrimoniale».

<sup>3</sup> Cass., 22 marzo 1993, n. 3367 e Cass., 6 aprile 1993, n. 4108, entrambe in *Dejure*. Non mancano rare eccezioni tra cui Cass., 26 maggio 1995, n. 5866, in *Dejure* secondo la quale sebbene «l'addebito della separazione, di per sé considerato, non [sia] fonte di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., [tuttavia] la risarcibilità dei danni ulteriori è configurabile [...] se i fatti che hanno dato luogo all'addebito integrano gli estremi dell'illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità espressa dalla norma citata».

<sup>4</sup> G.A. PARINI, *Responsabilità civile e doveri genitoriali*, in *Trattato di diritto della famiglia*, I, a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello, Milano, 2011, 1842.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. 7 ottobre 1980, n. 5374 in *Riv. dir. priv.* 1982, 336; A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 671 ss. il quale auspicava il ricorso a forme di esecuzione indiretta che conducessero all'adempimento spontaneo.

<sup>6</sup> La prima decisione si fa comunemente risalire a Cass., 10 maggio 2005, n. 9801 in *Fam. e Dir.*, 2005, 365, con note di M. SESTA e G. FACCI.

<sup>7</sup> Con le sentenze gemelle Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno resp.*, 2003, con note di F.D. BUSNELLI e G. PONZANELLI, la Suprema Corte ha respinto l'equiparazione tra danno non patrimoniale e "danno morale transeunte" e affermato che il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona e, in particolare, di ogni lesione ai diritti inviolabili di natura non economica protetti dalla Costituzione. Viene così meno il limite della riserva di legge ordinaria contenuto nell'art. 2059 c.c. sino ad allora circoscritto al danno da reato ex art. 185 c.p. e ad altre poche ipotesi tipiche e non sussistono più ostacoli al risarcimento del danno conseguente alla lesione di diritti fondamentali della persona, incluse le lesioni che si consumano all'interno della famiglia, «luogo di incontro e di vita comune dei suoi membri, tra i quali si stabiliscono relazioni di affetto e di solidarietà riferibili a ciascuno di essi». Secondo M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 2005 ss., le indicate pronunce sarebbero munite di capacità persuasiva e autorevolezza di gran lunga superiore a quelle di molte decisioni delle Sezioni Unite.

<sup>8</sup> F.D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1-25; si rinvia anche diffusamente E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

Il risarcimento del danno previsto dall' art. 709 *ter*, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. tra derive "punitive" ed esigenze di effettività sottese al diritto alla bigenitorialità del minore (Flavio Petrocelli)



dell'affidamento condiviso di cui alla l. n. 54/2006<sup>9</sup> al dichiarato fine di assicurare una tutela effettiva ai diritti dei minori correlati agli obblighi di natura infungibile gravanti sui genitori consacrati in provvedimenti giudiziari.

| 840

## 2. Ambito di applicazione dell'art. 709 *ter* c.p.c.

Con le due riforme che hanno interessato il diritto della filiazione adottate rispettivamente nel 2006 (art. 1 l. n. 54/2006) e nel 2013 (art. 55 d.lg. n. 106/2013 in attuazione della l. n. 219/2012) a tutela del preminente interesse del minore, il legislatore ha dapprima introdotto il regime dell'affidamento condiviso<sup>10</sup> e riconosciuto, attraverso esso, il diritto del minore alla bigenitorialità a prescindere dal tipo di disgregazione della coppia genitoriale<sup>11</sup>; quindi, con una rivoluzione copernicana, ha sostituito a una visione adultocentrica fondata sulla "potestà" in cui il figlio era sottoposto alle decisioni dei genitori, quel-

la figliocentrica, basata sulla "responsabilità"<sup>12</sup> nella quale i genitori sono responsabili della crescita della prole e della realizzazione dei propri diritti fondamentali<sup>13</sup>.

L'ambito di applicazione dell'art. 709 *ter* c.p.c. si ricava dalle due citate riforme legislative.

Il primo comma della indicata disposizione demanda al giudice del procedimento in corso o a quello competente in relazione al luogo di residenza del minore, il potere di risolvere le controversie in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale ovvero alle modalità dell'affidamento, adottando i provvedimenti più opportuni. Tali "controversie" ineriscono a disaccordi e contrasti che insorgono di frequente tra i genitori quando si tratta di individuare le modalità attuative dell'affidamento, ossia le forme di esercizio della responsabilità genitoriale<sup>14</sup> ogni qual volta sia stato pronunciato un provvedimento giurisdizionale di affidamento della prole ovvero una decisione omologata (o autorizzata) che ne abbia determinato il regime<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Sulla nozione di responsabilità genitoriale si rinvia per tutti a C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, vol. 2.1, Milano, 2017, 377 ss.

Con il d.lg. n. 106/2013, il legislatore ha inserito nel Titolo IX del Libro Primo del codice civile, il Capo II dedicato all'Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio» la cui disciplina si applica, ai sensi dell'art. 337 *bis* c.c., «in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio».

<sup>13</sup> Così R. SENIGAGLIA, *La semantica giuridica della responsabilità genitoriale*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, vol. 10, 2018, 7.

<sup>14</sup> Cfr. in tal senso Corte cost., 10 luglio 2020, n. 145, in *Dejure*.

<sup>15</sup> Secondo C.M. CEA, *L'affidamento condiviso, profili processuali*, in *Foro it.* 2006, fasc. 3, parte V, 96 ss. sussisterebbe una sola ipotesi in cui l'art. 709 *ter* c.p.c. potrebbe trovare applicazione anche in assenza di un preventivo provvedimento giudiziale che abbia regolato, omologato o autorizzato i rapporti sostanziali tra genitori e figli: si tratterebbe del caso dei genitori non coniugati che entrano in conflitto sull'esercizio della propria "responsabilità". L'autore ha espresso l'indicata conclusione, però, in forma dubitativa.

Osserva R. DONZELLI, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, Torino, 2018, 13 ss. che in caso di accordo stragiudiziale sulle modalità di affidamento del minore da parte dei genitori non coniugati che abbiano riconosciuto il figlio e successivamente cessato la convivenza non incide sull'ambito di applicazione dell'art. 709 *ter* c.p.c. il quale esige sempre la preventiva regolamentazione giudiziale, diretta o indiretta, delle condizioni di affidamento come si desume dalla rubrica della norma che discorre di «inadempienze o violazioni» e soprattutto dal secondo comma che, specificando il primo comma, contempla espressamente la modifica dei «provvedimenti in vigore» nel caso in cui ricorrano «gravi inadempienze» o «atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento».

<sup>9</sup> In sede di lavori preparatori della legge 8 febbraio 2006, n. 54 «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli», il relatore del testo unificato delle proposte di legge nel corso della seduta svoltasi alla Camera dei deputati in data 10 marzo 2005 affermò: «Sono state individuate per la prima volta nel panorama normativo delle sanzioni di tipo economico nei confronti del genitore inadempiente e a favore del figlio, oltre che del coniuge eventualmente beneficiario dell'assegno, consentendo, così, una protezione molto maggiore e più consolidata ai casi di inadempienza».

<sup>10</sup> Il primo comma dell'art. 1 l. n. 54/2006 ha sostituito il testo previgente dell'art. 155 c.c. dedicato ai «provvedimenti riguardo ai figli» introducendo il regime dell'affidamento condiviso - successivamente modificato dall'art. 5 d.lg. n. 106/2013 - . Il secondo comma del medesimo art. 1 ha introdotto nel codice civile l'art. 155 *bis* c.c. sull'affidamento a un solo genitore - abrogato dall'art. 106 d.lg. n. 154/2013 con effetti dal 7.2.2014 - e gli artt. 155 *ter*, *quater*, *quinqües* e *sexies* c.c. L'art. 2 della citata legge n. 54/2006 ha aggiunto il comma 4 all'art. 708 c.p.c. e introdotto l'art. 709 *ter* c.p.c.

<sup>11</sup> I rapporti di filiazione sono regolati unitariamente poiché unico è lo stato di figlio, a prescindere dal fatto che i genitori siano o meno coniugati o dalla particolare vicenda di disgregazione familiare.

La Riforma della Filiazione del 2013 ha trasfuso con modifiche le disposizioni che in precedenza disciplinavano l'affidamento condiviso introdotte dalla l. n. 54/2006. Più precisamente, nel vigente art. 337 *ter* c.c. il legislatore ha trasfuso, con modifiche, il testo del precedente art. 155 c.c. e nell'art. 337 *quater* c.c., quello del previgente art. 155 *bis* c.c.; nell'art. 337 *quinqües* c.c., ha riprodotto il testo del precedente art. 155 *ter* c.c. con la sola modifica testuale relativa alla responsabilità genitoriale. Nell'art. 337 *sexies* è confluito il previgente art. 155 *quater* con sostituzione dell'ultimo comma. Nell'art. 337 *septies* c.c., è confluito l'abrogato art. 155 *quinqües* c.c. e nell'art. 337 *octies* c.c., con l'aggiunta di un secondo comma, è stato trasfuso il previgente testo dell'art. 155 *sexies* c.c.





A partire dal 2006, dunque, il giudice è munito dei più incisivi ed efficaci poteri previsti dall'art. 709 *ter* c.p.c. per tutti gli aspetti diversi da quelli economici, concernenti obbligazioni complesse di carattere infungibile, incidenti su diritti di carattere non patrimoniale<sup>16</sup>.

Per le questioni di natura economica, infatti, oltre all'esecuzione per espropriazione forzata, sono previsti vari meccanismi volti ad assicurare una adeguata tutela del diritto di credito quali, ad esempio, il sequestro o il pagamento diretto da parte di terzi ai sensi dell'art. 156 c.c. e la possibilità *ex art.* 545 c.p.c. di pignorare il trattamento stipendiale anche al di là del limite generale del quinto della retribuzione, oltre alla tutela penale di cui agli artt. 570 e 570-*bis* cod. pen.<sup>17</sup>.

In caso di inadempienze di uno dei genitori o di atti comunque pregiudizievoli per il minore, con la norma in commento si è ulteriormente consentito al giudice della cognizione di modificare o integrare il contenuto di precedenti provvedimenti concernenti

le modalità di affidamento o l'esercizio della responsabilità genitoriale.

Il legislatore ha demandato al giudice di merito una nuova competenza che si svincola da moduli rigidi come quelli esecutivi per sfruttare pienamente la maggiore flessibilità della tutela giurisdizionale di cognizione; ha inoltre attribuito a tale giudice, una volta accertato l'inadempimento alle statuizioni contenute nei provvedimenti già emanati nei confronti della coppia genitoriale, il potere di comminare, ove richiesto con ricorso ai sensi del secondo comma della stessa disposizione, le misure "sanzionatorie" ivi contemplate<sup>18</sup> (su cui v. par. successivo).

Secondo la giurisprudenza, l'indicata disposizione permette oggi di intervenire in una pluralità di ipotesi differenti; anzitutto in situazioni più sfumate nelle quali non vengono in rilievo necessariamente inadempimenti o comportamenti pregiudizievoli per la prole, ma controversie concernenti le modalità dell'affidamento (ad es. mancato accordo su questioni di maggior interesse dei figli<sup>19</sup>, difficoltà attuative dei provvedimenti in essere e così via)<sup>20</sup>, anche se taluni giudici di merito ritengono che la soluzione delle microconflittualità genitoriali dovrebbe essere demandata alla competenza di altri servizi quali, ad esempio, la mediazione familiare, il sostegno psicologico o il supporto terapeutico<sup>21</sup>.

L'art. 709 *ter* c.p.c., può, inoltre, essere invocato per definire questioni inerenti alla "interpretazione" dei provvedimenti del giudice e condurre (non già ad una modifica, ma) ad una più precisa determinazione e specificazione degli stessi<sup>22</sup>.

---

Allo stesso modo, l'espressione genericamente contenuta nel primo comma dell'art. 709 *ter* c.p.c. «soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità dell'affidamento» si specifica attraverso il combinato disposto degli artt. 337 *ter* e 337 *quinquies* c.c. Nella fase patologica della crisi familiare vige un regime diverso rispetto a quella fisiologica della famiglia nella quale l'intervento giurisdizionale, in caso di mancato accordo dei genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale, è circoscritto o al suggerimento delle decisioni maggiormente conformi all'interesse del figlio o, in caso di mancato recepimento di tali indicazioni, alla individuazione del genitore che nel singolo caso assumerà la decisione maggiormente conforme all'interesse del minore (art. 316, terzo comma, c.c.; con riguardo al disaccordo tra i coniugi sull'indirizzo della vita coniugale si veda l'art. 145 c.c.). Se invece il contrasto in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale emerge dopo la disgregazione della famiglia, la soluzione del conflitto è rimessa interamente al giudice che dovrà adottare i provvedimenti più opportuni nell'interesse del minore *ex art.* 337 *ter*, comma 2, c.c. Naturalmente in caso di violazione dei provvedimenti del giudice si potrà poi esperire l'art. 709 *ter* c.p.c.

<sup>16</sup> Secondo M. SESTA e A. ARCIERI, *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, Torino, 2011, 876 ss., l'art. 709 *ter* c.p.c. individua due diverse tipologie di interventi giurisdizionali. Il primo comma dell'art. 709 *ter* c.p.c. consente di intervenire con l'adozione di "provvedimenti più opportuni" allorché vi sia un contrasto dei genitori su decisioni fondamentali come ad esempio quelle relative alla scelta della scuola, sanitarie, di trasferimento della residenza e così via.

A questo primo intervento giurisdizionale si affianca quello previsto dal secondo comma il quale, nel garantire l'attuazione e l'osservanza del provvedimento di affidamento dei figli, prescinde dall'esistenza di una controversia insorta tra i genitori, ma esige che si siano verificate gravi inadempienze, condotte ostative alle modalità di affidamento o violazioni pregiudizievoli per la prole. In tale ultima ipotesi il giudice potrà modificare i provvedimenti preesistenti, ovvero anche adottare una o più delle misure sanzionatorie ivi previste.

<sup>17</sup> Cfr. Corte cost., 10 luglio 2020, n. 145 cit.

---

<sup>18</sup> Corte cost., 10 luglio 2020, n. 145 cit.

<sup>19</sup> Si pensi, ad esempio, al mancato accordo su questioni come la scelta della scuola, un intervento medico sul minore e così via. In tal senso v. Trib. Milano, 9 gennaio 2018, in *Dejure* in tema di disaccordo insanabile tra i genitori, nell'ambito di una procedura di divorzio, in ordine alla necessità di vaccinare il minore con riferimento a patologie per le quali è prescritta la vaccinazione obbligatoria.

<sup>20</sup> V. ad es. G. BALENA, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in G. BALENA e M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 420 ss.; F.P. LUIO e B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 249-250; S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Appendice di aggiornamento, Padova, 2007, 214 ss.; R. DONZELLI, *op. cit.*, 8 ss.

<sup>21</sup> Per l'orientamento secondo il quale l'intervento dell'autorità giurisdizionale *ex art.* 709 *ter* c.p.c. dovrebbe essere limitato solo ai conflitti relativi agli aspetti essenziali della vita del minore, v. Trib. Milano, ordinanza del 23 marzo 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) che ha dichiarato inammissibile il ricorso *ex art.* 709 *ter* c.p.c. proposto dalla madre per specificare cosa dovesse intendersi per "festività pasquali".

<sup>22</sup> Cass., 22 ottobre 2010, n. 21718; cfr. Cass., 8 agosto 2013, n. 18977, tutte in *Dejure*.

Il secondo comma dell'art. 709 *ter* c.p.c., attraverso norme uniformi<sup>23</sup>, ha poi tipizzato i presupposti che consentono la modifica dei provvedimenti di affidamento già adottati<sup>24</sup> e realizza un effetto analogo a quello della procedura di cui all'art. 710 c.p.c. con una sostanziale differenza: l'intervento giudiziale *ex art. 709 ter* c.p.c. presuppone un comportamento gravemente inadempiente, pregiudizievole al minore o impeditivo dell'esercizio delle modalità di affidamento; quello dell'art. 710 c.p.c. semplicemente sopravvenuti mutamenti di circostanze di fatto<sup>25</sup>.

Dal comma 2 emerge che l'art. 709 *ter* c.p.c. trova applicazione a tutte le violazioni dei genitori in grado di compromettere il diritto del minore alla bigenitorialità, espressione della indissolubilità del vincolo di filiazione che si contrappone alla dissolubilità del rapporto tra i genitori<sup>26</sup>.

La competenza è attribuita al giudice del procedimento in corso (separazione, divorzio, annullamento del matrimonio, affidamento di figli di genitori non uniti in matrimonio) successivamente all'adozione dei provvedimenti presidenziali ovvero, una volta che il procedimento sia concluso, al giudice che conoscerebbe i procedimenti *ex art. 710 c.p.c.*<sup>27</sup>.

Il procedimento *ex art. 709 ter* c.p.c. può essere promosso in via incidentale, in quanto diretto a risolvere controversie insorte durante la pendenza del giudizio sulla crisi familiare relative a provvedimenti provvisori o comunque non passati in giudicato o, in via autonoma, con riguardo a problematiche relative a provvedimenti oramai divenuti definitivi e può dunque comportare l'adozione di pronunce di diversa natura: specificativa-interpretativa, modificativa, risarcitoria e infine anche sanzionatoria<sup>28</sup>.

### 3. La poliedricità delle misure sanzionatorie previste dal secondo comma dell'art. 709 *ter* c.p.c.

L'art. 709 *ter* c.p.c. prevede (nella seconda parte del secondo comma) una pluralità di misure sanzionatorie<sup>29</sup> che il giudice può adottare anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; 4) condannare il genitore

<sup>29</sup> Il lemma "sanzione" è in questa sede declinato semplicemente come reazione o risposta successiva alla violazione di norme giuridiche; in termini generali, cfr. N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1957, XVI, 534 ss. e anche G. GAVAZZI, *Sanzione I) Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, XXXVIII, Milano, 1991. In una prospettiva ampia, comune ai vari settori del diritto, anche il risarcimento, l'invalidità negoziale, la decadenza e così via possono definirsi sanzione giuridica di natura civilistica da intendersi quale conseguenza negativa prospettata e imposta per la violazione di un dovere di astensione o di un obbligo di agire.

Anche il risarcimento, difatti, si traduce in una conseguenza sfavorevole il responsabile e rappresenta una reazione negativa e successiva dell'ordinamento giuridico alla lesione di un interesse giuridicamente protetto; in senso lato ben potrebbe avere scopo preventivo e sanzionatorio (del fatto antiggiuridico).

Non è possibile, però, discorrere in senso tecnico di sanzione (punitiva) perché nella lettura tradizionale il risarcimento reintegra, in forma specifica o per equivalente, l'interesse leso reagendo al danno.

La punizione, invece, ispirata al principio retributivo, colpisce l'inosservanza della norma in sé considerata; sono irrilevanti le conseguenze che da quella violazione (arricchimenti e/o danni) siano eventualmente derivate. Nella sanzione punitiva al male imposto al trasgressore non corrisponde una corrispondente attribuzione in favore del soggetto leso. Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, 84-85.

In altri termini le sanzioni punitive, a differenza di quelle restitutorie – e ancor più di quelle premiali e reintegratorie – non ristorano una lesione, ma aggiungono al male dell'illecito, il male della sanzione, senza che questa elimini il primo; esse colpiscono un bene che non ha alcun rapporto funzionale con l'interesse leso. Cfr. T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, 55 ss. Nel prosieguo del presente scritto, dunque, per designare l'indicato profilo afflittivo si discorrerà di sanzioni civili punitive le quali vanno tenute distinte tanto dal risarcimento, quanto dalle misure di coercizione indiretta.

Cfr. anche G. SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 917-918 secondo cui «Risarcimento, sanzione e coazione sono concetti diversi, che non possono essere sovrapposti, perché il primo risponde all'esigenza di riparazione di un pregiudizio che è stato inferto ad un soggetto a causa dell'inosservanza di un comportamento giuridicamente dovuto, fermo restando che, se non vi è stato danno, non vi potrà essere neanche risarcimento; il secondo concetto è anch'esso strettamente legato ad una dimensione patologica e non fisiologica del diritto, ma ha una diversa funzione, perché serve a "castigare" l'inosservanza; in ultimo, la coazione è diretta ad assicurare l'osservanza delle regole».

<sup>23</sup> G. DE MARZO, *L'affidamento condiviso, profili sostanziali*, in *Foro it.* 2006, fasc. 3, parte V, 90 ss.

<sup>24</sup> C.M. CEA, *op. cit.*, 96 ss.

<sup>25</sup> Cass., 22 ottobre 2010, n. 21718 cit.

<sup>26</sup> Diffusamente A. MENDOLA, *Il danno da privazione del rapporto genitoriale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, 2, 2019, 905 ss.

<sup>27</sup> Cass., 22 ottobre 2010, n. 21718 cit.

<sup>28</sup> Diffusamente R. DONZELLI, *op. cit.*, 19 ss. al quale si rinvia tutti i dovuti approfondimenti dei profili processuali che non rientrano nell'oggetto del presente lavoro; cfr. altresì G. BALENA, *op. cit.*, 420 ss.; E. VULLO, *Sub art. 709 ter*, in *Codice di procedura civile*, dir. C. Consolo, Milano, 2010, 1030; G. FINOCCHIARO, *Sub Art. 709 ter*, in L.P. Comoglio e R. Vaccarella (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 2010, 3016 ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2009, 312 ss.





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.

Vi è sostanziale concordia in dottrina e giurisprudenza sulla eventuale applicazione congiunta delle misure in esame e sulla natura “punitiva” e “deterrente” di quelle previste dai numeri 1) e 4).

In particolare, la Suprema Corte ha osservato che «l'uso della congiunzione disgiuntiva “od” evidenzia che avere ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali relative alle modalità di affidamento dei figli è un fatto che giustifica di per sé l'applicazione di una o più tra le misure previste, pure in mancanza di un pregiudizio in concreto accertato a carico del minore. Questa interpretazione è coerente con la natura deterrente e afflittiva delle misure previste dai nn. 1 e 4 dall'art. 709 *ter* c.p.c. e, in particolare, di quella consistente nella condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria»<sup>30</sup>.

Anche la Corte costituzionale<sup>31</sup> ha di recente chiarito che la «sanzione amministrativa pecunia-

ria», dell'importo ricompreso tra un minimo di 75 euro ed un massimo di 5.000 euro in favore della Cassa delle ammende, realizza innanzitutto - sul modello di altri sistemi processuali - una forma di indiretto rafforzamento dell'esecuzione di obblighi di carattere infungibile. Si tratta di prestazioni il cui adempimento dipende in via esclusiva dalla volontà dell'obbligato e l'esecuzione indiretta si realizza, previa necessaria istanza di parte, attraverso un sistema di compulsione all'adempimento spontaneo prevedendo, in mancanza dello stesso, l'obbligo di corrispondere una somma in favore dello Stato. In ciò tale modello si accosta nella finalità - pur divergendo nel meccanismo processuale - alle misure di attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare introdotte successivamente dall'art. 614 *bis* c.p.c.

La giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente precisato che il provvedimento definitivo che applica la sanzione dell'ammonimento non ha carattere decisorio su diritti e quindi per esso è inammissibile il ricorso straordinario per cassazione a differenza della sanzione pecuniaria disposta a favore della Cassa delle ammende la quale comporta un sacrificio patrimoniale in favore di un soggetto pubblico<sup>32</sup>.

Più recentemente, ha statuito che l'ammonimento, finalizzato a dissuadere il genitore a porre in essere future violazioni della medesima specie, svolge solo una funzione preventiva-deterrente, mentre la sanzione pecuniaria persegue una funzione afflittiva-punitiva delle inadempienze già accertate<sup>33</sup>.

Maggiori contrasti interpretativi si registrano, invece, con riguardo alla natura giuridica delle ipotesi risarcitorie contemplate dai numeri 2) e 3), alle quali saranno dedicati i paragrafi che seguono.

<sup>30</sup> Così Cass., 27 giugno 2018, n. 16980 e Cass., 17 maggio 2019, n. 13400, in *Dejure*.

<sup>31</sup> Corte cost., 10 luglio 2020, n. 145 cit. intervenuta in un caso di cumulo tra la sanzione penale irrogata nei confronti del padre, in via definitiva, per il reato di omesso versamento del mantenimento in favore della figlia minore durante il periodo della separazione *ex art.* 570 c.p. e la successiva richiesta, in sede divorzile, da parte della madre di condanna dello stesso genitore al pagamento della ulteriore sanzione pecuniaria in favore della Cassa delle ammende, per il medesimo fatto, ai sensi dell'art. 709 *ter*, secondo comma, n. 4 c.p.c.

La Corte costituzionale ha escluso la violazione del divieto di *bis in idem ex art.* 117, comma 1, cost. in relazione al parametro interposto di cui all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, prospettata dal giudice *a quo*, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame diretta a escludere dal campo di applicazione della norma (art. 709 *ter* c.p.c.) l'omesso pagamento dell'assegno di mantenimento in favore della prole, poiché fatto già sanzionato penalmente e non rispondente alla *ratio* della previsione in esame, volta a sanzionare altre condotte di fare infungibili, non suscettibili di esecuzione forzata diretta, che riguardano gli aspetti personali del rapporto di filiazione o gravi violazioni dei diritti del minore in presenza di condotte pregiudizievoli dell'altro genitore al fine di assicurare il diritto della prole a un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori. La Corte costituzionale ha parimenti escluso che l'espressione «atti che comunque arrechino pregiudizio al minore» violi il canone della determinatezza in ordine alla individuazione dei comportamenti sanzionabili ai sensi dell'art. 25, secondo comma, cost., applicabile anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente punitive poiché, nel caso dell'art. 709 *ter* c.p.c., il legislatore si riferisce ai comportamenti da ricondurre alle inadempienze o violazioni di precedenti prescrizioni dettate da un provvedimento giurisdizionale, anche se non apparentemente gravi, e perché si reputano ammissibili enunciazioni sintetiche delle norme incriminatrici. Anche l'ulteriore questione di illegittimità costituzionale prospettata dal giudice *a quo* in relazione alla violazione dell'art. 3 cost. poiché la sanzione amministrativa di cui al numero 4 nel massimo supera di

gran lunga quella penale, è stata respinta sul rilievo che la sanzione penale assume comunque una stigmatizzazione superiore alla prima e la pena della multa non è alternativa, ma congiunta alla reclusione. Per un commento alla citata decisione, da reputarsi solo in apparenza interpretativa di rigetto, v. E. MALFATTI, *La corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto a margine della sentenza n. 145/2020*, in *Osservatorio costituzionale*, 6, 2020, 222 ss.; G. SPANGHER, *Un'interpretazione costituzionalmente orientata della duplice sanzionabilità dei colpevoli comportamenti del genitore affidatario nei confronti della prole*, in *Giur. cost.*, 4, 2020, 1690C ss.

<sup>32</sup> Cass., 5 febbraio 2008, n. 2753 e Cass., 13 settembre 2013, n. 15341, in *Dejure*.

<sup>33</sup> Cass., 6 marzo 2020, n. 6471, in *Fam. e Dir.* 2020, 332 ss. con nota di B. FICCARELLI e E. VULLO; in *Foro it.*, I, 2787 con nota di A. MONDINI; in *NGGC*, 2020, 775 con nota di A. NASCOSI; in *Corriere Giur.* 2020, 1394 con nota di D. NOVIELLO; in *Guida al diritto*, 2020, 15, 34, con nota di M. FINOCCHIARO; in *Rass. es. forzata*, 2020, 675 con nota di A. DI BERNARDO; in *Il Processo civile* 2020, con nota di S. MATTEINI CHIARI; in *GiustiziaCivile.com* 13 agosto 2020 con nota di C. COSTABILE.

#### 4. La natura esclusivamente compensativa e riparatoria del risarcimento ex art. 709 ter c.p.c.

Per un primo orientamento sussistono dati testuali e sistematici che depongono per l'attrazione della disciplina in esame alle regole ordinarie della responsabilità civile<sup>34</sup> così come interpretate e applicate dalla giurisprudenza del 2003 e del 2005<sup>35</sup> in tema di danno endofamiliare.

L'utilizzo del lemma risarcimento in luogo di quello di indennità (di cui ad es. al differente art. 129 bis c.c.), la destinazione della condanna risarcitoria in favore del minore e/o dell'altro genitore, le espressioni «pregiudizio al minore» e «anche congiuntamente», deporrebbero per il riconoscimento di una differente natura giuridica alle misure previste dall'art. 709 ter, secondo comma, c.p.c.; da un lato quelle deterrenti e punitive di cui ai numeri 1) e 4), dall'altro quelle risarcitorie di cui ai numeri 2) e 3)<sup>36</sup>.

Il riferimento testuale al «pregiudizio al minore» evidenzia che nel disegno legislativo assume ruolo centrale la figura del danneggiato e che il pregiudi-

zio può essere causato anche da inadempienze non gravi come si desume dall'utilizzo dell'avverbio «comunque».

La valutazione in termini di gravità delle condotte dell'offensore costituisce soltanto un invito rivolto al giudice a non dare ingresso a risarcimenti per violazioni meramente bagatellari, inidonee a incidere realmente sull'interesse del minore.

L'espressione «gravi inadempienze» si allinea perfettamente all'orientamento giurisprudenziale enunciato dalle successive Sezioni Unite della Suprema Corte del 2008 (cd. di San Martino) in materia di danno non patrimoniale, secondo il quale il risarcimento ex art. 2059 c.c. può essere riconosciuto in presenza di tre condizioni: a) che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale e inerisca a un diritto fondamentale della persona, al di fuori delle ipotesi in cui è previsto espressamente dalla legge; b) che la lesione dell'interesse sia grave, cioè superi la soglia di tollerabilità implicita nel dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 cost.; c) che il danno non sia futile, ossia che non consista in meri disagi o fastidi, o nella lesione di diritti immaginari come quello alla qualità della vita o alla felicità. Pertanto, poiché il comportamento del genitore può arrecare un danno patrimoniale e non patrimoniale al figlio, al coniuge o all'altro partner, il primo andrà senz'altro risarcito nei limiti consentiti dalla legge, mentre per il secondo sarebbe necessaria una inadempienza «grave»<sup>37</sup>.

Il risarcimento non potrebbe svolgere funzione punitiva e/o deterrente – e dunque ultracompensativa – in assenza di puntuali riferimenti normativi perché se così fosse, potendo cumularsi alle altre misure previste dai numeri 1 e 4, rischierebbe di sovrapporsi ad esse e creare, per la stessa violazione, inspiegabili duplicazioni sanzionatorie<sup>38</sup>.

Mancherebbero, soprattutto, puntuali riferimenti legali ai limiti minimi e massimi che dovrebbero governare il potere discrezionale del giudice nella liquidazione del *quantum debeatur* per cui l'interpretazione favorevole alla configurabilità di un risarcimento punitivo e/o deterrente rischierebbe di porsi in contrasto con il principio della riserva di legge in materia di sanzioni civili punitive<sup>39</sup>. Difatti,

<sup>37</sup> L. AMBROSINI, *op. ult. loc. cit.*

<sup>38</sup> L. AMBROSINI, *op. ult. loc. cit.*

<sup>39</sup> Cfr. A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia*, in A. Graziosi (a cura di), *Diritto processuale di famiglia*, Torino, 2016, 238-239. Molti autori nella dottrina civilistica, specie dopo Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, reputano applicabili anche alle sanzioni civili punitive interne o comunque ai risarcimenti qualificati anche punitivi gli stessi principi di tipicità, di prevedibilità e proporzionalità della sanzione che si riscontrano nella materia penale ai sensi dell'art. 25, secondo comma, cost. V. in tal senso M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*,

<sup>34</sup> Cfr. sul punto *ex multis* E. VULLO, *op. cit.*, 1034; Id, *Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2011, 324 ss.; A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 1100 ss.; Id, *Procedimento di separazione e divorzio*, in *Enc. Dir.*, Annali, Milano, 2007, 979; T. AUETTA, *L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 422; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 939; G. FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 709 ter c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009, 35; F. TOMMASEO, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e Dir.*, 2010, 1065 ss.; V. ROSSINI, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in A. Briguglio e B. Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007, 407 ss.; S. PATTI, *La richiesta abusiva di affidamento esclusivo*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 773; G.A. PARINI, *Responsabilità civile e doveri genitoriali*, *op. cit.*, 1854 ss.; G. SPOTO, *op. cit.*, 916; D. AMRAM, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto di famiglia*, in *Fam. e Dir.*, 2008, 967; M. PALADINI, *op. cit.*, 2011; G. FACCI, *L'art. 709 ter c.p.c., illecito endofamiliare e i danni punitivi*, in *Fam. e Dir.*, 2008, 1032; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 242 precisa che «il danno è equamente determinato in ragione della gravità del fatto, senza che occorran al riguardo prove specifiche»; E. LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualciviltistiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1474 ss.

<sup>35</sup> Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828 cit. e Cass., 10 maggio 2005, n. 9801 cit.

<sup>36</sup> M. PALADINI, *op. ult. loc. cit.*; L. AMBROSINI, *La responsabilità del genitore "inadempiente": accordi fra genitori e poteri del giudice anche alla luce della L. n. 219/2012*, in *Dir. fam. e delle persone*, 2013, 1133.



quando il legislatore ha voluto introdurre una sanzione come quella amministrativa contemplata al n. 4, ha previsto il limite minimo e massimo a differenza del risarcimento che evidentemente non condivide la stessa natura giuridica<sup>40</sup>.

In definitiva, secondo l'orientamento dottrinale citato, può riconoscersi al risarcimento in esame soltanto una funzione compulsoria in senso lato – oltre a quelle propriamente compensativa e riparatoria –, in aggiunta a quella deterrente e afflittiva rispettivamente delle misure di cui ai numeri 1) e 4).

Altra dottrina osserva che la risarcibilità del danno endofamiliare è conquista recente e nel 2006 il legislatore ha avvertito l'esigenza di stabilirlo espressamente con la introduzione delle ipotesi di cui ai nn. 2) e 3) dell'art. 709 *ter* c.p.c. da intendersi come una previsione tipica di danno non patrimoniale (di cui alla riserva di legge contenuta nell'art. 2059 c.c.). Sarebbe stata così introdotta *ex lege* una specifica ipotesi di risarcimento del danno morale di cui, diversamente dalle sanzioni di cui ai numeri 1) e 4), è comunque necessaria l'allegazione e la prova, con funzione punitiva di una grave inadempienza o violazione genitoriale<sup>41</sup>.

La giurisprudenza di merito, allo stato minoritaria<sup>42</sup>, attribuisce al risarcimento del danno *de quo* natura esclusivamente compensativa e riparatoria.

### 5. La esclusiva o parziale natura “sanzionatoria” e “coercitiva indiretta” del rimedio risarcitorio.

Per altro orientamento le ipotesi risarcitorie contemplate dai nn. 2) e 3) del secondo comma dell'art. 709 *ter* c.p.c. non sono riconducibili alle regole ordinarie codicistiche della responsabilità civile al pari di quelle previste di dai nn. 1) e 4) e si correlano strettamente alla esigenza di favorire, tramite un eterogeneo apparato sanzionatorio, la coercizione indiretta all'adempimento di un provvedimento giurisdizionale preesistente; la natura infungibile degli obblighi assunti - in quanto strettamente personali - e il rilievo pubblicistico sotteso alla tutela dell'interesse superiore del minore deporrebbero per la estensione della ricostruzione dogmatica in esame anche alle previsioni di cui ai numeri 2 e 3<sup>43</sup>.

1, 2018, 310 ss.; C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 795; ID, *Conclusioni. Look what they've done do my Song*, in *I mobili confini del diritto privato*, a cura di L. Nivarra e A. Plaia, 2018, 75 ss.; ID, *Del non risarcibile aquilano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, cd. danno esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 331. Cfr. anche G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2018, 489 ss.; A.C. CIATTI, *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle corti di common law*, in *Contr. imp. eur.*, 2017, 9-10 e nota 40; M. FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, in *Contratto e impr.*, 2017, 1119; M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 97; G. PONZANELLI, *La decisione delle Sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 302. L'autore da ultimo citato, prima delle Sezioni Unite, aveva invece sostenuto che l'art. 25 cost. non trovasse applicazione per le sanzioni civili punitive (o pene private) v. G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *NGCC*, 2008, 28. C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto il, di norma presente, due process of law)*, in *Corr. giur.*, 2017, 1054. In precedenza v. anche P. BENAZZO, *Le 'pene civili' nel diritto privato d'impresa*, Milano, 2005, 291 ss. con riferimento alle sole “pene civili” afflittive e non per quelle risarcitorie.

<sup>40</sup> G.A. PARINI, *op. cit.*, 1856.

<sup>41</sup> A. D'ANGELO, *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, in *Danno e resp.*, 2008, 1204 e 1205; A. FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 2008, 801.

<sup>42</sup> V. in tal senso Trib. Catanzaro 23 maggio 2012 in *www.ilcaso.it*; Trib. Varese 7 maggio 2010; Trib. Pisa, 24 gennaio 2008; Trib. Pavia, 23 ottobre 2009; Trib. Pisa, 12 maggio 2010; App. Catania, 18 febbraio 2010; Trib. Varese, 7 maggio 2010; Trib. Monza, 19 dicembre 2013; Trib. Arezzo, 113 febbraio 2014; Trib. Pavia, 14 dicembre 2017. Tutte le decisioni di merito sopra citate sono reperibili in *Dejure*.

<sup>43</sup> Cfr. sul punto *ex multis* DE MARZO, *op. loc. cit.*; ID, *Separazione giudiziale, in il diritto di famiglia* a cura di G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, 2007, 513; A. GRAZIOSI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1884; ID, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia, op. cit.*, 229 ss.; DANOVÌ, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1017; ID, *I provvedimenti riguardanti i figli nella crisi della famiglia: profili processuali*, in *Il diritto di famiglia* a cura di G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, 2007, 1084; ID, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709 ter c.p.c.)*, *ivi*, 2008, 613; ID, *Inammissibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1546; ID, *Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 303; ID, *Il processo di separazione e divorzio*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, *La crisi della famiglia*, Milano, 2015, 633 ss.; E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. e Dir.*, 2008, 72; F. FAROLFI, *L'art. 709 ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?*, in *Fam. e Dir.*, 2009, 617; I. ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 417 ss.; A. ARCIERI, *La responsabilità da deprivazione genitoriale al vaglio della giurisprudenza di merito: due differenti forme di tutela per l'identico diritto costituzionalmente garantito*, in *Fam. e Dir.*, 2010, 157-158; ID, *Sub Art. 709 ter c.p.c.*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, Milano 2015, 1917 ss.; N. DE SALVO, *Il risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c. come pena privata*, in *Fam. e Dir.*, 2012, 618; P. PARDOLESI, *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e*



Si è così sostenuto che queste misure costituiscono una sanzione per danni "sociali" da inosservanza di provvedimenti giudiziali adottati a tutela del preminente interesse del minore e che, diversamente dalle altre ipotesi di illecito endofamiliare, nell'art. 709 ter c.p.c. è sanzionata la condotta lesiva a prescindere dall'entità del pregiudizio occorso; rileverebbe, sotto il profilo dell'*an debeat*, l'elemento soggettivo o la gravità del comportamento del genitore e sotto quello del *quantum debeat* anche l'entità del patrimonio del genitore danneggiante<sup>44</sup>.

Ad avviso del citato orientamento, nonostante il riferimento testuale al risarcimento, dovrebbe applicarsi un regime giuridico differente correlato al particolare contesto processuale che ci occupa e alla natura innovativa delle previsioni normative in commento (assimilabile, a seconda delle diverse posizioni, a quella delle misure di coercizione indiretta per inosservanza di un provvedimento giurisdizionale o dei *punitive damages*<sup>45</sup>).

Se si trattasse di tutela risarcitoria, risulterebbe incomprensibile la ragione per la quale il legislatore abbia dettato una disciplina *ad hoc* posto che le regole ordinarie sul risarcimento per danno endofamiliare sarebbero state comunque applicabili anche prima e indipendentemente dall'art. 709 ter, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c.

Inoltre, la disciplina positiva è incentrata sulla condotta del responsabile (si pensi al riferimento alla grave inadempienza e agli atti capaci di arrecare pregiudizio al minore o di ostacolare lo svolgimento delle modalità di affidamento) più che sul pregiudizio da risarcire e prevede, sul versante processuale, un procedimento che non ammette approfondite indagini e ampi accertamenti probatori sul danno risarcibile.

*natura polifunzionale della responsabilità civile in Fam. e Dir.*, 2013, 416; C. PIRRO, *Art. 709 ter c.p.c.: note sull'esercizio della potestà genitoriale*, in *Giur. it.*, 2013, 848. Cfr. anche L. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in C. CONSOLO, F.P. LUISO, S. MENICHINI, L. SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma (Parte I)*, Milano, 2006, 119; C. SILVESTRI, *Strumenti di esecuzione indiretta: artt. 709 ter e 614 bis c.p.c.*, in A. Lupoi (a cura di), *Trattato della separazione e divorzio*, II, Santarcangelo di Romagna, 2015, 457; M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2017, 293 e 295 il quale ritiene che il risarcimento di cui all'art. 709 ter c.p.c. possa avere finalità sanzionatoria e deterrente essendo soddisfatta la riserva di legge di cui agli artt. 23 e 25 cost.

<sup>44</sup> A. MENDOLA, *op. cit.*, 905 ss. L'autrice discorre di prevalente funzione sanzionatoria rispetto a quella risarcitoria correlata alla necessità di assicurare una effettiva protezione dei diritti in presenza di inadeguatezze della tutela esclusivamente riparatoria, giustificabile anche in virtù dell'efficienza economica.

<sup>45</sup> Ad esempio di recente in tal senso P. PARDOLESI, *Oltre la deterrenza: valenza punitivo/sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 4, 2020, 531 ss., spec. 535 ss.

La giurisprudenza di merito prevalente riconosce alle misure in esame natura sanzionatoria e coercitiva nella parte in cui afferma che la legge n. 54/2006 ha introdotto un rimedio *ad hoc* non riparatorio preposto alla tutela del superiore interesse del minore e a garantire l'osservanza di obblighi infungibili non suscettibili di esecuzione diretta mediante la dissuasione del trasgressore dalla protrazione dell'inadempimento/violazione<sup>46</sup>; in talune decisioni

<sup>46</sup> Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Fam e Dir.*, 2008, 60 ss. con nota di E. LA ROSA, giunge a discorrere di *punitive damages*: «Questo Tribunale ritiene più corretta la prima ipotesi e non ostantiva la osservazione che il nostro sistema giuridico non conosce la categoria dei danni punitivi, tipica invece del diritto anglosassone e nordamericano (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».

Nell'escludere anche per ragioni processuali la riconducibilità dell'art. 709 ter c.p.c. al risarcimento del danno endofamiliare, il Collegio osserva che le ordinarie regole di accertamento della responsabilità (onere probatorio, domanda di parte, contraddittorio, preclusioni processuali) sono incompatibili con la struttura dell'art. 709 ter e il suo inserimento nel processo di separazione e divorzio. La tesi sanzionatoria e coercitiva è ripresa da molteplici pronunce di merito: Trib. Reggio Emilia, Decr. 27 marzo 2008, in *Fam. e Dir.*, 2009, 189; Trib. Napoli, Sez. I, decr. 30 aprile 2008, in *Fam. e Dir.*, 2008, 1024 e ancor prima in Trib. Napoli 27 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1610 ha affermato che alle misure in oggetto si riconosce la funzione propria delle *astreintes*, di stimolo anche psicologico alla rimozione delle condotte illecite di riferimento, e il risarcimento è ricostruito come misura sanzionatoria e non compensativa comunque non riconducibile all'art. 2043 c.c. Tra le tante, v. anche Trib. Padova, sez. I, 3 ottobre 2008, inedito (v. *Juris Data Giuffrè*, 2008) e il Trib. Verona 11 febbraio 2009, inedito. Trib. Palermo 2 novembre 2007; Trib. Roma, 23 dicembre 2011; Trib. Roma, 9 gennaio 2012; Trib. Roma, 5 ottobre 2012; Trib. Roma, 17 ottobre 2012; Trib. Roma, 10 gennaio 2013; Trib. Treviso, 21 ottobre 2014; Trib. Roma, 23 gennaio 2015; Trib. Rimini, 3 dicembre 2015; Trib. Treviso, 15 aprile 2016, n. 1009; Trib. Treviso, 16 febbraio 2018, n. 341 in motivazione; Trib. Rimini, 3 dicembre 2016. Non dissimile la posizione di App. Firenze, 29 agosto 2007, che ritiene configurabile un danno non patrimoniale *in re ipsa* da liquidarsi equitativamente; discorre di rimedio risarcitorio non riparatorio in motivazione Trib. di Milano, 11 febbraio 2021. Tutte le decisioni da ultimo citate sono reperibili nelle banche dati *Dejure* o in *Leggi d'Italia*.

Per l'affermazione secondo cui il giudice può sanzionare le gravi inadempienze accertate a prescindere dalla domanda di parte tenendo conto, per la quantificazione della obbligazione dovuta *ex lege*, della gravità/reiterazione della condotta, dell'elemento psicologico del responsabile (in particolare del dolo), delle condizioni economiche dell'obbligato, del vantaggio che gli deriva dall'inosservanza delle regole alle quali si sarebbe dovuto attenere, cfr. Trib. Roma 5 giugno 2007, in *De-*



ha ritenuto ammissibile il cumulo delle misure previste dall'art. 709 *ter* c.p.c. con quelle di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.<sup>47</sup> per rafforzare ulteriormente la coercizione all'adempimento, ferma restando la possibilità, per il danneggiato, di agire in sede ordinaria per domandare il risarcimento del (diverso) danno endofamiliare.

L'orientamento che attribuisce al risarcimento in commento funzione punitiva ha trovato nuova linfa vitale successivamente alla riconosciuta polifunzionalità della responsabilità civile<sup>48</sup> in particolari fatti-

*jure* che ha condannato il padre a versare ai figli 17.000 euro a titolo risarcitorio per non avere adempiuto l'obbligo di affidamento della prole durante il periodo estivo. È interessante notare che l'indicata somma è stata determinata non già in ragione del pregiudizio sofferto dai danneggiati, bensì del canone di locazione che, durante il periodo in questione, il padre aveva lucrato destinando a uso di terzi la casa nella quale avrebbe dovuto portare con sé i figli. Ancora si riferiscono alle condizioni economiche del genitore inadempiente e alla reiterazione della condotta lesiva, alla durata della violazione, Trib. Messina, 8 ottobre 2012; Trib. Roma, 21 maggio 2012; Trib. Roma, 27 marzo 2013; Trib. Rimini, 3 dicembre 2013; Trib. Roma, 23 gennaio 2015; Trib. Roma 11 ottobre 2016; Trib. Mantova 5 maggio 2017. Trib. Roma, 8 settembre 2017, n. 16802 afferma: «L'intervento del giudice è improntato ad una sostanziale coartazione all'adempimento dei doveri genitoriali a fronte della ritenuta lesione dell'interesse del minore attraverso gli specifici rimedi elencati, che assolvono ad una funzione non tanto compensativa, essendo la misura del risarcimento commisurata alla gravità oggettiva e soggettiva del comportamento lesivo e non invece all'entità del danno subito, ma soprattutto punitiva o comunque improntata, sotto forma di dissuasione indiretta, alla cessazione del protrarsi dell'inadempimento degli obblighi familiari che, attesa la loro natura personale, non sono di per sé coercibili né suscettibili di esecuzione diretta. *Ratio* della disposizione è prevedere l'adozione di provvedimenti sanzionatori che, anche in funzione deterrente, inducano i genitori al rispetto dei provvedimenti di affidamento della prole, al fine di garantire il pieno diritto alla bigenitorialità, diritto inviolabile del minore e del genitore».

<sup>47</sup> V. ad esempio Trib. Salerno, 22 dicembre 2009; Trib. Firenze, 10 novembre 2011; Trib. Roma, 27 marzo 2013; Trib. Treviso, 15 aprile 2016, n. 1009; Trib. Roma, 13 dicembre 2017. Tutte le decisioni citate sono reperibili in *Dejure*.

<sup>48</sup> Ci si riferisce alla celebre Cass., sez. un., 05 luglio 2017, n. 16601 in *Resp. civ. e prev.* 2017, 4, 1198 in tema di *punitive damages*, pubblicata su tutte le principali riviste giuridiche. Come si vedrà *infra* la più recente giurisprudenza di merito che assegna natura punitiva e coercitiva al risarcimento del danno ex art. 709 *ter*, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. richiama espressamente la concezione polifunzionale della responsabilità civile di cui alla citata decisione delle Sezioni Unite.

Per un'ampia disamina dei rapporti tra pene private e responsabilità civile si rinvia a P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, spec. 15 ss.; E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 ss.; ID, *Note minime su pena e colpa nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 3, 2016, 548 ss.; BUSNELLI-SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985; S. PATTI, voce *Pena Privata*, in *Digesto*, XIII, Torino, 1995; C. CICERO, voce *Pena privata*, *ivi*, agg., Torino, 2013; M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006.

Per il dibattito intorno ai cd. danni punitivi e alla funzione punitiva della responsabilità civile la letteratura è sterminata; ci si limita a rinviare, senza pretese di esaustività, a G. PONZANELLI,

specie problematiche tra le quali viene annoverato anche l'art. 709 *ter* c.p.c.<sup>49</sup>.

Venuta meno la funzione "sanzionatoria" della colpa, non si è mai negato che la responsabilità civile, oltre alla prevalente funzione compensativa, svolga anche, in senso lato, una funzione deterrente essendo indubbio che in un sistema in cui a un atto illecito consegue il sorgere di un'obbligazione risarcitoria, al pari della pena, anche il risarcimento viene avvertito dal danneggiante come un male in quanto costituisce una perdita economica<sup>50</sup>. Da tali premesse non deriva però la possibilità di configurare, per via interpretativa, risarcimenti "ultracompensativi", in cui l'ammontare dell'obbligazione risarcitoria superi l'entità del pregiudizio effettivamente patito dal danneggiato in difetto di espressa previsione legislativa e, tantomeno, la possibilità di

*I punitive damages nell'esperienza nordamericana* in *Riv. dir. civ.* 1983, I, 435 ss. e ai numerosi successivi scritti del medesimo autore; P. PARDOLESI, voce *Danni punitivi*, *Dig. disc. priv. civ.*, Sez. Civ., agg., Torino, 2007, 452 ss.; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 879 ss.; R. CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in *Contratto impr.*, 2018, 259 ss.; C. CICERO (a cura di), *I danni punitivi*, Cagliari - Napoli, 2019; ID, *I danni punitivi*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., agg., XI, 2018, 93 ss.; C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie: studio per una teoria dei "danni punitivi"*, Padova, 2019; A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 8- 9, 2017, 1792 ss.; ID, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 8 - 9, 2016, 1856 ss. M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, 2017; A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013; GRANELLI, *In tema di "danni punitivi"*, Studi in onore del Prof. Giovanni Iudica, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1761 ss.; F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in F.D. BUSNELLI e S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino 2013, 247 ss.; ID., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi* in *Eur. dir. priv.*, 2009, pag. 928; P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011, 279 ss.; G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. e imp.*, 2017, 1084 e ss.; C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro It.*, 2018, 7- 8, 2511; ID, *Il risarcimento ultrariparatorio*, in *Le parole del diritto. Studi in onore di Carlo Castronovo*, III, Milano, 2018, 1824 ss.; P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 708 ss. V. anche recentemente R. C. MEURKENS, *Punitive damages: foundations to start with, in Punitive damages and private international law: state of art and future developments*, a cura di S. Bariatti - L. Fumagalli - Z. Crespi Reghizzi, Milano, 2019, 19 ss.

<sup>49</sup> Ci si riferisce a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 cit.

<sup>50</sup> Cfr. G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, 391; S. RODOTÀ, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in M. Comperti e G. Scalfi (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, 30 ss.



discorrere di *punitive damages* i quali, in quanto *non compensatory damages*, prescindono totalmente da qualunque profilo risarcitorio<sup>51</sup>.

In un contesto normativo eterogeneo connotato da plurime fattispecie che sembrano deporre per la previsione di «rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria»<sup>52</sup>, su sollecitazioni della dottrina, con l'ordinanza 16 maggio 2016, n. 9978, la Prima Sezione della Corte di Cassazione sottopose alle Sezioni Unite la questione relativa alla riconoscibilità in Italia di sentenze straniere che comminano *punitive damages* per ottenere una definitiva decisione anche sulla natura mono o polifunzionale della responsabilità civile<sup>53</sup> e le Sezioni Unite, sia pur con significative limitazioni e con una pronuncia rilevante in una controversia internazionale-privatistica<sup>54</sup>, superando la precedente giurisprudenza, hanno aderito al secondo orientamento.

La Suprema Corte ha precisato che la concezione monofunzionale o esclusivamente compensativo-riparatoria della responsabilità civile non è munita di copertura costituzionale<sup>55</sup> sicché il legislatore ben potrebbe, in fattispecie tipiche, imprimere all'istituto aquiliano una curvatura deterrente/sanzionatoria quando sussista l'esigenza di tutelare preminenti interessi pubblici.

Diversamente dall'ordinanza di rimessione che si era espressa in termini più netti affermando che che, nella fattispecie prevista dall'art. 709 ter c.p.c., «il giudice ha il potere di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni la cui natura assume sembianze punitive», le Sezioni Unite, hanno riconosciuto natura punitiva alla sanzione amministrativa di cui al n. 4) e, in termini dubitativi, si sono limitate ad evidenziare - così come in precedenza aveva fatto Cass. 15 aprile 2015 n. 7613, espressamente richiamata -, che soltanto «secondo alcuni» il risarcimento previsto dai nn. 2) e 3) ha natura sanzionatoria<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 cit.

Per tale carattere dei *punitive damages* si rinvia a R. C. MEURKENS, *op. ult. cit.*, 23; C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, *op. cit.*, 70.

<sup>52</sup> L'espressione è mutuata dalla ordinanza interlocutoria della Sezione Prima della Suprema Corte Cass., 16 maggio 2016, n. 9978 in *Resp. civ. prev.* 2016, 232 con note di C. SCOGNAMIGLIO e F. QUARTA.

<sup>53</sup> Cfr. Cass., 16 maggio 2016, n. 9978 cit. in motivazione ai parr. 7 e 8.

<sup>54</sup> Cfr. in tal senso ad esempio G. PONZANELLI, *La funzione della responsabilità civile nell'ordinamento italiano: compensativo-consolatoria o polifunzionale?*, in AA.VV., *I danni punitivi dopo la sentenza n. 16601/2017 delle sezioni unite della corte di cassazione - Atti del convegno della AIDA Sez. Lombarda*, Santarcangelo di R., 2018, 24.

<sup>55</sup> Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, par. 5.2 mot. cit.

<sup>56</sup> Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, par. 5.2 mot. cit.

Pertanto, del tutto impropriamente, parte della più recente giurisprudenza di merito, richiama a fondamento della asserita natura "punitiva" del risarcimento del danno *de quo* Cass., sez. un., 5 luglio 2017 n. 16601<sup>57</sup>.

Secondo altro orientamento, seguito da una parte della giurisprudenza di merito<sup>58</sup>, il risarcimento previsto dall'art. 709 ter, secondo comma, nn. 2) e 3) c.p.c. non può comunque avere esclusiva funzione riparatoria, ma anche afflittiva perché, quale *species* di illecito endofamiliare - più in generale previsto dalla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. -, si correla a violazioni dei diritti inviolabili della persona. La "gravità" della violazione incide non solo ai fini della imputazione della responsabilità, ma soprattutto nella determinazione dell'entità della obbligazione risarcitoria<sup>59</sup> ferma re-

<sup>57</sup> V., ad esempio, Trib. Roma, 26 settembre 2019, reperibile in *Leggi d'Italia*, che con riferimento a minore divenuta maggiorenne ha condannato il padre che, tra l'altro, si era disinteressato della figlia per gli inadempimenti pregressi al risarcimento "punitivo" di 3.000 richiamando la concezione polifunzionale della responsabilità civile sostenuta da Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 cit.; Trib. Roma, 4 giugno 2019, n. 11776 in *Danno e resp.*, 4, 2020, pp. 523 ss. con nota di P. PARDOLESI per l'accertato mancato adempimento da parte del padre all'obbligo di mantenimento e per il disinteresse e i comportamenti aggressivi tenuti verso la figlia minore ormai maggiorenne, ha condannato il genitore al "risarcimento" di euro 5.000, escludendo la possibilità di orientare la misura in chiave dissuasiva per il raggiungimento della maggiore età della figlia; Trib. Crotona 18 febbraio 2020, reperibile in *Leggi d'Italia*, per avere omesso di versare l'assegno di mantenimento al figlio, richiamata la tesi punitiva e dissuasiva del risarcimento e le S.U., ha condannato il padre a risarcire al figlio 2.700 euro equivalente alla somma dell'omesso versamento dei 6 mesi di contributo al mantenimento.

<sup>58</sup> Trib. Padova, 3 ottobre 2008; Trib. Reggio Emilia, 6 novembre 2007 esclude che il danno possa reputarsi *in re ipsa* sicché continuano ad applicarsi le regole risarcitorie ordinarie; l'indicata decisione, però, riconosce che la liquidazione del pregiudizio deve fondarsi sulla gravità delle violazioni commesse. Trib. Treviso 8 novembre 2016 rigetta la domanda ex art. 709 ter c.p.c. perché riferita al risarcimento patito dai figli ormai divenuti maggiorenni in assenza di inadempimenti specifici circa l'affidamento rilevanti nel periodo in cui erano minorenni. In altri termini la disciplina dell'art. 709 ter c.p.c. può applicarsi solo ai casi ivi previsti e ha natura speciale. Per Trib. Varese, 7 maggio 2010 se il risarcimento si riferisce a diritti fondamentali del minore il rapporto processuale è integro già con la presenza dell'altro genitore senza necessità di dovere nominare un curatore speciale. Tutte le decisioni sono reperibili in *Dejure*.

<sup>59</sup> Cfr. A. CARRATTA, *Articolo 709 ter c.p.c.*, in S. Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, 1568; G. FACCI, *L'art. 709 ter, l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, in *Fam. e Dir.*, 2008, 1032; ID, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009, 88; ID, *La responsabilità civile nei rapporti coniugali*, in *Giustiziacivile.com*, 20 dicembre 2018, 10. Cfr. anche D. AMRAM, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto di famiglia*, in *Fam. e Dir.*, 2008, 968; G. FREZZA, *op. cit.*, 38, F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, *op. cit.*, 937;



stando la necessità di provare un pregiudizio da ristorare e la domanda della parte. Nella crisi familiare il risarcimento del danno, oltre ad avere natura compensativa e riparatoria, dovrebbe sanzionare anche le “gravi inadempienze” dei genitori in presenza di illeciti necessariamente dolosi – o quantomeno gravemente colposi –.

### 6. Conseguenze derivanti dall'adesione all'uno o all'altro orientamento ed effettività della tutela del diritto del minore alla bigenitorialità

L'orientamento prevalente nella giurisprudenza di merito che riconosce natura sanzionatoria e coercitiva anche alle previsioni risarcitorie di cui ai nn. 2) e 3) della norma in commento, valorizza la conquista del diritto del minore alla bigenitorialità nelle crisi familiari<sup>60</sup> e, per garantirne l'effettività, si muove seguendo due direttrici: da una parte, assicura un alleggerimento dell'onere probatorio al danneggiato, limitato alla sola dimostrazione della condotta lesiva, ricostruendo il risarcimento in esame come rimedio puramente “sanzionatorio” al quale può aggiungersi, per lo stesso fatto, una responsabilità per danno endofamiliare<sup>61</sup>; dall'altra, tende a favorire lo spontaneo adempimento degli obblighi genitoriali combinando le misure dell'art. 709 *ter* con quelle dell'art. 614 *bis* c.p.c.<sup>62</sup>.

L'opposto orientamento minoritario che attribuisce natura esclusivamente compensativa e riparatoria al risarcimento in esame, ritenendolo una ipotesi

speciale di responsabilità per danno endofamiliare, esige la prova non soltanto del fatto doloso o colposo e della ingiustizia del danno, ma anche del cd. danno-conseguenza, del nesso di causalità materiale e giuridico con la condotta del genitore secondo le regole della responsabilità aquiliana.

La maggiore ampiezza dell'onere probatorio a carico del danneggiato e le difficoltà che normalmente si incontrano nel fornire simili dimostrazioni che spesso richiedono complesse attività istruttorie, impedisce di ottenere una risposta giudiziale immediata, adeguata alle mutevoli esigenze del minore e incide perciò negativamente sull'effettività del diritto alla bigenitorialità che, in seno alla disgregazione della famiglia, assume centrale rilevanza.

L'indicato diritto fondamentale, regolato nelle crisi familiari dai provvedimenti giudiziari di affidamento condiviso è sancito a livello sovranazionale dagli artt. 9 comma 3 e 10 comma 2 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo – salvo che ciò non sia contrario al superiore interesse del minore stesso<sup>63</sup> –, dalla Convenzione di Strasburgo<sup>64</sup>, dalla Carta di Nizza all'art. 24 comma terzo<sup>65</sup>, dall'art. 8 CEDU<sup>66</sup>; si tratta di un diritto del

<sup>63</sup> La Convenzione Internazionale sui diritti dell'infanzia, approvata nel 1989 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite è stata ratificata dall'Italia con l. n. 176/1991. L'art. 9 comma 3 sancisce che «Gli stati rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario al preminente interesse del fanciullo». Il successivo articolo 10 al comma 2 ribadisce tale principio affermando che «un fanciullo i cui genitori risiedono in stati diversi ha diritto a intrattenere rapporti personali e contatti diretti regolari con entrambi i suoi genitori, salvo circostanze eccezionali». All'art. 18, comma 1, la medesima Convenzione prevede lo specular diritto dei genitori alla genitorialità: «Gli stati parti faranno del loro meglio per garantire il riconoscimento del principio comune secondo il quale entrambi i genitori hanno una responsabilità comune per quanto riguarda l'educazione del fanciullo e il provvedere al suo sviluppo. La responsabilità di allevare il fanciullo e di provvedere al suo sviluppo incombe innanzitutto ai genitori oppure, se del caso ai suoi tutori legali i quali devono essere guidati principalmente dall'interesse preminente del fanciullo».

<sup>64</sup> La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata da Consiglio d'Europa nel 1996 è stata ratificata dall'Italia con l. n. 77/2003.

<sup>65</sup> L'articolo 24, comma terzo, della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea, approvata nel 2001 e ratificata dall'Italia con l. n. 102/2002, riprendendo quanto previsto agli art. 9 e 10 della Convenzione di *New York*, recita: «Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

<sup>66</sup> Il primo comma dell'art. 8 CEDU prevede: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza».

Il secondo comma del medesimo art. 8 CEDU sancisce: «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 neces-

ID, *Danno e responsabilità civile*, cit., 244; S. PATTI, *La richiesta abusiva di affidamento esclusivo; il risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 775; ID, *Illeciti familiari: nuove sanzioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2008 294; per G. ANZANI, *Illeciti tra familiari e adattamento della responsabilità civile: la «responsabilità da ingiustizia in una relazione qualificata»*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2017, 0597, si deve ritenere che l'art. 709 *ter* c.p.c. descriva una delle fattispecie legali nelle quali la liquidazione del danno, possa assolvere, oltre ad una funzione satisfattiva, pure ad una funzione sanzionatoria e deterrente; per ulteriori riferimenti, C. FAVILLI, *op. cit.*, 197 ss., spec. 208 ss. Sulla liquidazione del danno aggravato dalla condotta, si rinvia anche a P.G. MONATERI, G. M. D. ARNONE, N. CALCAGNO, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino 2014. Secondo G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *NGCC*, 2008; ID, *Novità per i danni esemplari?*, *op. cit.*, 25 ss., il settore in cui possono trovare applicazione i danni non riparatori è quello dei pregiudizi non patrimoniali che mal si prestano a una misurazione oggettiva.

<sup>60</sup> R. DONZELLI, *op. cit.*, 108 ss.

<sup>61</sup> V. ad esempio Trib. Treviso, 15 aprile 2016, n. 1009 cit.

<sup>62</sup> In queste decisioni si richiama, talvolta, Cass., 15 aprile 2015, n. 7613 in *Foro it.* 2015, 12, 3951 che aveva ritenuto compatibile con l'ordinamento italiano l'*astreinte* belga nella parte in cui, tra le varie ipotesi problematiche di risarcimento punitivo presenti nell'ordinamento giuridico italiano, aveva richiamato l'art. 709 *ter* n. 4 c.p.c.



fanciullo riconosciuto dal nostro legislatore soltanto nel 2006 – consacrato originariamente all'interno dell'art. 155, primo comma, c.c. e ora nell'art. 337 ter c.c. –, successivamente esteso anche ai figli di coppie non coniugate, e declinato dalla giurisprudenza della Suprema Corte in termini di «presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi i genitori e dovere dei primi di cooperare nell'assistenza, educazione e istruzione della prole»<sup>67</sup>.

Secondo la giurisprudenza EDU, il diritto alla bigenitorialità deve essere garantito nella sua effettività<sup>68</sup> e non c'è dubbio che le inadeguatezze degli istituti interni<sup>69</sup> di diritto familiare e l'elevata conflittualità tra i genitori ingenerata dalla crisi familiare rischiano di non assicurare adeguata protezione ai diritti del minore.

Di qui, la richiamata necessità di recuperare, in questo particolare contesto normativo, l'originaria funzione sanzionatoria della responsabilità aquilia-

saria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Dal comma 1 (rispetto della vita familiare) la Corte di Strasburgo ricava il diritto dei genitori e dei figli a mantenere stabili relazioni, particolarmente in caso di crisi familiari (v. Corte EDU, 17 novembre 2015, Bondavalli c. Italia; Corte EDU, 23 febbraio 2017, D'Alconzo c. Italia), osservando che «per un genitore e suo figlio, stare insieme costituisce un elemento fondamentale della vita familiare» (così Kutzner c. Germania, n. 46544/99, 5, 58, CEDU 2002).

<sup>67</sup> Cass., 16 dicembre 2020, n. 28723; Cass., 28 luglio 2020, n. 16125; Cass., 8 aprile 2019, n. 9764; Cass., 23 settembre 2015 n. 18817; Cass., 22 maggio 2014, n. 11412, tutte in *Dejure*.

<sup>68</sup> In un quadro di osservanza e rispetto della frequentazione tra genitore e figlio, gli obblighi positivi da adottarsi dalle autorità degli Stati nazionali, per garantire effettività della vita privata o familiare nei termini di cui all'art. 8 della Convenzione EDU, non si limitano al controllo che il bambino possa incontrare il proprio genitore o avere contatti con lui, ma includono «l'insieme delle misure preparatorie» che, non automatiche e stereotipate, permettono «di raggiungere questo risultato», nella preliminare esigenza che le misure deputate a riavvicinare il genitore al figlio «rispondano a rapida attuazione, perché il trascorrere del tempo può avere delle conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra il fanciullo e quello dei genitori che non vive con lui» così Corte EDU 29 gennaio 2013, caso Lombardo c. Italia.

<sup>69</sup> Secondo la Corte EDU, le misure interne che impediscono al figlio di stare assieme al genitore o viceversa costituiscono una ingerenza nel diritto protetto dall'art. 8 della Convenzione (K. e T. c. Finlandia (GC), n. 25702/94, 5 151, CEDU 2001 VII), (par. 55 Corte EDU, 23/02/2017); pur riconoscendo all'autorità giudiziaria ampia libertà in materia di diritto di affidamento, la Corte evidenzia la necessità di un rigoroso controllo sulle «restrizioni supplementari», per tali intendendo quelle apportate dalle autorità al diritto di visita dei genitori, poiché tali restrizioni comportano il rischio di troncamento delle relazioni familiari tra un figlio in tenera età e uno dei genitori o entrambi, pregiudicando il preminente interesse del minore a tutela del quale soltanto possono essere previste le restrizioni (Corte EDU, 09/02/2017, Solarino c. Italia).

na<sup>70</sup> la quale, tuttavia, sembra esporsi a diversi profili di criticità.

## 7. Criticità sottese alla concezione sanzionatoria e coercitiva indiretta del risarcimento ex art. 709 ter c.p.c.

Il generale principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali<sup>71</sup> che domina il diritto civile (desumibile dagli artt. 2033 e 2041 c.c.) osta, in ambito extracontrattuale e in difetto di diversa previsione autorizzatrice, alla deroga delle regole civilistiche ordinarie sul risarcimento del danno e al principio di integrale riparazione del danno.

La configurabilità in Italia di risarcimenti "ultra-compensativi" necessita allora di una intermediazione legislativa poiché l'art. 23 cost. – più correttamente invocabile per le misure civilistiche sanzionatorie<sup>72</sup> – pone una riserva di legge quanto a nuove

<sup>70</sup> SESTA, *op. ult. cit.*, 291; F. D. BUSNELLI, *Tanto tuonò che ... non piovve, le Sezioni Unite sigillano il "Sistema"*, in *Corr. giur.*, 10, 2015, 1214; più recentemente G. FACCI, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 421 ss. ricorda che in tema di illecito endofamiliare il dolo e la colpa grave rilevano non solo ai fini della valutazione di ingiustizia del danno (in relazione ai contrapposti interessi protetti in conflitto), ma anche nella liquidazione equitativa del pregiudizio ove si tiene conto della condotta del danneggiante. Per la rilevanza del dolo nella valutazione equitativa giudiziale v. M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 387; P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976, 156 ss.; P. CENDON, L. GAUDINO, *Il dolo, in La responsabilità civile*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Torino, 1987 91; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, *op. cit.*, 142; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, 310; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999, 236; P.G. MONATERI, G.M.D. ARNONE, N. CALCAGNO, *op. cit.*, 29. Cfr. anche C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale soggettivo*, in *NGCC*, 2010, 256. Di collegamento tra sanzione civile e gravità dell'illecito civile discorre anche P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 510.

Di effetto deterrente per le gravi violazioni discorre M. FRANZONI, *La lite temeraria e il danno punitivo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1063 ss.; v. anche E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2019, 6 ss. che discorre di funzione individual-deterrente oltre a quella solidaristico-satisfattiva con riferimento al danno non patrimoniale nell'art. 709 ter c.p.c.

<sup>71</sup> Si rinvia a C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, 900; ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 315 ss.; A. NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 338; M. BARCELLONA, *op. cit.*, 887.

<sup>72</sup> Sebbene Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601 cit. abbia fatto riferimento indistintamente agli artt. 23, 24, 25 cost., 7 CEDU e 49 CDFUE, che designano diverse nozioni di legalità, non sembrano applicabili alle sanzioni civili punitive le rigorose garanzie sottese alla legalità penale di cui all'art. 25, secondo comma, cost. Favorevoli all'applicazione soltanto





prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario.

Per configurarsi come “punitivo”, il beneficiario del risarcimento previsto dalla legge deve essere il danneggiato e la legge stessa deve fissare, direttamente o indirettamente, i limiti minimi e massimi<sup>73</sup> della “sovracompensazione”, onde assicurarne, come affermato dalle Sezioni Unite citate, piena prevedibilità e proporzionalità nella duplice dimensione risarcimento-sanzione e sanzione-gravità della condotta censurata.

Nelle ipotesi dei nn. 2) e 3) dell’art. 709 *ter* c.p.c. non è configurabile un risarcimento “punitivo” per difetto di questo secondo requisito; la funzione coercitiva-deterrente è assolta esclusivamente dalla sanzione amministrativa prevista dal n. 4)<sup>74</sup> e dall’ammonimento previsto dal n. 1), come riconosciuto recentemente dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità<sup>75</sup>.

dell’art. 23 cost. sono C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 4, 2017, 1112 ss.; ID, *Quale futuro per i danni punitivi? (aspettando la decisione delle sezioni unite)*, in *Giustiziacivile.com*, 2017, 246; ID, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1120; M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e imp.*, 4, 2017, 1171; C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, *op. cit.*, 186; ID, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages*, *op. cit.*, 1673-1674; C. PIERGALLINI, *Pene “private” e prevenzione penale*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Milano 2018, 658 ss.; M. ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi*, *ivi*, 515, valorizza le distinzioni tra pene criminali pecuniarie e danni punitivi (civiltistici) ed esclude che vi siano problemi di compatibilità con l’art. 25, secondo comma, cost. Cfr. anche M.G. BARATELLA, *op. cit.*, 83; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 303; ID, *Note in margine ad un recente libro tedesco sulle pene nelle associazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 307. G. PONZANELLI, *La decisione delle Sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 302. Cfr. già in precedenza F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell’ottica del penalista*, in F.D. Busnelli e G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, *op. cit.*, 29 ss.; ID, *Sub art. 25, commi 2 e 3 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, 259; A. GORASSINI, *Art. 23 cost. e responsabilità civile*, in M. Comporti e G. Scalfi (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, *op. cit.*, 259 ss. L’orientamento in parola sembra recepito anche da Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139 con riferimento all’art. 96, comma 3, c.p.c.

<sup>73</sup> Cfr. sul punto in motivazione Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139 cit. con riferimento all’art. 96, comma 3, c.p.c.

<sup>74</sup> In tal senso, Cass., 15 aprile 2015, n. 7613 cit. da cui talvolta la giurisprudenza di merito ricava la natura punitiva del risarcimento del danno nelle ipotesi contemplate dai nn. 2 e 3 della norma in commento.

<sup>75</sup> V. Corte cost, 10 luglio 2020, n. 145 cit. e Cass., 6 marzo 2020, n. 6471 cit. per l’ammonimento.

Sussistono inoltre notevoli differenze strutturali e funzionali tra le ipotesi tipiche qualificabili come sanzioni civili punitive e la fattispecie in esame<sup>76</sup>.

In primo luogo, occorre muovere dal dato letterale: le espressioni «risarcimento dei danni» e «pregiudizio» inducono a ritenere che il requisito della “gravità” delle inadempienze costituisca un semplice filtro selettivo del danno di natura non patrimoniale risarcibile<sup>77</sup> e che non si possa prescindere dalla necessaria esistenza di un danno – conseguenza.

Nell’art. 709 *ter* c.p.c., come accade in altre particolari ipotesi<sup>78</sup>, il legislatore ha affiancato al risarcimento – che presuppone l’esistenza di un pregiudizio da allegare e provare in giudizio – le altre due misure di cui ai nn. 1) e 4), a carattere sanzionatorio-deterrente, che possono, eventualmente, cumularsi al primo.

In secondo luogo, la fattispecie in esame diverge notevolmente da quelle “problematiche” esaminate dalle Sezioni Unite nelle quali la liquidazione del danno non è interamente governata dalle regole del codice civile dovendo il giudice tener conto anche dei diversi criteri di volta in volta previsti *ex lege*; si pensi agli utili ottenuti dal danneggiante per effetto dell’illecito (artt. 125 CPI e 158 l. dir. aut.), ai profitti derivanti dal reato, all’offensività del fatto e alle qualità personali del responsabile (art. 187 *undecies* TUF), alla natura ritorsiva del fatto dannoso (art. 28, comma 6, d.lg., 1 settembre 2011, n. 150)

<sup>76</sup> Per un’ampia disamina si rinvia a C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie*, *op. cit.*, 99 ss.

<sup>77</sup> La prima parte del secondo comma dell’art. 709 *ter* c.p.c. così dispone: «in caso di gravi inadempienze o comunque di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell’affidamento...» In effetti l’utilizzo del lemma “comunque” successivo alla disgiuntiva “o” sembrerebbe estendere il pregiudizio anche ai gravi inadempimenti e parallelamente affermare che ovunque vi sia un pregiudizio anche non grave si possano adottare le misure susseguenti; in sostanza, la gravità sarebbe un filtro selettivo delle condotte rilevanti (ai fini della risarcibilità) nel senso che si escluderebbe la sanzionabilità delle violazioni minori che non incidano significativamente sulla posizione giuridica del minore. Il che sarebbe coerente con l’orientamento delle Sezioni Unite in materia di danno non patrimoniale (risarcibile solo in caso di grave violazione dei diritti fondamentali della persona e ove il pregiudizio non sia futile) v. sul punto L. AMBROSINI, *op. cit.*, 1133 ss. la quale esclude la funzione punitiva del risarcimento in esame, ammettendone quella coercitiva indiretta e si interroga sulla possibile estensione della disciplina della clausola penale (anch’essa connotata sul medesimo profilo funzionale) agli accordi preventivi in materia di separazione in vista di possibili successivi inadempimenti genitoriali.

<sup>78</sup> Si pensi all’art. 96 c.p.c. che distingue la disciplina del risarcimento contenuta nei primi due commi da quella della sanzione pecuniaria di cui al terzo comma o, ancora più chiaramente, all’art. 12 l. n. 47/1948 che, in materia di diffamazione a mezzo stampa, distingue la riparazione pecuniaria dal risarcimento del danno patrimoniale e/o non patrimoniale.

o, infine, agli indennizzi forfettari previsti da specifiche previsioni normative.

In definitiva, può affermarsi che poichè le «gravi inadempienze» previste dal secondo comma dell'art. 709 *ter* c.p.c. debbono indefettibilmente arrecare un pregiudizio al minore (o al figlio maggiorenne portatore di *handicap* a questi equiparato), rilevano esclusivamente sotto il profilo dell'imputazione della responsabilità e il risarcimento dei danni di cui ai nn. 2) e 3) ha natura compensativa e non punitiva; la disposizione in esame è allora una norma speciale che rinviene la sua specialità nel fatto di applicarsi esclusivamente in presenza di crisi familiare<sup>79</sup> e di violazione di preesistenti provvedimenti giurisdizionali che regolano l'affidamento e l'esercizio della responsabilità genitoriale<sup>80</sup> incidenti su interessi non patrimoniali del minore e/o dell'altro genitore (es.: lesione del diritto di visita di uno dei genitori; comportamenti denigratori di una figura genitoriale; turbamento dell'equilibrio del minore per la presenza costante di una figura terza da questi non accettata e così via).

In questa direzione sembra collocarsi la recente Cass. 6 marzo 2020, n. 6471<sup>81</sup>, che, al punto 8.2. della motivazione, ha affermato testualmente «la norma [riferendosi all'art. 709 *ter* c.p.c.] ha infatti il diverso significato di prevedere delle ipotesi di risarcimento a fronte di un danno già integrato dalla condotta di uno dei genitori ...» riconducendo, per questa via, le previsioni in commento a specifiche ipotesi di illecito endofamiliare caratterizzate soltanto dalla violazione di un preesistente provvedimento giudiziale che ha regolato i rapporti tra genitori-figli.

La citata pronuncia ha chiarito che in presenza di un provvedimento giudiziale regolante le modalità di affidamento, nella sua declinazione attiva, il genitore ha il diritto di compiere tutti gli atti ivi previsti e può quindi far valere, *ex art. 709 ter* c.p.c., le relative inadempienze dell'altro che ostacolano o impediscono l'esercizio di tale diritto; la posizione di "diritto" del figlio e/o del genitore è tutelata ri-

<sup>79</sup> È noto che in assenza di disgregazione della famiglia e di disaccordo tra i coniugi o i genitori, l'intervento del giudice in materia familiare è confinato entro limiti stringenti dagli artt. 145 e 316, comma 3, c.c. La crisi familiare fa sì che il giudice adotti i provvedimenti più opportuni nell'interesse del minore (art. 337 *ter*, comma 2, c.c. e 337 *quinquies* c.c.).

Cfr. E. VULLO, *Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, *op. cit.*, 305; F. TOMMASEO, *op. cit.*, 1060; C. M. BIANCA, *La famiglia*, *op. cit.*, 66-67 e 346-347.

<sup>80</sup> Cfr. R. DONZELLI, *op. cit.*, 112 secondo cui il giudice nel procedimento *ex art. 709 ter* c.p.c. gode di poteri discrezionali nel valutare le condotte in esame e può modulare la risposta sanzionatoria in maniera differenziata a seconda delle peculiari circostanze del caso.

<sup>81</sup> Cass., 6 marzo 2020, n. 6471 *cit.*

spetto alle condotte pregiudizievoli poste in atto dall'altro genitore con il risarcimento di un danno, appunto, già integrato (nn. 2 e 3), mentre le sanzioni, punitive e deterrenti, a carico dell'inadempiente sono previste rispettivamente dai nn. 4) e 1) dell'art. 709 *ter* c.p.c.

Secondo la Suprema Corte, nella sua declinazione passiva, ciò che dal punto di vista attivo è diritto, costituisce un dovere non coercibile<sup>82</sup> da parte dell'altro genitore, in proprio o quale rappresentante legale del minore.

Pertanto, la posizione del genitore non collocatario che, nel caso esaminato, rifiuta di vedere il figlio nei giorni indicati nel provvedimento giudiziale, è di "dovere" rispetto al diritto del figlio e, allo stesso modo, la posizione del genitore collocatario che impedisce all'altro genitore e al figlio di incontrarsi è di "dovere" rispetto al diritto del figlio e dell'altro genitore.

In entrambe le ipotesi e indipendentemente da come si manifesta la condotta di uno dei genitori (commissiva o omissiva), si è sempre di fronte a un "dovere", libero nel suo esercizio e perciò non suscettibile di coercizione neppure nella forma indiretta di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> Diffusamente M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, V ed., Torino, 1958, 266-267; Distinguere con precisione tra obbligazioni e doveri è non è sempre agevole: v. il tentativo di S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91; C. FAVILLI, *op. cit.*, 104 ss.; P. VIRGADAMO, *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, 1896 ss.

<sup>83</sup> Secondo Cass., 6 marzo 2020, n. 6471 *cit.*: «Il diritto-dovere di visita del figlio minore che spetta al genitore non collocatario non è suscettibile di coercizione neppure nella forma indiretta di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. trattandosi di una potere-funzione che, non sussumibile negli obblighi la cui violazione integra, ai sensi dell'art. 709-*ter* c.p.c., una "grave inadempienza", è destinato a rimanere libero nel suo esercizio quale esito di autonome scelte che rispondono, anche, all'interesse superiore del minore ad una crescita sana ed equilibrata». Nella parte in cui ha escluso l'applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c., come misura di coercizione indiretta volta a evitare future violazioni, la decisione è stata criticata da gran parte della dottrina. Si rinvia alle note a commento alla decisione citate *supra* in nota n. 33.

In senso conforme a quanto affermato dalla Suprema Corte, muovendo però dalla diversa prospettiva secondo la quale l'inutilizzabilità dell'art. 614 *bis* c.p.c. discende dal rapporto di genere a specie tra la misura di cui a questo articolo e le misure di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., v. A. CHIZZINI, *Commento all'art. 614 bis c.p.c.*, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alla disposizione della legge sul processo civile, 69/09*, Torino, 2009, 165; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/09*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1557; E. VULLO, *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, 931.





Ad avviso della Suprema Corte, poiché la norma inquadra chiaramente i poteri del giudice nel contesto di una rivalutazione delle condizioni di affidamento («il giudice ... può modificare i provvedimenti in vigore»), qualora il comportamento passato, sanzionato (o meno) con il risarcimento o le altre misure di cui ai nn. 1) e/o 4) permanga, l'incoercibilità del diritto non esclude che possa ricorrersi ai rimedi endofamiliari, tra cui la modifica delle modalità di affidamento (art. 337 *quinquies* c.c.), l'affidamento esclusivo in capo all'altro genitore (art. 337 *quater* c.c.), la decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.), le limitazioni della responsabilità per condotta pregiudizievole ai figli (art. 333 c.c.) o che venga promossa azione penale per il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.) quando le condotte contestate, con il tradursi in una sostanziale dismissione delle funzioni genitoriali, pongano seriamente in pericolo il pieno ed equilibrato sviluppo della personalità del minore<sup>84</sup> (punti 8.2. e 8.3. mot.).

Nei casi più estremi può giungersi all'affidamento extrafamiliare e all'adozione, ferma la facoltà del giudice di nominare un tutore per il minore o un curatore speciale.

Con la decisione della Suprema Corte appare confermata la natura compensativa del risarcimento del danno *ex* nn. 2) e 3) dell'art. 709 *ter* c.p.c., quella deterrente-sanzionatoria dei rimedi di cui ai nn. 1) e 4) ed esclusa la possibilità di ricorrere alle misure di coercizione indiretta di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.

Secondo alcune pronunce di merito, l'art. 709 *ter* c.p.c. è applicabile anche alle controversie a carattere patrimoniale<sup>85</sup> ma in senso opposto si è espressa la recente giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>86</sup>.

Il risarcimento ivi disciplinato non può estendersi a violazioni preesistenti (ad esempio dei doveri coniugali o indipendenti dalla esistenza dei figli) o

successive al raggiungimento della maggiore età della prole<sup>87</sup>.

Qualora il procedimento *ex* art. 709 *ter* c.p.c. non si concluda con una condanna risarcitoria per difetto di "gravi" violazioni, per i medesimi fatti il danno da illecito endofamiliare può essere risarcito in separato giudizio *ex* artt. 2043 e 2059 c.c. secondo le regole ordinarie così come in separato giudizio potrà essere richiesto un diverso danno endofamiliare procurato dai medesimi fatti che hanno dato luogo a condanna nel giudizio *ex* art. 709 *ter* c.p.c.<sup>88</sup>.

In conclusione, sembrano disattesi gli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza di merito maggioritaria per garantire effettività al diritto alla bigenitorialità del figlio minore e la lettura restrittiva patrocinata dalla Suprema Corte rischia di generare, secondo alcuni autori<sup>89</sup>, un ulteriore *vulnus* ai diritti del fanciullo, al quale sembra potersi ovviare accedendo a una diversa ipotesi ricostruttiva dell'art 709 *ter* c.p.c. come di seguito esposto.

## 8. Nuova ipotesi ricostruttiva.

Prima che insorga una disgregazione familiare, i doveri e poteri che sostanziano la responsabilità genitoriale (art. 316 c.c.) funzionali all'attuazione degli interessi del minore (art. 315 *bis* c.c.) sono discrezionalmente esercitati dai genitori.

Con la crisi della famiglia, i provvedimenti che assicurano al minore la bigenitorialità sono adottati dal giudice (art. 337 *ter*, comma 2 c.c.) e devono essere continuamente adattati alle mutevoli esigenze della prole ed eventualmente anche a quelle sopravvenute dei genitori.

Il contenuto di questi provvedimenti è "determinativo" perché definisce specifiche "prestazioni" alle quali sono tenuti i genitori nei confronti del minore suscettibili di accertamento in termini di conformità/diffonità - del comportamento in concreto posto in essere - rispetto al modello di condotta definito *ex ante*<sup>90</sup>.

<sup>84</sup> Cass. pen., sez. 6, 24 ottobre 2013 n. 51488, in *Dejure*.

<sup>85</sup> Si pensi al danno patrimoniale sofferto da uno dei genitori che abbia unilateralmente e contrariamente alle precedenti condizioni di affidamento, cambiato la residenza del minore rendendo più gravoso economicamente la visita del genitore non collocatario. Per il rimborso delle spese di viaggio e alloggio v. Trib. Pisa, 20 dicembre 2006, Trib. Locri, 28 novembre 2011, entrambe in *Dejure*.

<sup>86</sup> Corte cost., 10 luglio 2020, n. 145 cit. Cfr. anche Trib. di Milano, 11 febbraio 2021, reperibile in *Leggi d'Italia*, il quale, premesso che l'istituto rimediabile tipizzato nell'art. 709 *ter* c.p.c. è modellato intorno "all'esercizio della responsabilità genitoriale" e "alle modalità dell'affidamento, essendo iscrivibile nell'ambito dei "rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria", ha ritenuto inapplicabile la norma con riferimento a fattispecie di inadempimenti economici relativi al pagamento delle rate di mutuo.

<sup>87</sup> R. DONZELLI, *op. cit.*, 120-121.

<sup>88</sup> R. DONZELLI, *op. loc. ult. cit.* Per i profili processuali v. diffusamente ID., *op. cit.*, 201 ss.

<sup>89</sup> V. *retro* le note critiche alla citata pronuncia.

<sup>90</sup> Così R. DONZELLI, *op. cit.*, 63 ss.; già G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 1260 affermava che i provvedimenti *de potestate* modificano il rapporto giuridico genitore e figlio derivante dalla filiazione; accede alla tesi della tutela costitutiva delle sentenze "determinative" L. MONTESANO, *Condanna: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 13 ss.; ID., *Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 775 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 152 ss.

Nella crisi della famiglia, attraverso l'intermediazione giudiziale, i doveri di cura, educazione, istruzione e assistenza morale a carico dei genitori (art. 337 *ter* c.c.) ricevono puntuale specificazione al punto che, secondo alcuni autori, nel provvedimento giudiziale in cui, ad esempio, si afferma che il minore dovrà stare con la madre dalla domenica sera al sabato mattina e con il padre dal sabato mattina alla domenica sera, «va individuato un quadruplice ordine...: al padre di prendere con sé il figlio il venerdì sera e di renderlo alla madre la domenica sera; alla madre di prendere con sé il figlio la domenica sera e di renderlo al padre la domenica mattina»<sup>91</sup>.

La violazione di provvedimenti giudiziali che hanno concretizzato i doveri genitoriali fissando specifiche regole di condotta dovrebbe allora dare luogo a una responsabilità per inadempimento *ex art.* 1218 c.c. e non già extracontrattuale, senza che ciò trovi ostacolo nella loro natura non patrimoniale.

Nella Relazione al Codice civile n. 553 si legge che «l'art. 1174 ha l'ulteriore funzione di precisare che l'obbligazione deve essere considerata come figura giuridica distinta da quegli altri obblighi i quali, per quanto diano luogo ad azione<sup>92</sup>, tuttavia non hanno contenuto patrimoniale diretto o riflesso, come è, ad esempio, di alcun obblighi posti dalla legge in relazione a taluni rapporti di diritto familiare».

L'art. 1174 c.c. non ha dunque istituito un divieto alla configurabilità di obblighi non patrimoniali, ma si è limitato a circoscrivere l'ambito problematico dell'obbligazione; allo stesso modo, l'art. 1321 c.c., nella parte in cui limita l'efficacia del contratto al «rapporto giuridico patrimoniale», non ha escluso la possibilità di configurare rapporti giuridici non patrimoniali<sup>93</sup>.

Nella disciplina della responsabilità per violazione degli obblighi genitoriali le parti non si pongono come «estranei» o soggetti soltanto in conflitto di interessi a contenuto patrimoniale – come avviene rispettivamente nell'illecito aquiliano e nel campo delle obbligazioni – ma sono invece accumulate in una dimensione relazionale complessa e asimme-

trica<sup>94</sup> che si esprime nella realizzazione del diritto del minore di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi i genitori (art. 337 *ter* comma 1 c.c.).

Sembra pertanto possibile affermare la configurabilità di un rapporto giuridico non patrimoniale tra genitori e figli<sup>95</sup> non relegabile nell'ambito di applicazione dell'art. 2034 c.c. da cui discende la natura contrattuale della responsabilità genitoriale soprattutto quando, nell'ambito della crisi familiare e ai sensi del comma 2 dell'art. 337 *ter* c.c., il giudice abbia minuziosamente determinato le condotte genitoriali attraverso cui realizzare il diritto del minore sancito nel comma 1; condotte che, in ragione della loro specificazione non lasciano al genitore alcun margine di scelta e da considerarsi perciò come veri e propri obblighi non patrimoniali a cui applicare analogicamente la disciplina delle obbligazioni<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> R. SENIGAGLIA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>95</sup> V. diffusamente R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013; ID, *Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale*, *op. cit.*, 97 ss.; M. PARADISO, *op. cit.*, 22; B. IZZI, *Il rapporto giuridico non patrimoniale*, Milano, 2012; cfr. anche C. RIMINI, *Il danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 621 ss.; L. AMBROSINI, *op. cit.*, 1161 ss.; A. NICOLUSSI, *op. cit.*, 929 ss.

In senso contrario D. BARBIERATO, *Osservazioni sul risarcimento del danno e illeciti endofamiliari*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 2080 ss. per la quale dovrebbe invocarsi l'art. 2043 c.c. poiché altrimenti i conviventi di fatto rimarrebbero privi di tutele perché il legislatore non ha richiamato i doveri di cui all'art. 143 c.c. L'art. 2043 c.c. invece consente di tutelare tutti i membri della famiglia allo stesso modo. La preoccupazione resta superata nella fattispecie di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. sia perché la fonte dell'obbligo è il provvedimento giudiziale, sia perché l'art. 337 *ter* c.c. prevede espressamente il rapporto genitori-figli; cfr. anche in senso critico C. FAVILLI, *op. cit.*, 297; G. ANZANI, *op. cit.*, e G. FACCI, *Gli illeciti endofamiliari fra risarcimento e sanzione*, *op. cit.*, 421 ss.; ID, *L'ingiustizia del danno nelle relazioni familiari*, *Contr. impr.*, 2005, 1242; D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 149.

<sup>96</sup> V. C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Dir. civ.*, vol. 4, Milano, 1993, 82 e, in precedenza, G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, I, *Note introduttive*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 251, secondo il quale «l'obbligo giuridico non patrimoniale non rientra nella nozione normativa di obbligazione, ma in quanto abbia un valido titolo, legale o negoziale [nella specie giudiziale], esso è pur sempre un obbligo giuridicamente vincolante e la sua disciplina può desumersi in via analogica dalla disciplina dettata per le obbligazioni». Nello stesso senso v. ad es. anche G. TRAVAGLINO, *Sub Art. 1174 c.c.*, in E. Gabrielli (a cura di), *Commentario del codice civile*, Milano, 2012, 51. Né può reputarsi che la patrimonialità della prestazione costituisca un limite alla libertà negoziale dei privati i quali, oltre alla legge, possono costituire obblighi non patrimoniali di sicura rilevanza giuridica nei limiti della meritevolezza dell'interesse perseguito (art. 1322, secondo comma, c.c.) come accade, ad esempio, negli statuti delle associazioni non riconosciute e nei regolamenti condominiali ove si rinvencono obblighi non patrimonialmente valutabili, ma giuridicamente rilevanti e sanzionabili.

<sup>91</sup> A. RONCO, *L'art. 614 bis e le controversie in materia di famiglia*, in *Giur. it.*, 2014, 760. Cfr. anche M. DE SIMONE, *Art. 614 bis c.p.c. e diritto-dovere di visita del genitore non collocatario alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *L'Osservatorio sul diritto di famiglia*, 2020, 32 e ivi ulteriori riferimenti.

<sup>92</sup> Situazione che si verifica puntualmente nell'art. 709 *ter* c.p.c.

<sup>93</sup> Sul punto si rinvia a R. SENIGAGLIA, *Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, I, 2019, 97 ss. il quale richiama P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 932.





Quella appena indicata è la particolarità della fattispecie disciplinata dal comma 2 dell'art. 709 *ter* c.p.c.: la preesistenza di un provvedimento nel quale il giudice ordina al genitore di eseguire specifiche prestazioni a favore del minore. Le puntuali modalità di affidamento indicate nel provvedimento giudiziale instaurano un vero e proprio rapporto giuridico tra le parti caratterizzato da un fascio di obblighi a contenuto patrimoniale (es.: assegno di mantenimento) e non patrimoniale (es.: visite) a carico del genitore e a favore del minore che, tenuto conto anche del richiamo testuale alle *inadempienze*, lascia intendere trovi applicazione il regime di cui all'art. 1218 c.c., per i profili non espressamente regolati<sup>97</sup>.

L'adozione della non implausabile ricostruzione in termini contrattuali della responsabilità in esame assicura al danneggiato una semplificazione degli oneri di allegazione e prova giustificata non più dalla natura "punitiva" del risarcimento, bensì dall'applicazione dell'art. 1218 c.c. e del conseguente regime.

Oltre alla mera allegazione dell'inadempimento, ulteriore beneficio deriva dalla risarcibilità del cd. danno morale, inteso come sofferenza interiore, non suscettibile di accertamento medico-legale che il giudice può ritenere provato sulla base di presunzioni e massime di comune esperienza qui certamente invocabili per la particolare natura affettiva del rapporto genitore-figli<sup>98</sup>.

Inoltre, attesa la concretizzazione del dovere genitoriale da parte del provvedimento giurisdizionale "determinativo" dell'affidamento e la finalizzazione degli obblighi alla cura, educazione, istruzione e assistenza morale del minore, non sussisterebbe neppure l'esigenza di fornire una dimostrazione specifica del nesso di causalità cd. materiale tra l'inadempimento e il danno non patrimoniale richiesto in adesione alla teoria del cd. tronco comune della responsabilità civile, patrocinata dalla più re-

cente giurisprudenza di legittimità solo con riferimento alle obbligazioni di *facere* professionali, non interamente "governabili" dal debitore<sup>99</sup>.

Si otterrebbero così risposte giudiziali più immediate e adeguate alle mutevoli esigenze del minore e la richiesta del danno morale svolgerebbe funzione deterrente-individuale analoga a quella delle misure di coercizione indiretta non dovendosi escludere, al protrarsi delle inadempienze genitoriali, la possibilità per il danneggiato di far valere successivamente, sempre ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c., un ulteriore risarcimento da aggravamento del medesimo danno<sup>100</sup>.

Soltanto nei casi più gravi, ove sia necessario l'accertamento di specifiche circostanze di fatto per appurare i comportamenti lesivi dei genitori e le eventuali ripercussioni negative prodottesi in capo al minore (si pensi, ad esempio, al danno psichico o alla controversa sindrome di alienazione parentale) può rendersi necessaria una istruttoria particolarmente complessa anche attraverso accertamenti medico-legali fermi i vantaggi in tema di prova del nesso di causalità materiale tra il danno e la condotta lesiva.

L'esigenza di recuperare e garantire effettività al principio di bigenitorialità, non consente però di accedere a prospettive ermeneutiche *contra legem* (risarcimento ultracompensativo) sebbene, per il danno morale, la gravità e reiterazione della condotta inadempiente del genitore, normalmente dolosa o gravemente colposa, potrebbe essere valutata, in sede di liquidazione necessariamente equitativa, per la particolare incidenza negativa che produce nella sfera giuridica del minore in quanto acuisce le disutilità emotive valorizzando le condizioni soggettive delle parti (genitore-figlio).

In tutti questi casi, in assenza di tabelle *ad hoc* – se non in casi gravissimi quali la totale privazione del rapporto parentale con un genitore<sup>101</sup> –, il giudi-

<sup>97</sup> V. anche R. DONZELLI, *op. cit.*, 112 ss. il quale evidenzia che il giudice gode di ampi poteri decisorii nell'interesse esclusivo del minore coerentemente alle previsioni di cui all'art. 337 *bis* e 337 *ter*, secondo comma e quarto comma c.c. Secondo l'autore il giudice potrebbe condannare il genitore inadempiente anche di ufficio al risarcimento del danno nei confronti del minore, oltre che su sollecitazione dell'altro genitore, salvo sussistano specifiche esigenze di nomina di un curatore speciale.

<sup>98</sup> L'orientamento è ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità; v. ad es. cfr. da ultimo Cass. 10 novembre 2020, n. 25164 in *Ridare.it* 17 novembre 2020 che richiama l'indirizzo inaugurato da Cass., 17 gennaio 2018, n. 901; Cass., 27 marzo 2018, n. 7513; confermato da Cass., 11 novembre 2019, n. 28989, sulla premessa della riconosciuta autonomia normativa e ontologica del danno morale rispetto a quello alla salute e della necessità di assicurare l'integrale riparazione di tutti i pregiudizi afferenti alla sfera non economica del soggetto danneggiato, purché adeguatamente allegati e provati dal danneggiato, anche in via presuntiva e con massime di comune esperienza; cfr. anche Cass., 04 febbraio 2020, n. 2461.

<sup>99</sup> V. sul punto E. SCODITTI *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, col. 265.

Per tale orientamento giurisprudenziale, v. Cass. 26 luglio 2017, n. 18932, seguita da Cass. 7 dicembre 2017 n. 29315, Cass. 15 febbraio 2018 n. 3704, Cass. 20 agosto 2018 n. 20812 e Cass. 23 ottobre 2018 n. 26700, cui si sono uniformate Cass. 11 novembre 2019 nn. 28991-2.

<sup>100</sup> Sul piano processuale, l'art. 709 *ter* c.p.c. favorisce la concentrazione della tutela giurisdizionale e implementa la deterrenza perché nell'ambito di istanze dirette ad accertare violazioni dei provvedimenti preesistenti, il giudice può anche occuparsi di questioni risarcitorie evitando che per il pregiudizio subito dal figlio o dal genitore non inadempiente sia necessario avviare un nuovo processo R. DONZELLI, *op. cit.*, 217 ss.

<sup>101</sup> Emblematico il caso del figlio nato fuori dal matrimonio rispetto al quale uno dei genitori manifesti totale disinteresse. Trib. Milano, 23 luglio 2014, in *Fam. e Dir.*, 2015 con nota di S. VERONESI, ha applicato le Tabelle sulla perdita del rapporto parentale per quantificare simile pregiudizio non patrimoniale

ce non può ricorrere al metodo tabellare (concepito principalmente per il danno alla salute) bensì alla liquidazione puramente equitativa del pregiudizio (una volta provato l'*an debeatur*) da effettuarsi sulla base di indici presuntivi e dati di comune esperienza<sup>102</sup>.

Nell'esercizio del potere equitativo, però, il giudice è tenuto a motivare adeguatamente il percorso logico seguito per giungere alla quantificazione definitiva del risarcimento, profilo quest'ultimo altrimenti censurabile in sede di legittimità<sup>103</sup>. Ebbene se la reiterazione della condotta, la gravità della stessa (anche sotto il profilo dell'elemento psicologico) finiscono, come osservato, per acuire i pregiudizi non patrimoniali sofferti dal danneggiato (quali disutilità emotive) e quindi rilevano indirettamente ai fini della quantificazione della obbligazione risarcitoria<sup>104</sup>, altrettanto non può dirsi, in di-

---

adattato al caso concreto. Nello stesso senso Trib. Milano, 13 marzo 2017, in *Fam. e Dir.*, 2018, con nota di A. SCALERA; Trib. Roma, 4 febbraio 2011; Trib. Roma, 11 gennaio 2012; Trib. Roma, 19 novembre 2014 che invece fanno riferimento alle Tabelle romane, tutte in *Dejure. Contra App. Napoli*, 18 luglio 2013, in *ilcaso.it*. secondo cui non può essere applicato il parametro della perdita del rapporto parentale a una situazione affatto diversa come quella dell'illecito endofamiliare.

In effetti le perplessità derivanti dall'indicato metodo assimilazionista sono condivise dalla dottrina. Non può trascurarsi che la perdita del rapporto parentale postula la preesistenza di un legame affettivo consolidato tra genitore e figlio/coniuge/partner che invece manca in caso di totale disinteressamento del genitore per il figlio nato fuori dal matrimonio. In secondo luogo, il danno da illecito endofamiliare in esame non è irreversibile come quello da perdita del rapporto parentale perché il genitore negletto potrebbe successivamente ritornare sui propri passi e recuperare il rapporto personale con la prole. In terzo luogo, sul piano strutturale, la violazione dei doveri genitoriali è causa diretta e immediata del pregiudizio sofferto dal figlio, mentre in caso di perdita del rapporto parentale il danneggiato è vittima secondaria rispetto all'illecito compiuto da un terzo, cfr. ad es. A. SCALERA, *Il danno da deprivazione della figura paterna: alcune incertezze applicative*, in *Fam. e Dir.*, 2018, 403; G. LA MALFA RIBOLLA, *La tutela risarcitoria per assenza del genitore, tra conferme della responsabilità civile endofamiliare e dubbi sulla coerenza del sistema*, in *Studium iuris*, 2014, 887 ss.

<sup>102</sup> Così Cass., 7 luglio 2000, n. 7713 che però faceva riferimento alla lesione in sé del rapporto parentale mentre Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972 richiede sempre la prova di un pregiudizio consequenziale alla lesione.

<sup>103</sup> Cass., 7 giugno 2011, n. 12408; Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361. Cfr. anche C. BONA, *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 2012, 31 ss.; G. PONZANELLI, *Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?*, in *Danno e resp.*, 71 ss.

<sup>104</sup> Tale orientamento è seguito in giurisprudenza in generale per l'illecito endofamiliare v. Cass., 10 maggio 2005, n. 9801; Cass., 30 luglio 2015, n. 16197; Cass., 4 febbraio 2016, n. 2167; Trib. Venezia 30 giugno 2004; Trib. Bologna 31 agosto 2010; Trib. Roma, 11 ottobre 2016; App. Palermo 20 febbraio 2007. V. anche le ulteriori decisioni citate in precedenza. Ma v. anche Cass., 22 gennaio 2015, n. 1126 in *Danno e resp.*, 2015, 5, 511 con note di G. PONZANELLI, F. QUARTA e in *Resp. civ. e prev.* con nota di G. CITARELLA ove si discorre di gravità

fetto di specifica previsione legislativa, per ulteriori parametri, pur considerati dalla giurisprudenza di merito, quali le condizioni economiche dei genitori o i guadagni realizzati in violazione del diritto, del tutto estranei dalla disciplina risarcitoria in esame (salvo che coincidano con il danno da lucro cessante).

Per quanto esposto sembra potersi affermare che l'aspetto "sanzionatorio", se riguardato sotto il profilo della "gravità" dell'inadempimento, tanto inteso in senso soggettivo (dolo o colpa grave), quanto in senso oggettivo (reiterazione delle violazioni), rileva solo ai fini dei criteri di imputazione della responsabilità e solo indirettamente nella quantificazione equitativa del risarcimento del danno non patrimoniale (in particolare, di quello morale).

Onde evitare che la liquidazione equitativa pura possa condurre a decisioni imprevedibili e fortemente differenziate a seconda dell'ufficio giudiziario considerato, la soluzione potrebbe essere rappresentata da un nuovo sistema tabellare che quantifichi in maniera uniforme il pregiudizio sofferto dal minore in ragione dell'età e del periodo di assenza del genitore, con potere di personalizzazione in base alle circostanze del caso concreto<sup>105</sup>.

Inoltre, per evitare la insorgenza di nuovi conflitti familiari, esasperandoli ulteriormente, le iniziative processuali connotate da responsabilità aggravata per lite temeraria potrebbero essere sanzionate - questa volta sì - con l'art. 96, terzo comma, c.p.c. il quale, unitamente alle condanne risarcitorie, contribuirebbe a implementare la dissuasione dall'inadempimento genitoriale.

---

dell'offesa ai fini della quantificazione del danno ex art. 2059 c.c. qui intesa non come intensità della sofferenza soggettiva, ma come intollerabilità giuridica del fatto.

<sup>105</sup> C. BONA, *Rimborsi e risarcimenti per l'assenza paterna: tra equità e tabelle*, in *Foro it.*, 2015, 2154 ss.

