

Responsabilità civile nella famiglia

Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, *punitive damages* e *astreinte*

di **Mauro Paladini** (*)

Il vivace dibattito dottrinale e le non univoche applicazioni giurisprudenziali dell'art. 709 *ter* c.p.c. (introdotto dalla legge n. 54 del 2006) testimoniano l'interesse suscitato da una norma della quale è controversa la collocazione sistematica tra sistema tradizione di responsabilità civile e nuove istanze "punitive" nell'ambito delle relazioni private. Alla statuizione della Suprema Corte del 2007 in senso contrario rispetto alla figura del danno punitivo sono seguite, infatti, novità legislative che consentono di nutrire più di un dubbio su tale conclusione, soprattutto nel peculiare settore del diritto della famiglia.

1. L'art. 709 *ter* c.p.c. nel contesto dei dibattiti sulla responsabilità civile nella famiglia

L'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 709 *ter* c.p.c. - che prevede un ventaglio di conseguenze a carico del genitore che si sia reso colpevole di "gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento" (1) - da un lato si colloca nel dibattito concernente i rapporti tra responsabilità civile e famiglia e, dall'altro, porta all'attenzione dell'interprete la controversa questione dell'ammissibilità dei cosiddetti "danni punitivi" nel nostro ordinamento (2).

Con riguardo al primo profilo, si può affermare che il binomio "famiglia-responsabilità" costituisce un approdo interpretativo e sistematico relativamente recente nella giurisprudenza italiana, che solo da pochi anni pare essersi emancipata dall'idea che le relazioni familiari - e, in particolare, le condotte poste in essere in violazione degli obblighi coniugali e genitoriali - possano restare immuni da valutazioni giuridiche compiute sul piano dell'"ingiustizia" del danno e della necessità di garantire l'adeguato ristoro ai pregiudizi della personalità dei singoli componenti della famiglia.

Dopo le incertezze interpretative degli anni '80-'90, la Suprema Corte, soltanto nel 2005, ha riconosciuto espressamente l'ammissibilità di forme risarcitorie di riparazione di danni consumati all'interno della famiglia, affermando che deve considerarsi superato il modello "famiglia-istituzione" in favore del modello "famiglia-comunità", «...i cui interessi non si pongono su un piano sovraordinato, ma si identificano con quelli solidali dei suoi componenti. La famiglia (prosegue la S.C. (si configura ora come il 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».

Il rispetto della dignità e della personalità di ogni soggetto del nucleo familiare costituisce un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro compo-

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Per una riflessione sull'argomento, anche alla luce della legge sull'affidamento condiviso, G. Ferrando, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 590 ss.

(2) Per un ampio inquadramento della problematica, S. Patti-F.D. Busnelli, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003, ed. II, 235-259.

nente consente sia il possibile rimedio della responsabilità civile sia le speciali misure contro gli abusi familiari che - già introdotte nel 2001 - segnavano la "prevalenza della tutela della persona rispetto alle ragioni dell'unità della famiglia".

Il potere di domandare il risarcimento del danno conseguente alle violazioni degli obblighi coniugali - per quanto compiutamente riconosciuto dalla nota pronuncia n. 9801/05 e confermato dalle SS.UU. del novembre 2008 - risulta notevolmente affievolito dal prevalente indirizzo giurisprudenziale, che nega la cumulabilità della domanda risarcitoria all'interno del processo di separazione. Senza addentrarsi negli aspetti squisitamente tecnici della questione, è difficile contestare l'esclusiva idoneità del processo di separazione a costituire la sede per la verifica delle cause e delle conseguenze della rottura dell'unità familiare. Sarebbe auspicabile, quindi, che già in applicazione delle norme vigenti, il coniuge possa preferire, in sede di proposizione del ricorso introduttivo di separazione, la formulazione della domanda avente ad oggetto il risarcimento del danno (da qualificarsi alla stregua di danno punitivo) per violazione degli obblighi coniugali.

2. La figura del danno punitivo e la sua collocazione nel diritto della famiglia

Con riguardo, invece, al diverso problema del possibile riconoscimento di figure di c.d. "danno punitivo" nel nostro ordinamento, occorre rammentare che il tradizionale ruolo della responsabilità civile è considerato quello "di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato", a differenza dei *punitive damages* che, ammessi e previsti negli ordinamenti di *common law*, mirano a sanzionare, con l'irrogazione di una sorta di sanzione economica privata, colui che si reso colpevole di comportamenti malevoli ai danni di altri consociati (3).

La Corte di Cassazione (4) ha ritenuto finora che l'irrogazione nell'ambito del processo civile di sanzioni con finalità afflittive e deterrenti deve ritenersi contraria all'ordine pubblico, perché estranea ai principi risarcitorio-indennitari propri del nostro ordinamento.

Tale conclusione, tuttavia, suscita talune perplessità proprio con specifico riguardo alla fattispecie dell'illecito endofamiliare.

Nella famiglia - è forse esperienza largamente diffusa - gli strumenti del diritto penale si rivelano notoriamente di scarsa efficacia. Le querele tra coniugi, spesso reciproche, si rivelano per lo più strumentali

alla controversia civilistica di separazione personale, ma - anche nel caso sfortunato in cui la solerte opera degli avvocati non riesca nella definizione consensuale e nella conseguente rimessione e accettazione - si avviano stancamente lungo la via che inesorabilmente, da un armadio all'altro, le porteranno all'esito della naturale prescrizione.

Proprio il settore del diritto della famiglia, quindi - più di altri - parrebbe un terreno fertile per la figura del danno punitivo per reprimere quelle condotte caratterizzate da mala fede, consapevole slealtà, intenzionale inadempimento degli obblighi coniugali e genitoriali (5).

Se l'esigenza immanente alla realizzazione di un "giusto processo" della famiglia è quella di pervenire a una decisione che renda giustizia sulle cause della disgregazione dell'unità familiare e, nello stesso tempo, attribuisca al coniuge che ne ha diritto forme economiche di ristoro effettivo e immediato, sarebbe opportuno modificare o sostituire l'istituto dell'addebito con misure sanzionatorie del tipo di quelle già previste dall'art. 709 *ter* c.p.c. per l'ipotesi di violazioni dei provvedimenti precedentemente assunti dal giudice della separazione o del divorzio.

La previsione del danno punitivo per l'illecito endofamiliare consentirebbe, inoltre, di dipanare, almeno in parte, l'irrisolvibile *rebus* della liquidazione equitativa del danno patito del familiare vittima della lesione dei propri diritti fondamentali che sovente, già nelle attuali decisioni, dissimula intenti giudiziari comprensibilmente sanzionatori della violazione di obblighi di lealtà, fedeltà e rispetto (6).

Note:

(3) Sull'argomento si segnala un recente pregevole intervento di G. Calabresi, *La complessità della responsabilità civile: il caso dei Punitive Damages*, intervento svolto nelle *Lezioni Pisane di Diritto Civile*, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, 25 maggio 2007.

(4) Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, 5, I, 1460, con nota di Ponzanelli.

(5) In questa direzione, peraltro, si stanno orientando ordinamenti di analoga tradizione romanistica, come quello francese, che nell'*Avant Projet de Réforme du Droit des Obligations* francese, prevede, col nuovo art. 1371 c.c., che *L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à de dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables*, in *Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, 22 Settembre 2005.

(6) Sul delicato aspetto della quantificazione del danno da illecito endofamiliare, C. Favilli, *I danni da illecito endofamiliare*, in *I danni non patrimoniali-Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di E. Navarretta, cit.

3. Il "risarcimento del danno" nell'art. 709 *ter* c.p.c.: riparazione del pregiudizio o danno punitivo?

Si pone, quindi, il problema di stabilire se l'art. 709 *ter* c.p.c. costituisca espressione del modello riparatorio di responsabilità civile o se risulti ispirata, al contrario, ad una *ratio* punitiva tale da emanciparla, in particolare, dai principi della allegazione e della prova del danno concretamente sofferto dalla parte lesa.

Data per scontata la natura prettamente sanzionatoria delle misure previste dai numeri 1 e 4 (ammonizione del genitore inadempiente; condanna del genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende), si discute se il risarcimento dei danni, stabilito ai numeri 2 e 3, sia finalizzato al ristoro di un'effettiva lesione del diritto all'intangibilità della relazione tra genitore e figlio, oppure se tale risarcimento presenti la medesima natura sanzionatoria delle altre misure e sia da considerare, pertanto, alla stregua di figura di danno punitivo.

Sul punto, si contrappongono tre tesi.

– Secondo un primo orientamento, l'art. 709 *ter* c.p.c. costituisce una norma speciale rispetto all'art. 2043 c.c., col quale condivide la natura, la *ratio* e le modalità di risarcimento del danno.

– Secondo altra tesi, con l'art. 709 *ter* c.p.c., il legislatore avrebbe introdotto nell'ambito della famiglia la figura del danno punitivo.

– Secondo una terza tesi, il danno riconosciuto dalla norma può avere una duplice componente, sia riparatoria sia risarcitoria.

Secondo una prima impostazione giurisprudenziale (7), il risarcimento del danno previsto dall'art. 709 *ter* c.p.c. rientra nel danno non patrimoniale dell'art. 2059 c.c., con la conseguenza che esso dovrà essere qualificato in una delle sottovoci contenute nella categoria e conseguentemente provato. Invero, se il legislatore avesse inteso privilegiare la connotazione sanzionatoria, non si comprenderebbe la ragione della differenziazione tra il risarcimento "nei confronti del minore" e quello "nei confronti dell'altro genitore", posto che la sanzione si sarebbe dovuta sancire, più plausibilmente, sempre nei rapporti interni ai genitori. L'espressa diversificazione tra "danni del minore" e "danni del genitore" lascerebbe presumere, pertanto, che il legislatore abbia attribuito al soggetto, la cui sfera giuridica sia stata in concreto lesa dal comportamento inadempiente o pregiudizievole, il diritto al risarcimento del danno subito, in perfetta conformità alle regole della re-

sponsabilità civile, così come interpretate e applicate dalla giurisprudenza del 2003 e del 2005.

In favore dell'opposta tesi, oltre a ragioni di carattere meramente testuale, possono deporre considerazioni sistematiche. Nel diritto della famiglia, invero, già l'ordinamento contempla fattispecie anomale di "risarcimento" che, in sede di applicazione e liquidazione, la giurisprudenza non ha ritenuto di ricondurre al modello generale dell'art. 2043 c.c.

La riforma del 1975, che - oltre alla significativa (e sempre attuale) figura della responsabilità per rottura della promessa di matrimonio - introdusse l'art. 129 *bis* c.c., che, nel caso di annullamento del matrimonio, riconosce il diritto del coniuge in buona fede a una congrua indennità a carico dell'altro coniuge o del terzo, cui sia imputabile la nullità del matrimonio: indennità che deve comprendere una somma non inferiore al mantenimento per tre anni e che deve essere corrisposta a prescindere dalla prova del danno sofferto dal coniuge in buona fede. In sede di applicazione della norma, la S.C. (8) ha sottolineato che, ai fini della responsabilità del coniuge in mala fede, non è sufficiente la riferibilità oggettiva della causa di invalidità e non basta neppure la consapevolezza, certa o probabile, di essa, occorrendo altresì un comportamento ulteriore, commissivo od omissivo del responsabile, contrario al dovere generale di correttezza, che abbia contribuito alla celebrazione del matrimonio nullo.

Nella giurisprudenza di merito, in favore della natura sanzionatoria dei danni previsti dall'art. 709 *ter* c.p.c. si è espresso, ad esempio, il Trib. Messina 25 settembre 2007 (9), secondo cui i provvedimenti *ex art. 709 ter* c.p.c. sono provvedimenti sanzionatori ed appartengono alla categoria dei danni punitivi, vale a dire strumenti di pressione psicologica sul soggetto obbligato che si adottano al fine di dissuaderlo dal perseverare nel comportamento illegittimo. A sua volta, per la compensazione riparatoria della lesione del bene protetto, il soggetto passivo potrà agire con l'azione ordinaria per chiedere il risarcimento del danno (10).

4. Conseguenze sostanziali della natura giuridica delle misure

La soluzione del problema concernente la qualifica-

Note:

(7) Trib. Varese, 7 maggio 2010, in *DeJure*.

(8) Cass. 13 gennaio 1993, n. 348, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 950, con nota di Cubeddu e Rimini.

(9) In *DeJure*, Milano.

(10) Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Dir Famiglia*, 2007, 4, 1795.

zione giuridica delle misure previste dalla norma condiziona la maggior parte delle conseguenti problematiche riguardanti la sua applicazione, sia sostanziali sia processuali.

Con riguardo, ad esempio, alle ipotesi in cui la norma possa essere applicata, deve ritenersi, ad esempio, che la natura sanzionatoria delle misure sia compatibile con la violazione occasionale e non reiterata del diritto-dovere di visita dei figli minori.

Allo stesso modo, la natura sanzionatoria indurrebbe a ritenere applicabile l'art. 709 *ter* all'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di versamento dell'assegno (11).

Indifferente, invece, alla natura giuridica delle misure parrebbe l'applicazione della norma alle ipotesi di trasferimento della residenza del minore, adottato unilateralmente da uno dei genitori (solitamente il titolare del collocamento prevalente) senza il consenso dell'altro (12).

In entrambe le prospettive, inoltre, in mancanza di prova della volontarietà della violazione e, quindi, in assenza dell'elemento soggettivo dell'illecito, si deve escludere l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 709 *ter* c.p.c. (13)

5. Problematiche processuali dell'art. 709 *ter* c.p.c.: la competenza nel corso del procedimento di separazione

Si discute su quale sia il giudice competente ad adottare le misure previste dall'art. 709 *ter* c.p.c. allorché sia in corso il procedimento di separazione personale.

Secondo una prima tesi, i provvedimenti *ex art.* 709 *ter* c.p.c. possano essere adottati solo dal Collegio in sede di sentenza, traendo argomento dalla possibilità di impugnazione "nei modi ordinari", cioè di proporre impugnazione contro la sentenza.

Tale opinione, tuttavia, è stata confutata in base ai seguenti rilievi:

- la norma indica il "giudice del procedimento" e non il giudice della decisione;
- l'attribuzione esclusiva della competenza al Collegio in sede di decisione finale rischierebbe di rallentare l'adozione di misure di solito connesse ad un contesto di urgenza e che, in considerazione della suindicata natura sanzionatorio-compulsoria o anche di coercizione indiretta, e soprattutto per essere efficaci, devono essere relativamente immediate.

Secondo altra tesi (14), la competenza esclusiva appartiene al Tribunale in composizione collegiale anche durante il procedimento, ma in questo caso il problema che si pone riguarda la possibilità dell'impugnazione:

– se debba essere rimandata all'impugnazione contro la sentenza;

– se sia ammissibile un reclamo immediato alla Corte d'Appello o ad altra Sezione o Collegio del Tribunale.

6. Competenza del Tribunale dei minori all'adozione dei provvedimenti *ex art.* 709 *ter* c.p.c.

In caso di provvedimenti adottati dal tribunale per i minorenni relativamente ai figli di genitori non coniugati la competenza spetta al tribunale per i minorenni (15).

Tale conclusione, tuttavia, fa sorgere l'ulteriore problema se il tribunale per i minorenni possa giudicare, ad esempio, della domanda di «risarcimento del danno», proposta da un genitore nei confronti dell'altro e se possa giungere, in tal caso, all'emanazione di una sentenza di condanna del genitore inadempiente al pagamento di una somma di denaro in favore dell'altro, come dovrebbe ritenersi facendo applicazione dell'art. 709 c.p.c.

In tal senso, la soluzione del non facile problema non pare possa essere oltremodo condizionato dalla soluzione interpretativa che si fornisca al problema se il danno di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. rappresenti un c.d. "danno punitivo" oppure si tratti di una misura economica conforme alla tradizionale funzione riparatrice della responsabilità civile.

Si pone, tuttavia, il problema se l'applicazione dei

Note:

(11) Trib. Reggio Emilia 4 luglio 2007; Trib. Modena, 7 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2007, 10, 2527, con nota di Casaburi. Non può essere applicata alcuna sanzione quando risulta che la mancata esecuzione del provvedimento è dipeso dall'atteggiamento del minore, che abbia ad esempio rifiutato gli incontri con il genitore non collocatario prevalente (App. Catania, 8 febbraio 2007).

(12) App. Napoli 12 dicembre 2008, in *Foro it.*, 2009, 3, I, 836, secondo cui in tema di separazione dei coniugi, disposto l'affidamento condiviso dei figli minori, il genitore presso cui questi ultimi sono collocati in via privilegiata, può mutare il luogo di residenza, proprio e dei minori, solo con il consenso dell'altro, ovvero su autorizzazione giudiziale, potendo altrimenti incorrere nelle sanzioni di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., e ferma la facoltà per il giudice di adottare i provvedimenti opportuni per salvaguardare i rapporti del minore con l'altro genitore (nella specie, la Corte d'appello, tenuto conto anche dei diversi mutamenti del luogo di residenza della moglie, presso cui - in regime di affidamento condiviso - era collocato il figlio minore, ha confermato a suo solo carico la sanzione dell'ammonizione, rilevandone anche la mancanza di spirito collaborativo quanto al riconoscimento del ruolo del padre presso cui il minore è stato collocato).

(13) Trib. Modena, 22 novembre 2007, in *DeJure*.

(14) Trib. Pisa 19 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, 5, I, 1689.

(15) Trib. Min. Ancona, 3 ottobre 2008, in *Dir. famiglia*, 2009, 1, 265.

provvedimenti *ex art. 709 ter c.p.c.* possa sussistere anche in riferimento all'inadempimento delle misure sull'affidamento e il mantenimento dei figli naturali adottate consensualmente dai genitori.

Non v'è dubbio sull'ammissibilità e validità di tali accordi. Come è stato affermato in giurisprudenza (16), se i genitori collaborano ed individuano condivise modalità di gestione della potestà genitoriale anche riguardo alle frequentazioni del genitore non esercente, l'ordinamento non deve intervenire.

Anzitutto, occorre stabilire preliminarmente se gli accordi sulla prole stipulati tra genitori naturali *possono* o *debbono* essere sottoposti al Giudice per la verifica di "non contrarietà" all'interesse dei figli.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale (17), «nell'ipotesi di genitori naturali non sussiste un'inevitabile necessità di intervento giudiziario, posto che se i genitori sono d'accordo per l'affidamento del figlio e per il suo mantenimento, non vi è luogo per un intervento del giudice. Il ricorso giudiziario è necessario solo in caso di inadempienza agli obblighi liberamente assunti».

Secondo altro orientamento, invece, non è mai esclusa per i genitori naturali la possibilità di rivolgersi all'autorità giudiziaria al fine di conseguire una verifica degli accordi raggiunti in tema di affidamento, esercizio della potestà e mantenimento dei figli minori. Dal punto di vista procedurale, la domanda per la verifica giudiziale degli accordi deve essere proposta congiuntamente. Sul punto, autorevole dottrina (18) ha osservato che «è ben vero che il ricorso congiunto è tecnica di proposizione della domanda molto raramente prevista dal legislatore, ma è anche regola di semplificazione della domanda quando si tratta di domande volte ad instaurare un procedimento camerale unilaterale di giurisdizione volontaria: una semplificazione che consente alle parti di stare in giudizio con il ministero di un solo difensore, possibilità che solo la struttura unilaterale del procedimento, escludendo a priori un oggettivo conflitto di interesse fra le parti, consente di attuare».

Una sentenza della Corte di Cassazione (19) aveva appunto affermato che, mentre il ricorso al giudice è indispensabile per i genitori coniugati, i genitori naturali *possono* rivolgersi al giudice per ottenere la verifica di conformità dell'accordo all'interesse dei figli.

L'orientamento è stato confermato dalla Corte d'Appello di Roma (20), secondo la quale il Giudice non può sottrarsi alla richiesta concorde dei genitori naturali di una valutazione di «congruità e corrispondenza dell'accordo all'interesse dei minori».

Una simile richiesta, infatti, risponde all'interesse

pubblicistico di tutela dell'interesse dei minori. Peraltro, si sottolinea che la richiesta della verifica giudiziale significa «responsabilizzare ulteriormente i genitori e vincolarli al rispetto nel tempo di quegli accordi, dal momento che essi, in caso di violazione o di grave inadempimento rispetto ad impegni assunti formalmente e recepiti in un provvedimento giudiziale, sarebbero soggetti al trattamento sanzionatorio di cui all'art. 709 *ter c.p.c.* o, addirittura, nei casi di maggiore gravità, ai provvedimenti limitativi della potestà genitoriale degli artt. 330-333 c.c.».

Tale affermazione sembra dover essere interpretata nel senso che soltanto gli accordi "omologati" dal giudice attribuiscano il potere di far valere le violazioni ai sensi dell'art. 709 *ter c.p.c.* La verifica giudiziale "responsabilizza" i coniugi, nel senso che si sentirebbero tenuti al rispetto degli accordi stessi avendo presente che la violazione potrebbe essere fatta valere per ottenere le sanzioni di cui all'art. 709 *ter c.p.c.*

Oltre alle sanzioni civili dell'art. 709 *ter c.p.c.*, la violazione di accordi homologati può essere sanzionata sul piano penale (art. 388 c.p.).

Viceversa, gli accordi tra genitori naturali che *non* siano homologati dal tribunale dei minorenni:

1. sono certamente vincolanti tra le parti;
2. se contenuti in una scrittura privata autenticata costituiscono titolo esecutivo per le obbligazioni economiche di mantenimento;
3. non possono fondare il ricorso all'art. 709 *ter c.p.c.*;
4. la loro violazione non è penalmente illecita.

7. Conseguenze processuali della natura sanzionatoria delle misure *ex art. 709 ter c.p.c.*

Un procedimento finalizzato a rendere effettiva l'attuazione dei provvedimenti in favore dei figli, attraverso la coercizione indiretta che provenga dalla possibilità di misure sanzionatorie a contenuto anche economico, richiede una particolare "snellezza" delle forme e l'attribuzione al giudice di ampi poteri di intervento sempre in funzione dell'interesse dei figli minori.

Note:

(16) Trib. Min. Catania, 23 maggio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 3111.

(17) Trib. Min. Palermo, 18 febbraio 1987, in *Dir. famiglia*, 1987, 760.

(18) F. Tommaseo, *Sulla verifica giudiziale degli accordi parentali nell'interesse dei figli naturali*, in questa *Rivista*, 2007, 11, 1021.

(19) Cass. 20 aprile 1991 n. 4273, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 634, con nota di Lenti.

(20) Decr. 17 luglio 2007, in questa *Rivista*, 2007, 11, 1019.

Per tale ragione, ad esempio, appare condivisibile l'interpretazione giurisprudenziale (21) che ammette la richiesta delle misure formulata anche a verbale d'udienza.

Allo stesso modo, deve ritenersi che le misure previste dalla norma possano essere applicate anche d'ufficio (22) e cumulativamente. Per la stessa ragione, il giudice potrebbe scegliere una misura diversa da quella richiesta dalla parte.

La natura coercitiva e sanzionatoria delle misure *ex art. 709 ter c.p.c.* attribuisce la legittimazione a domandare il risarcimento del danno in favore del figlio minore anche all'altro genitore, senza l'aggravio procedurale della necessità di nomina di un curatore speciale (23).

8. Impugnazione dei provvedimenti *ex art. 709 ter c.p.c.*

La formula sibillina ("nei modi ordinari") adottata per regolare i rimedi avverso le determinazioni esecutive del giudice in materia di famiglia ha suscitato vaste critiche.

Invero il legislatore, pur potendo adottare una formula più intelligibile, intendeva richiamarsi alle forme previste per i vari procedimenti nel contesto dei quali è reso il provvedimento attuativo o sanzionatorio (24).

Quindi se si tratta di una misura pronunciata nell'ambito del procedimento *ex art. 710 c.p.c.*, il rimedio coincide con il reclamo alla Corte di appello.

Se invece è dettata dal g.i. in sede di separazione e divorzio, la soluzione porta con sé il problema della reclamabilità di tali provvedimenti, a cui si sono date nel silenzio del legislatore diverse soluzioni, sino a negarne addirittura l'impugnabilità. La prospettiva che si fa apprezzare, è quella dell'impugnazione *ex art. 669 terdecies c.p.c.*, in analogia al modello cautelare.

In tutti gli altri casi si tratterà dei rimedi ordinari o comuni avverso la forma del provvedimento che contiene le misure attuative e sanzionatorie: quindi reclamo avverso i decreti e appello o ricorso per cassazione avverso le sentenze.

Circa la impugnabilità per cassazione dei provvedimenti *ex art. 709 ter*, la Suprema Corte (25) – nella stessa pronuncia con cui ha avallato l'applicazione del rito camerale per l'adozione dei provvedimenti in difetto della pendenza di un giudizio di separazione o divorzio – ha espressamente affermato che la ricorribilità o meno di tali provvedimenti, a seguito del reclamo, resta ovviamente influenzata dalla natura delle misure adottate.

9. Rapporto tra provvedimenti *ex art. 709 ter c.p.c.* e *art. 614 bis c.p.c.*

Resta da valutare, infine, l'eventuale compatibilità dei provvedimenti dell'*art. 709 ter c.p.c.* con l'applicazione del nuovo strumento dell'*art. 614 bis c.p.c.*, che consente al giudice, con il provvedimento di condanna a obblighi di *facere* o di *non facere* infungibili di fissare la somma di denaro a cui l'obbligato sarà tenuto per ogni violazione o inosservanza successiva.

Le misure appaiono, invero, sia sul piano teorico sia su quello applicativo, pienamente compatibili. Il Giudice potrebbe, infatti, fissare una somma di denaro dovuta per ogni violazione riguardante le modalità di affidamento dei figli o l'attuazione degli altri provvedimenti relativi alla prole. Si pensi, ad esempio, ad una sanzione pecuniaria prevista per l'ipotesi di alienazione dell'immobile assegnato a un coniuge come casa familiare, che sia compiuta dall'altro coniuge prima della trascrizione del provvedimento di assegnazione; oppure ad una somma di denaro dovuta per ogni giorno di ritardo nel pagamento del contributo di mantenimento.

Si tratterebbe di predeterminazione giudiziale dell'entità del risarcimento sanzionatorio dovuto per l'ipotesi di violazione dei provvedimenti relativi alla prole. In tal caso, la successiva violazione non precluderebbe l'applicazione delle altre sanzioni previste dall'*art. 709 ter* e consentirebbe al giudice di liquidare il "risarcimento" nella somma già preventivamente stabilita nel provvedimento violato.

La previsione dell'*astreinte* potrebbe essere contenuta sia nel provvedimento presidenziale, sia in quello modificativo eventualmente adottato dalla Corte d'Appello o dal Giudice Istruttore, sia del Collegio con la sentenza o col successivo decreto *ex art. 710 c.p.c.*

La norma prevede che l'ammontare della somma sia determinato, tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza

Note:

(21) Trib. Modena, 7 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2007, 2527, con nota di Casaburi.

(22) Trib. Palermo, 2 novembre 2007, in *La Resp. Civ.* 2008, 89; Trib. Padova, 3 ottobre 2008.

(23) In senso favorevole, Trib. Palermo 2 novembre 2007, cit.; *contra*, Trib. Varese, 7 maggio 2010, cit..

(24) Conf. Salvaneschi, *Il processo civile di riforma in riforma*, cit., 153. In senso contrario, Balena, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2007, 423 il quale traduce "ordinario" in mezzo di impugnazione appunto ordinario, ovvero l'appello.

(25) Cass., 22 ottobre 2010, n. 21718.

utile. Trattandosi, tuttavia, di misura sanzionatoria, l'*astreinte* non preclude la facoltà di agire per l'effettivo danno subito, secondo le regole ordinarie di responsabilità civile, così come sancito anche dalla Corte di Cassazione francese (26).

Se l'*astreinte* costituisce una predeterminazione giudiziale della sanzione conseguente all'inadempimento, nulla preclude che le stesse parti (ad esempio, in sede di separazione consensuale o di accordi omologati avanti al tribunale per i minorenni) stabiliscano una penale per l'ipotesi di violazioni dell'attuazione degli accordi. Anche le parti, peraltro, devono attenersi al principio di proporzionalità tra l'ammontare della sanzione e il valore della con-

troversia, la natura della prestazione, il danno prevedibile. In caso di manifesta eccessività sarà analogicamente invocabile la riduzione ad equità, prevista in materia contrattuale ed applicabile anche d'ufficio (27).

Note:

(26) Cour Cass, II Civ., 17 Avril 2008 - BICC n. 687 du 15 Septembre 2008, secondo cui «*l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts et a, par sa nature même, pour but de contraindre la partie à exécuter une décision judiciaire. De ce que l'astreinte ne constitue par des dommages-intérêts, mais une simple mesure coercitive*».

(27) Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Obbl. contr.*, 2006, 5, 415, con nota di Pescatore.

LIBRI

COLLANA: **Codici Legali Ipsoa**

Codice procedura civile – XVIII ed.

Leggi complementari

Claudio Consolo

Il volume propone il testo aggiornato del codice di procedura civile, il Trattato sul funzionamento UE (ex Trattato CE), la Costituzione della Repubblica italiana e una ricca raccolta di Leggi complementari suddivise per materia.

La sezione Giurisprudenza riporta le massime delle Sezioni Unite della Cassazione civile (segnalate con una bilancina posta prima di ciascun articolo del codice).

Aggiornato, da ultimo, con: D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, conv., con modif., dalla L. 4 aprile 2012, n. 35, c.d. "**semplificazione e sviluppo**"; L. 27 gennaio 2012, n. 3, c.d. "**sovraindebitamento**"; D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modif., dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, c.d. "**decreto liberalizzazioni**"; L. 29 dicembre 2011, n. 218, in materia di "**opposizione a decreto ingiuntivo**"; D.L. 22 dicembre 2011, n. 212, conv., con modif., dalla L. 17 febbraio 2012, n. 10, "**Disposizioni**

urgenti per l'efficienza della giustizia civile"; L. 11 novembre 2011, n. 180, "**Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese**"; D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195, "**disposizioni correttive e integrative al codice del processo amministrativo**"; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "**Legge di stabilità 2012**"; D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150, in materia di "**semplificazione e riduzione dei procedimenti civili**".

Compreso nel prezzo, l'aggiornamento on-line del testo del codice.

Ipsa 2012, Euro 27,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsa di zona** (www.ipsa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsa.it>

