

Prassi normativa

CONFLITTUALITÀ TRA GENITORI ED OSTACOLI NEL FAVORIRE I RAPPORTI CON I FIGLI NELLA CRISI FAMILIARE: QUALI FORME DI TUTELA?

Nel contesto sociale odierno, in cui i rapporti familiari sono frequentemente in crisi e la conflittualità tra ex coniugi o conviventi è sempre più accesa, si assiste quotidianamente a situazioni di forti scontri, in cui a risentirne maggiormente sono i figli. A seguito dell'introduzione dell'affidamento condiviso, infatti, le controversie tra genitori sono aumentate, ad esclusivo discapito del superiore interesse dei minori a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore.

Di qui, l'esigenza di adottare strumenti giuridici idonei ad impedire comportamenti ostruzionistici rispetto al regolare sviluppo dei rapporti tra genitori e figli, che il nostro ordinamento ha individuato, da un lato nell'irrogazione di sanzioni tali da inibire la reiterazione di inadempimenti, dall'altro nell'applicazione di misure di coercizione indiretta che fungano da deterrente per analoghi comportamenti futuri.

Trattasi sostanzialmente, come vedremo, di misure di natura pecuniaria rispetto alle quali occorre chiedersi se la funzione di tutela loro conferita sia effettivamente assoluta, atteso il peculiare ambito - quello del diritto di famiglia - in cui le stesse sono destinate a trovare applicazione.

I rapporti tra genitori e figli sono stati oggetto di profondo stravolgimento grazie alla **Legge 8 febbraio 2006, n. 54**, con la quale è stata introdotta, quale regola generale, l'affido condiviso dei minori ad entrambi i genitori in caso di crisi familiare, sancendo così (finalmente) il diritto alla bigenitorialità.

L'introduzione dell'affidamento condiviso, se da un lato ha valorizzato la continuità di rapporti di entrambi i genitori con i figli, dall'altro ha inevitabilmente acuito gli scontri tra genitori, più facilmente in disaccordo rispetto alle modalità di collocamento della prole, nonché alla effettiva attuazione dei provvedimenti assunti nel loro interesse.

Tanto è vero che lo stesso legislatore del 2006 ha ravvisato **l'esigenza di introdurre, contestualmente all'affido condiviso, misure per la risoluzione delle controversie inerenti la**

responsabilità genitoriale e quindi la gestione della prole, derivanti proprio da tensioni e conflitti tra i genitori che in un simile contesto erano facilmente prevedibili.

Così, con la legge sopra citata è stato inserito **l'art. 709-ter c.p.c., rubricato proprio "Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze e violazioni"**, diretto a trovare applicazione nella fase patologica dell'attuazione dei provvedimenti assunti nell'interesse della prole che, come detto, costituisce il momento in cui più facilmente insorgono i conflitti.

Il legislatore, più precisamente, ha ritenuto di introdurre con tale disposizione rimedi per la soluzione delle controversie secondo una struttura ascendente, direttamente correlata alla gravità delle stesse, conferendo al giudice in primo luogo il potere di adottare *"provvedimenti opportuni"*

(non meglio specificati) e solo in caso di "gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento", di modificare i provvedimenti già in essere relativi all'affidamento della prole, con previsione - anche congiuntamente - della possibilità di: "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 inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende".

Tale norma, invero, ha suscitato diversi problemi interpretativi ed applicativi, tanto da non trovare presso i Tribunali quell'estesa attuazione sperata, con risvolti inevitabilmente negativi in punto di effettività di tutela.

La principale criticità è dettata dal fatto che la disposizione in commento non individua le "gravi inadempienze" e gli "atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento" in presenza dei quali il giudice può adottare le misure sanzionatorie ivi previste, né tantomeno i "provvedimenti opportuni", preordinati a sanzionare comportamenti meno gravi.

Ciò ha reso assai arduo individuare in quali situazioni è possibile ricorrere ai rimedi previsti dalla norma in commento. Il ventaglio di comportamenti riconducibili alle inadempienze sopra citate è difatti amplissimo, e dottrina e giurisprudenza non sono sempre concordi nel farvi ricomprendere gli uni o gli altri comportamenti.

La rimessione poi alla valutazione discrezionale del giudice dei comportamenti concretamente rilevanti ha comportato un'eterogenea attuazione dei meccanismi sanzionatori in esame, in funzione della valutazione che ciascun giudice è chiamato ad effettuare in base a proprie personalissime considerazioni circa la reale portata ostruzionistica di un certo comportamento e l'opportunità o meno di adottare le forme di tutela previste dalla norma.

L'unico aspetto che ad oggi pare pacifico è che il legislatore ha inteso prevedere delle **misure dirette a rendere effettiva l'ottemperanza ai provvedimenti assunti in punto di affidamento dei figli**, attraverso l'attribuzione al giudice del potere di modificare gli stessi ovvero di

adottare i rimedi ritenuti più opportuni, al fine di contrastare la condotta del genitore che ostacoli il pieno rispetto degli stessi, in grave pregiudizio dell'interesse dei minori. Secondo tale interpretazione, accolta anche in giurisprudenza, **presupposto indefettibile per l'applicazione di tale norma è dunque l'esistenza di un provvedimento giudiziale che già statuisca in merito alle condizioni di affido e di mantenimento dei figli.**

La norma in commento pare destinata così ad attribuire al giudice un potere sanzionatorio esercitabile mediante l'irrogazione di sanzioni, appunto, che fungano da deterrente per ulteriori futuri inadempimenti o violazioni dello stesso tipo.

Se la funzione sanzionatoria è pacificamente ravvisata nelle misure dell'ammonimento e della condanna al pagamento di una sanzione amministrativa in favore della Cassa delle ammende - in quanto chiaramente dirette a far sì che il genitore inadempiente si astenga dal reiterare le condotte costituenti "inadempienze o violazioni" - non così può dirsi con riferimento alla misura del risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro genitore e/o del minore.

Secondo la prevalente dottrina tale misura rientra nel novero dei cosiddetti *punitive damages* (i.e. danni punitivi) aventi natura eminentemente sanzionatoria.

Questo istituto, invero, è stato per lungo tempo ritenuto incompatibile con il nostro ordinamento interno, soprattutto dalla giurisprudenza che ne ha sempre negato l'applicazione, sul rilievo che il risarcimento del danno deve essere commisurato al pregiudizio effettivamente subito, essendo lo stesso un concetto del tutto estraneo a quello proprio della sanzione.

Sulla scorta di tale orientamento, dunque, le misure "risarcitorie" in questione hanno trovato scarsa applicazione, con conseguenti inevitabili risvolti negativi in punto di effettività di tutela, atteso che simili sanzioni sono anche quelle più incisive, che meglio assolvono alla funzione deterrente per la quale il legislatore ha inteso introdurre la norma in esame, il cui ambito applicativo è stato così per lungo tempo circoscritto alla sola misura dell'ammonimento.

Solo a seguito della pronuncia della Suprema Corte n. 7613/2015, che ha per la prima volta sancito la possibilità di ricondurre allo strumento del risarcimento del danno anche "fini con esso eterogenee, quali la deterrenza o prevenzione gene-

rale dei fatti illeciti e la sanzione”, sono intervenute le prime importanti pronunce che riconoscono il risarcimento del danno ex art. 709-ter c.p.c.. In particolare, si segnalano quelle rese dal **Tribunale di Roma**, rispettivamente **n. 576/2016 e n. 18799/2016**, con le quali i giudici hanno condannato al risarcimento del danno - liquidato, in via equitativa, rispettivamente in euro 20.000,00 ed in euro 30.000,00 - il genitore che con i suoi comportamenti ha ostacolato i rapporti del figlio con l’altro genitore, in violazione del diritto alla bigenitorialità.

Più precisamente, il Tribunale di Roma, con la sentenza n. 576/2016, ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno “in conseguenza di comportamenti chiaramente diretti ad impedire all’altro genitore di vedere i figli o indirettamente volti a creare un astio ed un’ostilità con subdoli sistemi di condizionamento psichico del minore”, commisurando il danno “alla perdita dell’affetto in conseguenza dell’atteggiamento mentale posto in essere dal genitore affidatario”.

Ancora più incisiva è la sentenza n. 18799/2016, di poco successiva, con cui il Tribunale di Roma ha ritenuto applicabile il meccanismo sanzionatorio di cui all’art. 709-ter c.p.c., comminando - oltre all’ammonimento - la sanzione del risarcimento del danno, in ragione della “condotta volta ad ostacolare il funzionamento dell’affido condiviso con gli atteggiamenti sminuanti e denigratori della figura paterna tali da aver indirettamente indotto a disattendere il calendario degli incontri con il padre”, liquidandolo “in relazione alle sue capacità economiche ed al protrarsi dell’inadempimento”.

Stabilito, dunque, l’ambito applicativo della norma in commento, occorre verificare se la stessa sia realmente in grado di fornire effettiva tutela.

Posto che lo strumento sanzionatorio di cui si discute è stato introdotto al fine di risolvere le controversie genitoriali a tutela dell’interesse primario del minore e del diritto alla bigenitorialità, non pare che tale strumento sia del tutto idoneo a ridurre il contenzioso tra i genitori per i casi in cui sorgano tra loro conflitti in ordine all’esercizio della responsabilità genitoriale od alle modalità di affidamento dei figli.

Ciò per la semplice ragione che le misure previste a tal fine - ancorché costituiscano un valido strumento per disincentivare la reiterazione di comportamenti pregiudizievoli per il minore - trovano applicazione solo una volta che l’inadempimento

o la violazione si sono già verificati, con ciò non assolvendo appieno alla funzione coercitiva, volta a far rispettare i provvedimenti precedentemente assunti dal giudice (o concordemente tra le parti). L’irrogazione di una sanzione *ex post*, infatti, può assurgere a mero rimedio, con utilità assai limitata, atteso che l’interesse primario dei minori è già stato leso e difficilmente può essere riparato attraverso un semplice ammonimento ovvero un ristoro di natura pecuniaria.

In tale scenario, assume particolare rilievo - non tanto per la sua natura, quanto piuttosto per la sua forza dissuasiva - lo **strumento previsto dall’art. 614-bis c.p.c., introdotto con la legge n. 69/2009, al fine di rendere effettivo l’adempimento degli obblighi infungibili**, ossia quegli obblighi a cui non può essere data attuazione in forma specifica e che coincidono in linea di massima con tutti i provvedimenti diversi dal pagamento di una somma di denaro. Più precisamente, la norma testé menzionata prevede una misura accessoria al provvedimento di condanna principale, consistente nel pagamento di una somma di denaro *“per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento”*. Tale istituto si sostanzia, dunque, in una misura coercitiva indiretta preordinata ad incentivare l’adempimento spontaneo ed immediato ovvero a scoraggiare il protrarsi dell’inosservanza attraverso la “minaccia” dell’irrogazione di una sanzione pecuniaria.

Così come è avvenuto per le misure “risarcitorie” previste dall’art. 709-ter c.p.c., tale istituto non ha trovato larga applicazione, nonostante sia in dottrina che in giurisprudenza non vi sia alcun dubbio circa la sua applicabilità alle statuizioni concernenti l’affidamento dei minori, trattandosi pacificamente di obbligazioni a carattere infungibile.

La ragione principale deve rinvenirsi nel fatto che l’imposizione di misure patrimoniali in ambito familiare non sempre risulta utile, ma anzi addirittura dannosa, in quanto ben potrebbe causare l’acuirsi degli scontri genitoriali con risultati opposti rispetto a quelli voluti dal legislatore, ossia di rendere effettivo il superiore interesse della prole a sviluppare e mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori.

Del resto, in situazioni di conflitto genitoriale in cui occorre intervenire a tutela dei minori, onde impedire il protrarsi di situazioni pregiudizievoli per gli stessi, non possono che utilizzarsi gli stru-

menti che l'ordinamento mette a disposizione, anche se non pienamente conformi alle dinamiche proprie del diritto di famiglia.

E così ha fatto il **Tribunale di Milano** che, con il recente **decreto di data 7 gennaio 2018**, ha adottato - cumulativamente - i provvedimenti di cui agli artt. 709-ter c.p.c. e 614-bis c.p.c. nei confronti della madre che con i suoi comportamenti ostruzionistici ostacolava i rapporti tra padre e figlio. Tale pronuncia appare di particolare rilievo in quanto, in ragione della gravità dei comportamenti del genitore ostacolante, i giudici milanesi hanno ritenuto di adottare - *ex officio* - sia le misure sanzionatorie previste dall'art. 709-ter c.p.c., sia quelle coercitive indirette di cui all'art. 614-bis c.p.c., riconoscendo in tal modo nuovo spazio applicativo ai suddetti rimedi che - come già più volte detto - hanno faticato a trovare attuazione.

Più precisamente, il Tribunale ha affermato che *"a fronte del permanere degli atteggiamenti ostativi ed ostacolanti [...] deve procedersi all'ammonimento della resistente invitandola a cessare immediatamente ogni condotta pregiudizievole ed ostativa [rectius, ostativa] connessa alla frapposizione dei descritti ostacoli nella frequentazione tra padre e figlio"*, ritenendo altresì che **"quale ulteriore "sanzione punitiva" che possa fungere da deterrente ai comportamenti ostativi ed ostacolanti la frequentazione tra padre e figlio e il legittimo esercizio del diritto di visita paterno deve prevedersi, ex art. 614 c.p.c., che la resistente sia condannata a corrispondere al resistente la somma di euro 30,00 per ogni volta in cui il minore sia costretto a passare dall'abitazione materna per recuperare il materiale necessario per la scuola ovvero per l'attività sportiva e che sia altresì condannata al pagamento della somma di euro 50,00 ogni volta in cui [...] non sia consentito al padre di frequentare il minore nella giornata (con pernottamento) del mercoledì"**.

Vero è che l'irrogazione di simili sanzioni non è probabilmente il rimedio più opportuno da adottare per la soluzione di conflitti in cui sono coinvolti gli interessi dei figli, ma non può negarsi che i provvedimenti di natura pecuniaria sono quelli maggiormente efficaci, in quanto colpiscono la sfera più tangibile (quella economica) del soggetto cui sono comminati, il quale è in tal modo maggiormente incentivato ad adempiere ai propri obblighi.

L'auspicio - in quest'ottica - è quello che le misure sanzionatorie-punitive qui esaminate possano in futuro trovare sempre maggior applicazione nella giurisprudenza di merito, anche su sollecitazione di parte, onde effettivamente assolvere alla funzione deterrente loro propria, cosicché vi sia sempre maggior rispetto dei provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e, contestualmente, una maggiore riduzione del contenzioso genitoriale, a tutto vantaggio della prole.

ULTERIORI INFORMAZIONI SU QUESTO ARGOMENTO O SU FATTISPECIE CORRELATE POSSONO ESSERE RICHIESTE A:

avv. Selene Sontacchi
+39 0461 23100 – 260200 - 261977
ss@slm.tn.it

DISCLAIMER

Le Newsletter di SLM rappresentano uno strumento di informazione gratuito a disposizione di tutti coloro che siano interessati a riceverle (newsletter@slm.tn.it). Le Newsletter di SLM non possono in alcun caso essere considerate pareri legali, né possono essere ritenute idonee a risolvere casi specifici in assenza di una preventiva valutazione della fattispecie concreta da parte di un legale.

INFORMATIVA EX ART. 13 del D. LGS. 196/2003 (Codice Privacy) E DA ART. 12 A 22 del REGOLAMENTO UE 679/2016 (Regolamento)

Le Newsletter di SLM sono inviate esclusivamente a soggetti ("interessati") che hanno liberamente fornito i propri dati personali in ragione di rapporti professionali intercorsi con SLM, o in occasione di convegni, seminari, master (o eventi di altro genere), o all'atto della navigazione e/o registrazione in questo sito web e/o attraverso messaggi di posta elettronica, per la finalità di ottenere aggiornamenti giuridici ed informazioni sull'attività di SLM.

I dati usati per l'invio delle newsletter si limitano all'indirizzo email dell'interessato e ad eventuali dati anagrafici (nome e cognome, denominazione e ragione sociale, sede/residenza o domicilio) e di reperibilità, forniti dall'interessato stesso o raccolti da SLM presso pubblici registri o elenchi (es. professionali) e/o su pagine internet.

Il trattamento dei dati avverrà in modo idoneo a garantire la sicurezza e la riservatezza e potrà essere effettuato con modalità cartacee o mediante strumenti elettronici o comunque automatizzati, informatici, manuali e secondo logiche comunque finalizzate a far sì che i dati siano trattati in modo sicuro (per prevenire la perdita di dati, usi illeciti o non corretti ed accessi non autorizzati), siano sempre integri e disponibili e vengano trattati nel rispetto dei principi di cui al Regolamento UE 679/2016 e per le sole finalità previste. Specifiche misure di sicurezza sono osservate per prevenire la perdita dei dati, usi illeciti o non corretti ed accessi non autorizzati.

Il trattamento ha luogo presso la sede del Titolare ed i dati sono trattati, per le finalità sopra indicate, da personale, dipendenti e collaboratori di SLM, da quest'ultimo incaricato e/o nominato responsabile del trattamento e non a terzi. I dati non sono soggetti a diffusione.

I dati possono essere comunicati e trattati da imprese e consulenti di SLM - e/o dai loro incaricati - per la progettazione e/o la manutenzione della parte tecnologica del Sito e per lo svolgimento di attività strumentali, di supporto o funzionali all'esecuzione dei contratti o servizi richiesti dall'Interessato. In ogni caso, tali soggetti tratteranno e comunicheranno a ulteriori terzi i dati in veste di "titolari" autonomi o di "responsabili" del trattamento in base alle direttive del Titolare, anche in materia di sicurezza, per le finalità sopra indicate.

I dati potranno essere trasferiti verso Paesi dell'Unione Europea e verso Paesi Extra UE esclusivamente nell'ambito delle finalità sopra indicate (il trasferimento dei dati nel Paese Terzo avverrà nel rispetto del Regolamento e quindi sulla base di una decisione della Commissione Europea di adeguatezza del livello di protezione dei dati personali garantito dal Paese terzo - ad esempio sulla base della decisione 1250/2016 EU-USA - o sulla base di garanzie adeguate - costituite da accordi ad hoc tra SLM e il terzo fornitore -, ovvero, in mancanza, sulla base del consenso dell'Interessato).

Il conferimento dei dati è facoltativo ed il rifiuto di fornire i medesimi ed il consenso comporta soltanto l'impossibilità di ottenere i servizi di SLM ed in particolare il servizio di invio di newsletter.

L'interessato ha i diritti di cui agli artt. 7 e ss. del Codice e artt. 12 e ss del Regolamento. In particolare, l'interessato ha diritto di ottenere la conferma dell'esistenza o meno dei dati che lo riguardano e di conoscerne l'origine, le finalità e modalità di trattamento, nonché la logica applicata in caso di tratta-

mento con ausilio di mezzi elettronici, di chiedere al titolare del trattamento (e quindi a ciascun contitolare) l'accesso ai dati e la rettifica o la cancellazione degli stessi o la limitazione del trattamento o di opporsi al loro trattamento, oltre ad avere diritto alla portabilità dei dati elettronici che siano soggetti a trattamenti automatizzati. Inoltre, ha diritto a proporre reclamo a un'autorità di controllo.

Nei casi in cui la base giuridica del trattamento sia il consenso - invio di comunicazioni elettroniche (inerenti l'attività svolta da SLM e/o novità giurisprudenziali e/o normative), trasferimento di dati in Paesi extra UE in mancanza di decisione di adeguatezza o di garanzie adeguate - l'Interessato ha diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca.

La durata del trattamento perdurerà a tempo indeterminato fino a quando sarà attivo il servizio o l'interessato non revochi validamente il consenso se precedentemente prestato, oppure fino a quando l'interessato non comunichi l'opposizione all'ulteriore trattamento per finalità di invio newsletter.

Il titolare del trattamento è Studio Legale Marchionni & Associati (SLM), con sede in Trento, Viale San Francesco d'Assisi n. 8 e con sedi secondarie in Cles, Piazza Granda 44 ed in Vestone, via G. Marconi 4. Contitolari del trattamento sono i singoli soci dello studio: avv.ti Fabrizio Marchionni, Rosanna Visintainer, Stefano Grassi, Ettore Bertò, Giorgia Martinelli, Selene Sontacchi, Marco Pegoraro. I trattamenti dei dati connessi al servizio Newsletter hanno luogo presso la predetta sede (salvo i casi in cui debbano essere trattati presso le sedi ed i server dei responsabili esterni per la gestione tecnologica del sito o per l'invio delle newsletters via posta elettronica, come sopra indicato).

Base giuridica del trattamento per la finalità sopra indicata è il consenso; peraltro il considerando 47 del Regolamento indica che un interesse legittimo del titolare, idoneo a costituire una valida base giuridica del trattamento dei dati personali, può essere costituito dalla finalità marketing diretto. Cionondimeno, chi avesse ricevuto o ricevesse le Newsletter di SLM per errore oppure desiderasse non ricevere più comunicazioni di questo tipo in futuro o comunque intendesse revocare il consenso prestato al trattamento può comunicarlo in ogni momento inviando una email agli indirizzi segreteria@slm.tn.it e/o rv@slm.tn.it oppure cliccando il tasto "annulla iscrizione" posto in calce a ciascuna newsletter.

Per qualsivoglia ulteriore informazione e/o richiesta e/o per l'esercizio dei propri diritti, l'Interessato può rivolgersi al titolare agli indirizzi e-mail sopra indicati oppure all'indirizzo della sede del titolare in Trento, Viale San Francesco d'Assisi, 8, CAP 38122.

Per maggiori informazioni su **privacy and cookies policy** si veda anche in calce a ciascuna pagina del sito SLM (<http://slm.tn.it/user/privacy>)