

Lerici, Villa Marigola, 25 novembre 2006

OSSERVATORIO NAZIONALE sul diritto di famiglia

Convegno su:

"LE RIFORME DEL DIRITTO DI FAMIGLIA AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA LIGURE"

Relazione della dott.ssa M. Cristina FAILLA su:

"La responsabilità familiare: le sanzioni introdotte dall'art. 709 ter c.p.c."

E' assai raro che la disciplina della separazione di una coppia di genitori non comporti difficoltà sul piano della attuazione pratica delle disposizioni impartite.

Anche una regolamentazione assai precisa, direi persino pedante, spesso non appare sufficiente, per genitori particolarmente conflittuali, a disciplinare i rapporti tra di essi e nei riguardi dei figli senza che sorgano questioni o siano lamentati inadempimenti.

Diffido, normalmente, dei provvedimenti troppo articolati e puntigliosi, perché denotano un alto livello di rigidità dei loro destinatari e, comunque, riescono sempre a dimenticarsi di disciplinare qualche particolare aspetto, su cui si radicherà il conflitto.

Il motivo per cui vi è un così elevato numero di inadempienze dipende, innanzitutto, dal fatto che i rapporti di cui parliamo sono fortemente influenzati da stati emotivi e situazioni affettive sulle quali ha influito il distacco, e che su di essi è difficile far leva con i normali mezzi di coazione giuridica, perché "AMARE, RISPETTARE E

PROTEGGERE" non sono "verbi di volontà", ma descrivono azioni spontanee ed autonome.

Gli stessi provvedimenti di carattere economico sono percepiti normalmente come conseguenza di quei sentimenti e da essi sono quindi diretti, per cui riesce assai difficile constatare che un genitore che non prova o non si sente destinatario - a torto o a ragione - almeno di rispetto, risulti adempiente ai propri doveri di mantenimento nei confronti dei figli o della moglie; il ricatto economico, nei confronti della parte più debole che però non ci ama, ci ha abbandonati, non ci rispetta, ci mette contro i figli, è la metodica più usata.

E' nell'intervallo tra la formalizzazione della rottura e il raggiungimento di un equilibrio personale - che produce finalmente la consapevolezza della centralità dell'interesse dei figli - che si colloca una fase, più o meno lunga, normalmente costellata di inadempienze grandi o piccole, costanti o reiterate, assolutamente difficili da combattere ed eliminare.

La legge, che non è mai indifferente all'inadempimento dei suoi comandi, ma si è anche resa conto della difficoltà di disciplinare rigidamente una materia mutevole, non solo ha previsto numerosi rimedi e continui aggiustamenti (i provvedimenti temporanei ed urgenti emessi dal Presidente possono essere modificati dal G.I., ma anche, contemporaneamente, impugnati davanti alla Corte d'Appello, il G.I. ha facoltà di modificare i propri provvedimenti in corso di causa, i provvedimenti contenuti nella sentenza di separazione o divorzio possono essere modificati non solo grazie ai normali sistemi di impugnazione, ma anche col ricorso ex art. 710 c.p.c.), ma, per quel che riguarda *"le controversie tra i genitori in ordine all'esercizio della*

potestà genitoriale o delle modalità di affidamento" ha anche ipotizzato, con l'art. 709 ter c.p.c. l'applicabilità di una serie di sanzioni a carico del genitore inadempiente.

Il tutto per cercare di dar più forza all'attuazione di misure, anche provvisorie ma tuttavia importantissime, che incidono su situazioni vitali, che potrebbero comportare l'irrimediabile turbamento dell'esistenza stessa di un minore.

Penso peraltro che, proprio perché si va ad operare su una materia in divenire, ed è quindi assai difficile individuare, in una situazione mutevole, torti e ragioni, le sanzioni debbano costituire *l'ultima ratio*, essere cioè irrogate solo quando tutti gli aggiustamenti possibili sui provvedimenti già emessi, compresi quelli eventualmente pronunciati dallo stesso giudice adito ex art. 709 ter, si siano rivelati inutili: ed infatti tutta la fase attuativa è innanzitutto coperta dal possibile intervento di modifica giurisdizionale, sia quando i provvedimenti siano stati appena assunti dal giudice della cognizione - "*il giudice del procedimento in corso*"- che quando la regolamentazione, all'esito della sentenza di separazione o di divorzio, abbia assunto una sua formalizzazione; in tal caso sarà competente il "*tribunale del luogo di residenza del minore*".

Proprio per la precarietà del *decisum* il sistema ne attribuisce l'esecuzione al giudice ancora investito della cognizione, in modo da concentrare su di lui sia la decisione, che potrebbe essere preventivamente "aggiustata", che l'esecuzione di essa.

Rimane il fatto che, a fronte di provvedimenti dotati di una assoluta labilità, è stata prospettata una immediata ed agevole tutela sul piano esecutivo, nell'ottica di non consentire il rinvio di adempimenti

che sono talvolta vitali, più che doverosi, ovvero possono pregiudicare irrimediabilmente la salute fisica o psichica di un bambino.

Vi è comunque un limite di oggetto: il ricorso alla procedura ex art. 709 ter c.p.c. è consentito solo quando le controversie riguardino *"l'esercizio della potestà genitoriale o le modalità di affidamento"*; ne sono quindi certamente escluse quelle relative ad inadempienze tra coniugi (quali ad es. il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento), mentre non è altrettanto chiaro se debbano essere sanzionate ex art. 709 ter gravi inadempienze patrimoniali che riguardino i figli.

Si è osservato in dottrina¹ che tali inadempienze godono già di una solida tutela privilegiata (ed in particolare: dei sequestri ex artt. 156, comma 6°, c.c. e 8, comma 7° legge divorzio; degli strumenti di distrazione del reddito di cui agli artt. 156, comma 6°, c.c. e 8, comma 3° legge divorzio; delle sanzioni penali di cui all'art. 12 *sexies* legge divorzio, oggi esteso alla separazione dell'art. 3 della L. n. 54 del 2006) e che l'aggiunta di un'ulteriore eterogeneo strumento di coazione coattiva rischia di creare indebite sovrapposizioni ai danni dell'obbligato. Si è concluso peraltro che *"siffatte obbligazioni, essendo dirette a soddisfare bisogni primari, ben possono tollerare un surplus di mezzi di esecuzione forzata"*.

Un tale profluvio di mezzi di coazione, rafforzato dalla previsione di cui stiamo parlando, ed ai quali si potrebbero aggiungere anche quelli di natura penale (artt. 388 e 570 C.P.), è indice comunque della difficoltà dell'adempimento: abbiamo già detto che si deve incidere su stati emotivi e su sentimenti in lotta, occorre anche aggiungere che i genitori sono qui sollecitati a trovare modalità di intesa e ragioni di

¹ A. Graziosi: Profili processuali della L. 54 del 1996 sul cd affidamento condiviso dei figli.

accordo che avevano dato luogo alla crisi matrimoniale proprio perché non erano state raggiunte.

Ma tornando alla individuazione delle controversie che consentono l'applicazione delle sanzioni ex art. 709 ter, va detto che la legge lo prevede "in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento": si tratta di una dizione assai generica, che, se da una parte non può escludere a priori inadempienze di tipo economico, dall'altra riflette ciò che avviene nella realtà.

Ed infatti, nella pratica è assai difficile constatare inadempimenti esclusivamente di natura personale ovvero inadempienze a contenuto puramente patrimoniale: proprio per quel meccanismo psicologico che collega la cura dei figli all'amore che si dà o che se ne riceve, gli inadempimenti o gli atti pregiudizievoli che vengono compiuti hanno contenuto misto o consequenziale, per cui vanno, a mio giudizio, valutati e rimossi in maniera unitaria.

D'altra parte, a farlo, sarà un giudice che ha la competenza ad intervenire, se richiesto, su tutte le condizioni della separazione, sicché sarebbe difficile distinguere se, una volta investito di un problema a contenuto misto, agisca quale giudice della cognizione o quale giudice che irroga soltanto delle sanzioni.

Risulterebbe comunque almeno un provvedimento emesso in tal senso il 7/4/2006 dal G.I. del Tribunale di Modena.²

Non si può escludere, peraltro, che possano esservi dei casi in cui l'inadempimento, ancorché grave, riguardi solo la violazione di obblighi di natura economica: in tal caso l'applicabilità delle sanzioni ex art. 709 ter c.p.c. va esclusa, essendo espressamente prevista la più grave sanzione

² In "Diritto e Giustizia" n. 25/2006 pag. 24.

penale ex art. 570 c.p. che l'art. 3 della L. 54/06 riconnette all'applicabilità dell'art. 12 sexies L. div.

Ciò premesso, è certo che il problema centrale cui l'art. 709 ter c.p.c. vuole fornire una risposta è quello dell'attuazione coattiva dei provvedimenti di affidamento dei minori non a carattere patrimoniale, quali il diritto di visita o comunque, in generale, quello riguardante il mantenimento di rapporti equilibrati con i figli da parte del genitore non affidatario o non collocatario.

Le difficoltà attuative riguardano sia il mancato esercizio di tale potere/dovere per indifferenza o disinteresse del genitore non affidatario o collocatario, che gli ostacoli frapposti al pieno esercizio di tale potestà da parte dell'altro genitore.

La prassi insegna che del disinteresse e dell'indifferenza ci si lamenta solo quando sono congiunte ad inadempienze economiche, mentre gli ostacoli al diritto ad avere pieni e rispettosi rapporti con i figli, normalmente, sono motivo e causa di successive inadempienze economiche.

La giurisprudenza³, nei casi di affidamento in via esclusiva, aveva previsto un vero e proprio obbligo di collaborazione a carico del genitore affidatario il quale era tenuto a sensibilizzare ed educare i figli a superare eventuali resistenze nei confronti dell'altro genitore ai fini di coltivare il rapporto affettivo con esso.

Era altresì considerato "inidoneo" il genitore che escludesse sistematicamente l'altro dalla vita del figlio, deteriorandone anche l'immagine, perché ciò veniva considerato contrario al preminente interesse del minore, ostacolato ad intrattenere relazioni affettive

³ Vedi Cass. pen. Sez. IV, 4 aprile 2003 n. 25899 in "Riv. Pen." 2003, pag. 698; Cass. pen. Sez. VI, 18/11/99 n. 2925 in "Dir. Fam." 2000, pag. 1047.

conformi a principi etici del nostro ordinamento; tale comportamento veniva sanzionato anche se ostacolante i rapporti con la c.d. famiglia allargata (nonni e parenti più stretti) *"ove mantenuti in termini di frequenza e di durata tali da non compromettere la funzione educativa spettante al genitore"*⁴

Il comportamento del cosiddetto "genitore ostacolante" veniva perciò anche penalmente sanzionato ai sensi dell'art. 388 c.p., perché si riteneva che costituisse una vera e propria elusione del provvedimento del giudice.

La più recente giurisprudenza di merito e la dottrina⁵ hanno riconosciuto al genitore non affidatario, completamente emarginato dalla vita del figlio, il diritto al risarcimento di un vero e proprio danno esistenziale, individuandone la causa nei turbamenti, nel dolore, nelle ansie e nell'angoscia derivanti dal mancato rapporto affettivo ed educativo tra di lui ed il figlio.

L'affidamento condiviso vorrebbe dare una risposta anche a questi problemi, ma l'argomento non è oggetto di questa relazione.

Qui si tratta, invece, di capire quanto siano efficaci le sanzioni introdotte dall'art. 709 ter c.p.c. al fine di rimuovere gravi violazioni dei doveri genitoriali pregiudizievoli per i figli.

Le sanzioni previste sono:

1. Ammonizione del genitore inadempiente;
2. Condanna al risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;

⁴ Cass. 24 febbraio 1981, n. II 15, in "Foro it.", 1982, I, p. 1144. Così Tribunale per i Minorenni di Torino, 6 febbraio 1982, in "[Giur.it](#)", 1983, I, 2, p. 508;

⁵ P. Cendon e G. Sebastio: "La responsabilità civile fra marito e moglie", in "Persona e danno" a cura di P. cendon, III, 2004, p. 2816; Trib. Monza 8/7/04 n. 2994, in Altalex, 9/12/04; Trib. Roma, 13/6/2001, in "il diritto di famiglia e delle persone", 2001, p. 209

3. Condanna al risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro genitore;
4. Condanna del genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro ad un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende

Quanto alla sanzione dell'**ammonizione** ritengo illusorio credere che l'ammonizione del giudice possa risolvere un conflitto radicato su risalenti deterioramenti di rapporti che hanno cagionato **gravi** inadempienze, comportando pregiudizi, e quindi danni già in atto per i minori.

Se fosse così, ben venga! A meno che l'ammonizione, una volta data, non influisca sul processo prima probatorio e poi decisionale, comportando l'aggravamento delle condizioni da stabilirsi a carico del genitore ammonito...

Le sanzioni **risarcitorie**, a favore sia del figlio che dell'altro genitore, mi appaiono decisamente più pertinenti, anche se mi sembra difficile ipotizzarne il loro adempimento, a meno che non ci si trovi di fronte ad un genitore abbiente e non elusivo (sono noti gli strumenti utilizzati dai genitori obbligati al mantenimento per apparire privi di reddito e di patrimonio, e quindi, neppure esecutabili).

Bisogna anche tener conto che ci si trova davanti ad una persona già inadempiente, per cui ... inadempienza più, inadempienza meno!

Decisamente inefficace, ai fini che qui interessano, mi appare la **condanna al pagamento di somma a favore della Cassa delle ammende**, sia perché, come si è ampiamente detto, si tratta spesso di sanzionare anche un inadempimento economico, e appare quindi scarsamente rieducativa ed emendante la condanna al pagamento di una somma a favore dello Stato a carico di una persona che non sente neppure il dovere di adempiere nei confronti di bisogni primari dei propri figli.

Anche qui bisogna tenere presente che, nella maggioranza dei casi, il giudice della separazione è chiamato a dividere della povertà, sulla quale il pagamento di una sanzione amministrativa influisce pesantemente, togliendo risorse a chi ne ha veramente necessità per vivere.

Una tale condanna potrebbe punire gli arroganti, purché però fosse anche efficiente la macchina esecutiva della giustizia, e su questo problema si potrebbero aprire altri capitoli...

In conclusione, a meno che non sia visto ed utilizzato come strumento dinamico per continui aggiustamenti di disciplina - e qui non mi soffermo sulla pazienza del giudice che procede - l'art. 709 ter c.p.c., con i suoi sistemi sanzionatori, sembrerebbe, al vaglio di una prima e decisamente affrettata valutazione, un'arma assai poco efficace!

dott.ssa M. Cristina FAILLA

(Presidente Sezione Tribunale di Massa)