

IL PRINCIPIO DI BIGENITORIALITÀ TRA SANZIONI E  
RIMEDI NELLA RIFORMA DEL PROCESSO DELLA FAMIGLIA

*THE PRINCIPLE OF BIGENITORIALITY BETWEEN SANCTIONS  
AND REMEDIES IN THE REFORM OF THE FAMILY PROCESS*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 384-409*



Antonina  
ASTONE

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

**RESUMEN:** A partire dalla legge sull'affido condiviso, l.54/2006, sono state introdotti una serie di strumenti per garantire effettività al diritto alla bigenitorialità. In tale ambito si inseriscono il risarcimento di cui all'art.709-ter c.p.c nonché l'*astreinte*, recata dall'art. 614-bis c.p.c. Ma sull'efficacia di tali rimedi, sin dalla loro emanazione, hanno pesato consistenti dubbi in quanto, quando la lesione del diritto del minore alla bigenitorialità, è già intervenuta, i danni sul suo armonico sviluppo sono, spesso, irreversibili. La necessità di una riforma del sistema ha trovato concretizzazione con la l.206/2021 che, al suo interno, prevede diverse soluzioni tra cui il rimedio, che appare più efficace, è il rafforzamento della figura del curatore speciale.

**PALABRAS CLAVE:** Minore; affido condiviso; risarcimento; curatore speciale.

**ABSTRACT:** *Starting with the shared custody law, Law 54/2006, various tools have been introduced to ensure the effectiveness of the right to two-parenting. This includes the compensation referred to in Article 709-ter of the Italian Criminal Code as well as the *astreinte*, referred to in art. 614-bis c.p.c. But consistent doubts have weighed on the effectiveness of these remedies, since their issue, since, when the infringement of the child's right to dual parenthood has already occurred, the damage to its harmonious development is often irreversible. The need for a reform of the system has been concretized with the law 206/2021 which, internally, provides for various solutions including the remedy, which appears more effective, is the strengthening of the figure of the special curator.*

**KEY WORDS:** *Minor; shared custody; compensation; special curator.*

SUMARIO.- I. L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI BIGENITORIALITÀ A PARTIRE DALLA LEGGE SULL'AFFIDO CONDIVISO.- II. I RIMEDI PER GARANTIRE L'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO DEL MINORE A CRESCERE CON ENTRAMBI I GENITORI.- III. IL RISARCIMENTO EX ART. 709 TER C.P.C. SULLO SFONDO DELLA POLIFUNZIONALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE.- IV. LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA LEGGE DI DELEGA 206/2021.

## I. L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI BIGENITORIALITÀ A PARTIRE DALLA LEGGE SULL'AFFIDO CONDIVISO.

L'interesse del minore reclama una tutela più intensa quando l'atmosfera familiare diventa meno protettiva e più fragile a causa della dissoluzione del rapporto tra i genitori. In questo contesto emerge il bisogno ma, soprattutto il diritto, espressamente riconosciuto, dei figli di mantenere rapporti significativi e regolari con entrambi i genitori, nonché con gli ascendenti ed i parenti di ciascuno dei genitori<sup>1</sup>.

Il c.d. principio di bigenitorialità<sup>2</sup> si è consolidato nel tempo al fine di dare risposta a questo bisogno, a partire dal quadro disegnato dalla legge sull'affido condiviso,<sup>3</sup> il cui ambito applicativo si estende, come è noto, oltre che alle ipotesi di separazione, di divorzio e di nullità del matrimonio, anche a quelle di cessazione della convivenza sembrando allargare, ora, il suo perimetro anche alle coppie same-sex attraverso il riconoscimento, sempre più robusto, della c.d. genitorialità sociale<sup>4</sup>.

- 1 Sul punto, a seguito della riforma della filiazione di cui al D. Lgs, 28 dicembre 2013 n. 154 recante *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, ai sensi dell'art. 2, l. 10 dicembre 2012, N. 219* ed., in particolare, sull'art. 337 ter c.c., SIRENA, P.: "Il diritto dei figlio minorenni di crescere in famiglia", in AA.VV.: *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. BIANCA), Cedam, Padova, 2015, p. 125 ss.; MORACE PINELLI, A.: "I provvedimenti riguardo ai figli (art. 337-ter. c.c.): le principali modifiche apportate dalla riforma" *ibidem*, p. 177 ss..
- 2 Il principio di bigenitorialità è sancito, a partire dalla *Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo* all'art. 9, par. 3 ed anche nel progetto, poi naufragato, di Costituzione europea, nell'art. II-84, comma 3, si riconosceva il "diritto soggettivo del minore ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse". In giurisprudenza, su tale principio, da ultimo, Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2022 ord. 4796.
- 3 Sulla l. 8 febbraio 2006 n. 54: PATTI, S.: "L'affidamento condiviso dei figli", *Famiglia, Persone e Successioni*, 2006, p. 300 ss.; BIANCA, C.M.: "La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni", *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 676 ss.; GIACOBBE, G.: "Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio", *ibidem*, 2006, p. 707; in chiave comparata cfr. ZAMBRANO, V.: "Interesse del minore ed affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto", *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 1385 ss..
- 4 In proposito cfr. Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 22 ottobre 2016: a richiedere l'intervento dei Giudici della Consulta il Tribunale di Palermo che, con decreto del 13 aprile 2015, ha emesso un'ordinanza di rimessione, per ottenere una sentenza additiva, che estendesse la possibilità del minore di mantenere rapporti significativi anche con l'ex partner same sex del genitore biologico, ai sensi dell'art. 337 ter c.c.. La Corte costituzionale ha mantenuto fermo l'impianto normativo, non perché l'interesse reclamato non trovasse tutela costituzionale, ma in quanto ha ritenuto insussistente il "vuoto normativo" posto a base della questione: l'esigenza, alla cui luce la stessa era stata sollevata, trovava, infatti,

• Antonina Astone

Professore associato di Diritto privato nell'Università di Messina. E-mail: [antonina.astone@unime.it](mailto:antonina.astone@unime.it)

Come è noto, nel ribaltare la previgente disciplina, l'affido esclusivo, è configurato come istituto eccezionale<sup>5</sup> che il giudice, può disporre, con provvedimento motivato, qualora ritenga che il rapporto con l'altro sia contrario all'interesse del minore. Il legislatore ha, in tal modo, recepito un sentimento radicato e diffuso nella società che considerava l'affidamento esclusivo estremamente penalizzante: infatti, anche se non interrompeva del tutto il rapporto con il genitore non affidatario comportava, comunque, il rischio di una larga esclusione di quest'ultimo dalla vita del figlio.

In particolare, diverse, in questo ambito, le pronunzie in merito alla controversa nozione della c.d. sindrome da alienazione parentale<sup>6</sup>, espressione di un uso distorto dell'ufficio di genitore, ancorata all'idea del figlio inteso come "proprietà" esclusiva. Appare superfluo considerare, come è stata invece costretta a fare la Suprema corte, che il genitore che instaura con il figlio "un legame simbiotico e patologico", tale da escludere l'altro genitore o gli ascendenti, pone in essere un comportamento che può incidere negativamente sull'equilibrato sviluppo psico-fisico del minore<sup>7</sup>. In proposito, sempre la giurisprudenza di legittimità<sup>8</sup>, ha chiarito che "la valutazione dell'idoneità genitoriale, deve avere ad oggetto anche la capacità di preservare una continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, in quanto

---

secondo la Corte, adeguata risposta nella previsione contenuta nell'art. 333 c.c., norma che tutelerebbe anche l'arbitraria ed ingiustificata interruzione dei rapporti tra genitore sociale e minore, consentendo al giudice di adottare i provvedimenti più convenienti, qualora il genitore biologico assuma comportamenti pregiudizievoli per lo sviluppo del bambino. In merito v. CAMARDI, C.: "Diritti fondamentali e status della persona", *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 37.

- 5 Da ultimo Trib. Torre Annunziata, 27 maggio 2022 n. 1247 sottolinea come l'affido esclusivo rappresenta una deroga eccezionale al principio di bigenitorialità: perché venga deciso l'affidamento esclusivo non basta la mera conflittualità fra i genitori ma occorre la prova, in positivo, dell'idoneità di un solo genitore e la prova in negativo dell'inidoneità dell'altro, vale a dire la manifesta carenza o inidoneità educativa dello stesso o, comunque, la presenza di una sua condizione tale da rendere l'affido condiviso, in concreto, pregiudizievole per il minore; in senso conforme App. Torino, 13 gennaio 2021, n. 37; Cass. civ., sez. VI, 19 luglio 2016, n. 14728 secondo cui l'art. 337-*quater* c.c., riguardo l'affido ad un solo genitore, richiede all'interprete un giudizio prognostico in ordine alla capacità del singolo genitore di crescere ed educare il figlio, da esprimersi sulla base di elementi concreti, attinenti alle modalità con cui ciascuno ha svolto il proprio ruolo, con particolare riguardo alla capacità di relazione. Cfr., altresì, Cass. civ., Sez. VI, ord., 4 ottobre 2022, n. 2867, in un caso di affido parzialmente extrafamiliare dei figli, in conseguenza della sospensione dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, per la persistente condotta conflittuale, ha affermato che non costituisce lesione del diritto alla bigenitorialità la previsione di un regime semiresidenziale presso una struttura di accoglienza e presso i genitori per la notte e nel fine settimana, con collocazione della figlia presso la madre e del figlio presso il padre, secondo le volontà manifestata dai minori.
- 6 L'espressione Sindrome di alienazione parentale si deve agli studi dello psichiatra GARDNER, R.: "Recent trends, in divorce and custody litigation", *Academy Forum*, n. 29, 1985, p. 3 ss.; sull'inquadramento di questo disturbo, tra le patologie riconosciute dalla scienza medica tuttavia, esistono una serie di dubbi e, per una sintesi delle diverse opinioni cfr., in dottrina, CASONATO, M.: "Una situazione patologica controversa: l'alienazione parentale neo conflitti familiari", *Fam. dir.*, 2015, p. 735 ss.; in giurisprudenza, in senso critico, si rinvia a Cass. civ., sez. I, 24 marzo 2022, ord. n. 286: "Il richiamo alla sindrome d'alienazione parentale non può dirsi legittimo, costituendo il fondamento pseudoscientifico di provvedimenti gravemente incisivi sulla vita dei minori".
- 7 Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2019 n. 13274, [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it): la Suprema Corte ha sottolineato, altresì, come l'affido esclusivo di un minore a un genitore non può essere basato soltanto su una diagnosi di sindrome di alienazione parentale, in quanto ogni fattispecie esaminata richiede un'attenta analisi da parte degli interpreti.
- 8 Cass. Civ., sez. I, 8 aprile 2019, n. 9764, [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

è solo tramite queste relazioni che si può garantire il diritto del figlio ad una crescita serena e armoniosa". Ne consegue che il giudice ha l'obbligo, attraverso i comuni mezzi di prova, ivi compreso "l'ascolto del minore, ed anche mediante il ricorso alle presunzioni, di accertare se vi sono comportamenti di un genitore che, in quanto ostile all'altro, impediscano un sano ed equilibrato rapporto".

Invero, il diritto alla bigenitorialità non è destinato a rimanere una mera petizione di principio ma costituisce un valore cui deve essere garantita effettività<sup>9</sup>. Su tali aspetti, un rilievo significativo assumono alcune decisioni della Corte di Strasburgo con le quali è stata riscontrata la violazione dell'art. 8 CEDU, in tutti quei casi in cui le autorità giudiziarie hanno emanato misure del tutto "automatiche e stereotipate", inidonee a garantire il diritto al minore a mantenere rapporti significativi con entrambe le figure genitoriali<sup>10</sup>. Secondo la Corte di Strasburgo i provvedimenti giudiziari devono assicurare interventi che tengano conto della specificità della singola fattispecie. La tutela dei rapporti familiari ed affettivi, per essere concreta, va effettuata attivando "strumenti di intervento che tutelino sia il genitore non collocatario che la prole, in modo da assicurare loro il mantenimento di relazioni costanti nel tempo, anche in quei casi in cui uno dei due genitori, in genere quello con cui convivono, ostacoli tali rapporti. La risposta del sistema giudiziario deve essere efficiente, soprattutto nell'interesse della prole che, per un armonico sviluppo psico-fisico, ha bisogno di relazionarsi, in maniera equilibrata, con entrambe le figure genitoriali". Il passare del tempo, senza che il rapporto affettivo da tutelare possa esprimersi liberamente determina, sottolineano i giudici di Strasburgo, il consolidarsi di "situazioni familiari disfunzionali", che possono provocare ricadute negative sui figli<sup>11</sup>.

Sebbene con gli inevitabili limiti, l'affido condiviso ha tentato di dare una risposta concreta ai diversi interessi in gioco fra cui quelli dei genitori separati, che subivano, di fatto, l'atteggiamento spesso ostruzionistico tenuto dall'altro diretto ad impedire loro di coltivare un rapporto significativo con i figli ma, evidentemente, non è stato

9 In generale, VETTORI, G.: "Principio di effettività delle tutele (dir. civ)" (voce), Enc. dir., ann., X, Giuffrè, Milano, 2017.

10 Corte EDU, 9 febbraio 2017, ric. n. 76171/13, Solarino c. Italia; Corte EDU, 23 marzo 2017, ric. n. 71660/14, Endrizzi c. Italia; Corte EDU, 15 settembre 2016, ric. n. 43299/12, Giorgioni c. Italia.

11 Corte EDU, 7 ottobre 2021, ric. n. 29786/19 T. M. c. Italia: il ricorso riguardava l'impossibilità per il ricorrente di esercitare il suo diritto di visita secondo le statuizioni giudiziarie. La Corte ricorda che gli obblighi positivi non implicano solo che le Autorità competenti vigilino affinché il minore possa ricongiungersi al genitore o avere un contatto con lui, ma comprendono anche tutte le misure propedeutiche che consentono di giungere a tale risultato. Precisa, inoltre, come nell'adozione di una decisione riguardante i diritti sanciti dall'art. 8 della Convenzione sono necessarie "una diligenza e una rapidità supplementari" in quanto il passare del tempo può avere conseguenze irrimediabili. La Corte sottolinea, infatti, che l'interruzione del contatto con un figlio molto giovane può comportare un peggioramento della sua relazione con il genitore. A tale riguardo si pone in chiave critica rispetto alla decisione adottata dalla Corte di cassazione nella fattispecie esaminata in quanto si sarebbe limitata a "confermare le decisioni volte a sospendere il diritto di visita del ricorrente senza considerare che il percorso di supporto psicologico al quale essa faceva riferimento non era stato ordinato dalle autorità giudiziarie".

sufficiente a garantire il diritto alla bigenitorialità se, nonostante l'introduzione anche una serie di sanzioni, si sono resi necessari ulteriori interventi in materia.

## II. I RIMEDI PER GARANTIRE L'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO DEL MINORE A CRESCERE CON ENTRAMBI I GENITORI.

Assodato che l'interesse del minore si ritiene soddisfatto al meglio attraverso l'affidamento ad entrambi i genitori, che non può essere precluso dalla conflittualità fra loro esistente, sia pure aspra e molto forte, al fine di rafforzare il diritto del minore a preservare rapporti significativi con entrambi i rami genitoriali sono state introdotte, in sede civilistica, strumenti di natura coercitiva.

In tale ambito si inserisce l'art.709<sup>12</sup>-ter c.p.c. che, come è noto, consente al giudice del procedimento in corso o al giudice investito, ex art. 710 c.p.c., delle controversie tra i genitori, relative all'esercizio e alle modalità dell'affidamento, qualora constati l'esistenza di gravi inadempienze “ quanto all'esercizio della responsabilità” o di atti che “ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento o, più in generale, di atti che arrechino pregiudizio al minore<sup>13</sup>”, di modificare i provvedimenti in vigore e disporre oltre che una serie di sanzioni, anche il risarcimento degli eventuali danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore o condannare al risarcimento dei danni uno dei genitori nei confronti dell'altro, ai sensi del comma 2, n. 2 e 3.

12 In particolare, sul risarcimento del danno, previsto ai punti 2 e 3, ci sia consentito il richiamo a ASTONE, A. “L'art. 709-ter c. p. c. un riconoscimento normativo della funzione punitiva della responsabilità?”, in *I danni ingiusti alla persona* (a cura di FORTINO, M.), Cedam, Padova, 2009, p. 317 ss.; FREZZA, G.: “Appunti e spunti sull'art. 709 ter c. p. c.”, *Giust. civ.*, 2009, p. 35 ss.; SESTA, M.: “La violazione della modalità di affidamento e i rimedi di cui all'art. 709-ter c. p. c.”, in *Liber amicorum per D. Henrich, Famiglia e successioni*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 84 ss.; SCIA, F.: “Responsabilità civile e doveri genitoriali: le persistenti problematicità dell'art. 709-ter c. p. c.”, *Pers. e merc.*, 2020, p. 415 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-bis e 709-ter c. p. c. nella riforma del processo della famiglia”, *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 640; CAMILLERI, E.: “I provvedimenti ex art. 709 ter c. p. c., e le novità della legge 26 novembre 2021, n. 206,” in AA.Vv.: *L'udienza presidenziale nel procedimento di separazione e divorzio* (a cura di M.A. ASTONE, G. BASILICO), Giuffrè, Milano, 2022, p. 328 ss..

13 Sul punto v. Corte Cost. 10 luglio 2020 n. 145, chiamata a pronunciarsi sulla presunta indeterminazione della locuzione «atti che comunque arrechino pregiudizio al minore» ha stabilito che è possibile individuare i comportamenti sanzionabili in quelle condotte che, pur non apparentemente “gravi”, abbiano arrecato alla prole un danno, non patrimoniale, accertabile e valutabile secondo gli ordinari criteri. La Consulta richiama, in particolare, la pronuncia della Suprema corte (Cass. civ., sez. I, 27 giugno 2018, n. 16980) che, sul tenore letterale dell'art. 709-ter c. p. c., nella parte in cui attribuisce al giudice la facoltà di applicare una o più tra le misure previste dalla stessa norma nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempienze o di atti “che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolano il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento”, ha precisato che l'uso della congiunzione disgiuntiva 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, anche in mancanza di un pregiudizio in concreto accertato a carico del minore. Sulla decisione SCIA, F.: “Responsabilità civile e doveri genitoriali”, cit., p. 415 ss..

La *ratio* della disposizione appare analoga a quella dei provvedimenti recati dalla legge sugli ordini di protezione contro gli abusi familiari<sup>14</sup>: entrambi muovono dalla consapevolezza delle difficoltà, del sistema previgente, in ordine alle ipotesi di affidamento esclusivo e del fallimento del ricorso ad un'eventuale tutela in sede penale, per le più gravi ipotesi di abusi, rispetto alle condotte pregiudizievoli di cui all'art.333 c.c., perpetrati in ambito familiare rivelatisi, sostanzialmente, inadeguati ad assicurare il migliore interesse del minore. Non è certo un caso se, parallelamente, la giurisprudenza, supportata dalla dottrina, è pervenuta a riconoscere il c.d. danno endofamiliare di cui quello all'art. 709 *ter* c.p.c. costituisce un primo riconoscimento normativo, in quanto diritti, definiti inviolabili, non possono ricevere diversa tutela a seconda che i loro titolari ed il responsabile del danno si trovino collocati o meno all'interno di un contesto familiare<sup>15</sup>.

Vi è da sottolineare, in effetti, che anche sotto il vigore della precedente disciplina sull'affido erano previsti dei rimedi per sopperire ad eventuali "mancanze" dei genitori nei confronti dei figli, che potevano considerarsi strumenti sanzionatori, in senso lato: il giudice infatti poteva, su richiesta, disporre il mutamento delle condizioni di affidamento, per sanzionare il comportamento del genitore affidatario che si era reso inadempiente. Ma questa misura si era rivelata, però, più teorica che pratica e, in considerazione della lungaggine processuale, molto spesso il provvedimento interveniva a distanza di anni dalla richiesta, con la conseguenza che, paradossalmente, il mutamento di affidamento si rivelava contrario all'interesse del figlio. Si rischiava, in sostanza, di infrangere il nuovo e diverso equilibrio cui il minore si era faticosamente adattato.

Successivamente all'emanazione degli strumenti riparatori e sanzionatori, previsti dalla legge sull'affido condiviso, ad *adiuvandum*, è stata innestata, in presenza di violazioni delle statuizioni del giudice in materia, quella che appare un'*astreinte*,

14 In generale CIANCI, A. G.: *Gli ordini di protezione familiare*, Giuffrè, Milano, 2003; segnatamente CESARI, F.: "Le misure contro la violenza nelle relazioni familiari", in *La responsabilità nelle relazioni familiari* (a cura di M. SESTA), Utet, Torino, 2008, p. 697 ss..

15 Tra i primi saggi sul tema si segnala PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984; G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Giuffrè, Milano, 2004; ID.: "Doveri familiari e responsabilità civile", in AA.Vv., *Il nuovo diritto di famiglia, Rapporti personali e patrimoniali* (diretto da G. FERRANDO), Zanichelli, Bologna, II, 2008, p. 84 ss.; ID.: "La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile", in *Trattato della Responsabilità Contrattuale*, (diretto da G. VISINTINI), I, Cedam, Padova, 2009, p. 407 ss.; ID.: "Dei fatti illeciti", in *Codice della famiglia*, (a cura di M. SESTA), Sub. Art. 2043 c.c., Giuffrè, Milano, 2009, p. 2161 ss.; CASSANO, G.: *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale - Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Cedam, Padova, 2006; ID., *La giurisprudenza degli illeciti nel diritto di famiglia*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2007; ID., "In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, c. p. c. ed i danni prettamente "patrimoniali" tra congiunti", *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 501 ss.; PARINI, A.G.: "Violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile. Il danno da break down coniugale", *Ras. dir. civ.*, 2, 2011, p. 487 ss.; CAMILLERI, E.: "I danni endofamiliari", in AA.Vv.: *Persona e diritto* (a cura di R. ALESSI, S. MAZZAMUTO, S. MAZZARESE), Giuffrè, Milano, 2013, p. 223; BASINI, G.F.: "Violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile", in *Trattato diritto di famiglia* (diretto da G. BONILINI) I, II, UTET, Torino, 2016, p. 921 ss..

recata dall'art. 614-bis c.p.c.<sup>16</sup>, una misura di coercizione indiretta costituita dalla condanna al pagamento di una somma di denaro predeterminata "per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento di condanna all'adempimento" di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro che si è aggiunta alla misura risarcitoria prevista dall'art. 709-ter c.p.c.

Si tratta di rimedi che, pur intervenendo entrambi, quando la lesione del diritto del minore a mantenere un equilibrato sviluppo psicofisico, accompagnato dalla presenza dei due genitori si è già verificata, operano su piani non perfettamente coincidenti in quanto l'*astreinte* si pone in un'ottica di prevalente deterrenza rispetto alla previsione risarcitoria, in cui tale finalità sembra inserirsi all'interno di un quadro più composito<sup>17</sup>.

### III. IL RISARCIMENTO EX ART. 709 TER C.P.C. SULLO SFONDO DELLA POLIFUNZIONALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE.

Se sulla natura giuridica della misura ex art. 614-bis c.p.c., non pare che esistano dubbi, quale strumento di coazione indiretta posta in forza della domanda avanzata dal genitore o dal curatore speciale dei minori<sup>18</sup> o, secondo qualche approdo giurisprudenziale dal Tribunale *ex officio*<sup>19</sup> superando, così, il tenore letterale dell'attuale testo che allude solo ad un'istanza di parte, uno dei punti più controversi attiene, da sempre, alla funzione sottesa al previsto risarcimento dei danni. Il problema è se si tratti di un rimedio finalizzato al ristoro della perdita, conseguente alla lesione di un bene intangibile, costituito dalla relazione tra genitore e figlio e, come tale, riconducibile al paradigma della responsabilità, oppure sia

16 Disposizione introdotta nell'ambito della riforma del processo civile, attuata dall'art. 48 della l. 18 giugno 2009, n. 69, e le successive modifiche di cui alla l. 27 giugno 2015, n. 83 e l. 6 agosto 2015, n. 132.: in dottrina, MAZZAMUTO, S.: "L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c. p. c. nella giurisprudenza di merito", *Giur. it.*, 2010, p. 647; SPOTO, G.: "Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari", *Dir. fam. e pers.*, 2010, 910 ss.; AMRAM, D.: "Cumulo dei provvedimenti ex art. 709 ter e 614 bis c. p. c., e adempimento dei doveri genitoriali", *Danno e resp.*, 2012, p. 781. Sul rapporto tra l'art. 709 ter c. p. c. e l'art. 614 bis. c. p. c., VULLO, E.: "Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter c.p.c. e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis c. p. c.", *Fam. e dir.*, 2010, 931 si era espresso in senso contrario al cumulo in quanto la *ratio* dell'introduzione "appare proprio quella di fornire strumenti di tutela esecutiva indiretta laddove questi non esistevano". In giurisprudenza in senso favorevole al cumulo si rinvia a Trib. Milano, sez. IX, 2 maggio 2019, n. 4202.

17 Sul punto v. par. successivo.

18 Trib. Milano, sez. IX, 2 maggio 2019, n. 4202, cit.; Cass. civ., sez. I, ord., 7 settembre 2022, n. 26352.

19 La disposizione è stata applicata nei confronti dei genitori anche nella diversa ipotesi di violazione dell'immagine e della riservatezza dei figli effettuata via *social*: è stata inibita "la diffusione in *social network*, comunque denominati, e nei *mass media* delle immagini, delle informazioni e di ogni dato relativo al figlio e la rimozione di immagini, informazioni, dati relativi al figlio dalla stessa inseriti su *social network*". Lo stesso Tribunale ha determinato, ex art. 614-bis c. p. c., una multa per il genitore, anche sulla scorta dell'art. 96 della legge sul diritto d'autore, l. 633/1941. Sebbene l'art. 614 bis c. p. c. prevede l'istanza di parte, il giudice sulla base dei principi generali, desumibili anche dall'art. 709 ter c. p. c., ha applicato la disposizione anche *ex officio*: Trib. Roma, 11 gennaio 2016 n. 18799; Trib. Roma, ord. 23 dicembre 2017, *Fam. dir.*, 4, 2018, p. 380 ss. Sul punto si rinvia alle novità introdotte dal d. lgs 149/2022 su cui v. ult. par.

assimilabile ad una forma di danno punitivo e, pertanto, presenti la medesima natura sanzionatoria delle altre misure contemplate nella stessa disposizione<sup>20</sup>.

Minoritario l'orientamento favorevole a ritenere che la previsione contenuta nell'art. 709-ter c.p.c., non abbia inteso derogare ai principi posti a fondamento del sistema di responsabilità aquiliana.<sup>21</sup> Si è osservato<sup>22</sup>, in questa prospettiva che, se il legislatore avesse inteso privilegiare la connotazione sanzionatoria, rimarrebbe oscura la ragione della differenziazione tra il risarcimento "nei confronti del minore" e quello "nei confronti dell'altro genitore": la sanzione, infatti, avrebbe trovato collocazione, più plausibilmente, nei rapporti interni ai genitori. La logica risarcitoria, in cui assume rilievo la diversa incidenza della condotta sulla sfera morale ed esistenziale, rispettivamente del minore e dell'altro genitore, dà invece ragione, secondo questa interpretazione, della differenza posta dalla norma tra risarcimento del danno a favore del figlio e quello a favore dell'altro genitore. Quello che è certo è che non mancano le differenze con l'azione ex art. 2043 c.c.<sup>23</sup>: quest'ultima, infatti, riguarda tutti i danni che possono essere connessi al fatto illecito del genitore, mentre, quella ex art.709-ter c.p.c., copre un ambito più circoscritto; più precisamente: sotto il profilo soggettivo, non sono ricompresi e sanzionati gli illeciti tra genitori e figli maggiorenni, sotto il profilo oggettivo, la norma ha riguardo al pregiudizio che il minore abbia a risentire dall'inadempimento delle condizioni previste dal giudice in ordine all'esercizio della responsabilità. Peraltro, si è sottolineato<sup>24</sup>, non potrebbero essere risarciti i danni patrimoniali, essendo la sede di cui all'art. 709-ter c.p.c. "preposta ad altro genere di tutela"; in quest'ottica, all'interno del procedimento ex art.709-ter c.p.c., il danno risentito dal minore, per la privazione della frequentazione di uno dei genitori, sarebbe privo del carattere della patrimonialità<sup>25</sup>. L'obiezione che a tale ragionamento, può essere mossa, sulla base della lettura della norma, è che essa non distingue fra danno patrimoniale e danno non patrimoniale.

20 Tra i primi saggi ad affrontare la problematica: D'ANGELO, A.: "Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c. p. c.", *Famiglia*, 2006, p. 1048.

21 GRECO, A.: "Affido condiviso, (l. 54/2006) e ipotesi di responsabilità civile", *Resp. civ. prev.*, 2006, 1199; FERRANDO, G.: "Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. 54/2006", *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 595 secondo cui l'art. 709-ter c. p. c. lungi dal prevedere alcune ipotesi di responsabilità civile in famiglia caratterizzate da una "speciale" funzione sanzionatoria, si limita a prevedere una speciale sede processuale in cui fare valere tali pretese. Per la funzione riparatoria, v., tra gli altri, Trib. Pavia, 23 ottobre 2009, *Fam. dir.*, 2010, p. 149 ss.; Trib. Roma, 3 settembre 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1327 ss..

22 PALADINI, M.: "Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?", *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2005 ss..

23 Per le differenze di ordine processuale v. GRAZIOSI, A.: "Profili processuali della l. n. 54 del 2006, sul c. d. affidamento condiviso dei figli", *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1883.

24 LUPOI, M.A.: "Aspetti processuali della normativa sull'affido condiviso", *Riv. trim. proc. civ.*, 2006, p. 1093.

25 Sul punto v. Trib. Padova, 3, ottobre, 2008, in *Fam. e dir.*, 6, 2009, con nota di FEROLFI, F. 609 ss. che ha ravvisato nella decurtazione dell'assegno di mantenimento nei confronti del coniuge e del figlio operata, in maniera sistematica, dal coniuge quel requisito della gravità per la condanna al risarcimento del danno, di cui all'art. 709-ter c. p. c., subito dal figlio minore. L'inadempimento degli obblighi disposti in sede di separazione aveva contribuito, in maniera determinante, ad incrementare la conflittualità coniugale con evidenti ricadute negative sulla condizione psicologica del minore. La violazione delle statuizioni giudiziali di ordine patrimoniale viene sanzionata, pertanto, per i riflessi negativi cagionati alla sfera esistenziale del figlio minore.

In tal senso più robusto l'orientamento diretto a riconoscere al rimedio risarcitorio natura essenzialmente sanzionatoria. Si è detto<sup>26</sup> che la *ratio* dei provvedimenti di cui all'art.709-ter c.p.c. sarebbe "sanzionatoria-compulsoria", anche se strutturata in concreto secondo parametri risarcitori. Le misure in esame avrebbero, di fatto, una valenza segnatamente pubblicistica<sup>27</sup>, costituendo una sorta di sanzione connessa alla mancata ottemperanza dei provvedimenti dell'autorità. Lo scopo del legislatore sarebbe quello di fornire una specifica tutela contro i pregiudizi che il genitore ed il minore subiscono a causa degli impedimenti che vengono frapposti allo svolgimento dell'affidamento, secondo le modalità fissate dall'autorità giudiziaria ma, al contempo, quello di sanzionare il genitore per indurlo a desistere dal tenere dei comportamenti ritenuti illegittimi. Secondo questo orientamento, la disposizione detterebbe una norma *ad hoc* in tal senso; diversamente, non si spiegherebbe perché il legislatore ha espressamente previsto anche il risarcimento del danno fra le varie sanzioni: se avesse voluto fare riferimento al più generale istituto della responsabilità aquiliana avrebbe potuto limitarsi anche a dettare una mera formula di chiusura.<sup>28</sup>

Questa tesi troverebbe conferma nei lavori preparatori ove si legge che "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 maggiore e più consolidata ai casi di inadempienza"<sup>29</sup>. A sostegno della natura essenzialmente sanzionatoria del risarcimento introdotto dalla legge sull'affido condiviso, si è addotta, altresì, una motivazione di ordine processuale: l'incompatibilità strutturale del procedimento, ex art. 709-ter c.p.c., con la trattazione di una domanda risarcitoria ordinaria. La natura di giurisdizione volontaria, quale è quella esercitata dall'art. 709-ter c.p.c., mal si concilierebbe con la giurisdizione contenziosa imposta dalla natura della condanna al risarcimento dei danni causati dal genitore.<sup>30</sup>

26 DE FILIPPIS, B.: *Affido condiviso nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova, 2007, p. 231.

27 In tal senso anche Trib. Milano, sez. IX, 2 maggio 2019, n. 4202, ha riconosciuto che "le misure previste dall'art. 709-ter c. p. c. sono rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria e punitiva a garanzia dell'interesse pubblicistico, cui è pur sempre finalizzata la tutela del superiore interesse del minore e vanno applicate *ex officio* da parte del Giudice del conflitto familiare".

28 Sottolinea la non riconducibilità della previsione risarcitoria, di cui all'art. 709-ter c. p. c., all'art. 2043 c.c. altresì Trib. Vallo Lucania, 7, marzo, 2007, in *La resp. civ.*, 2007, p. 472, secondo cui l'art. 709-ter c. p. c. introdurrebbe una sanzione per la "lesione di un'aspettativa legittima inerente alla relazione parentale". In tal senso v. anche Trib. Palermo, 2 novembre, 2007, *La resp. civ.*, 2008, p. 89 e Trib. Napoli, 30 aprile, 2008, *Fam. e dir.*, II, 2008, con nota di G. FACCI, Trib. Milano, 2 maggio 2019, [www.ilFamiliarista.it](http://www.ilFamiliarista.it), 15 novembre 2019.

29 Atti parlamentari, Camera dei deputati, Resoconto sommario e stenografico, sed. 10, marzo, 2005, n. 600, p. 35.

30 Cass. civ., sez. I, 5 marzo 2008, n. 5953, *Fam. e dir.*, 2008, 983: sulla ricorribilità per cassazione: Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2022, ord. n. 1568 che ha affermato come le statuizioni relative alle modalità di affidamento della prole, non sono né definitive, né decisorie e, quindi, non sono ricorribili per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost..

Non è mancato, altresì, chi ha affermato<sup>31</sup> che il danno risarcibile, di cui all'art.709-ter c.p.c., sarebbe sintomatico di un " ritorno di fiamma " rispetto al vecchio "danno morale soggettivo" al quale, non sarebbe estranea una funzione anche sanzionatoria, in senso lato, della condotta lesiva e ciò in ossequio alla sua accezione originaria di *pecunia doloris*; in quest'ottica l'art. 709-ter c.p.c., almeno relativamente al risarcimento dei danni non patrimoniali, costituirebbe una delle ipotesi normativamente previste, cui fa riferimento l'art.2059 c.c. Alcune pronunzie della giurisprudenza di merito hanno definito, espressamente, le ipotesi di risarcimento ex art. 709-ter, comma 2, n.3 c.p.c., una forma di *punitive damages*<sup>32</sup>: la condanna al risarcimento del danno non sarebbe " diretta a compensare ma a punire al fine di dissuadere".

Le incertezze sulla effettiva natura del provvedimento risarcitorio, di cui all'art.709-ter c.p.c., sembrano riecheggiare quegli stessi dubbi che aveva suscitato l'ambigua nozione di indennità, prevista per i casi di nullità del matrimonio imputabile ad uno degli sposi, ex art.129-bis c.c..<sup>33</sup> Non è mancato, peraltro, anche in questo caso, l'accostamento alla pena privata<sup>34</sup> ma, per lo più, si tende a classificare tale sanzione come un'ipotesi di "responsabilità civile speciale",<sup>35</sup> che non può escludere l'applicazione della norma generale di cui all'art. 2043 c.c., qualora ne ricorrano tutti i presupposti, ivi compresa la prova del danno.<sup>36</sup>

Analoga soluzione di sintesi sembra prospettarsi anche per il peculiare risarcimento del danno previsto dalla legge sull'affido condiviso in cui alle funzioni compensativo-riparatoria e sanzionatoria-punitiva si affianca anche quella

31 BUSNELLI, F.D.: "...E venne l'Estate di San Martino", in *Il danno non patrimoniale*, in AA.Vv., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S. U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Giuffrè, Milano, 2009, 104. L'A. rimanda che al Suo *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Haftung und Versicherung-Responsabilité et assurance*, 2007, p. 144.

32 Trib. Messina, 5 aprile, 2007, *Fam. e dir.*, 2008, con nota di E. LA ROSA, p. 60 ss.; Trib. Roma, 11 gennaio 2016, n. 18799, ha previsto l'applicazione della sanzione d'ufficio ex art. 709-ter c. p. c. a carico del genitore "che non ha posto in essere alcun comportamento propositivo per tentare di riavvicinare il figlio al padre" Secondo il giudice di merito la condanna al risarcimento del danno ex art. 709-ter c. p. c. "in ragione della funzione 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 (...)".

33 Anche in tale caso gli studiosi si sono interrogati sul significato da attribuire a questa disposizione chiedendosi se essa abbia un contenuto genericamente risarcitorio o più specificatamente sanzionatorio: sul punto AL MUREDEN, E.: "La responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo conseguente all'invalidità del matrimonio", in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., p. 48 ss. Diverse le differenze rispetto alle ipotesi di illecito civile "ordinarie": per la specifica applicazione dell'art. 129-bis, non è necessaria la prova dei danni sofferti e questo accentua l'aspetto più spiccatamente sanzionatorio sotteso alla normativa. Perché si realizzi la fattispecie è sufficiente, pertanto, che il coniuge in buona fede provi il nesso causale fra la situazione in cui si sostanzia la causa di invalidità e il comportamento dell'altro coniuge, nonché l'elemento soggettivo della colpevolezza. Ne discende, un'ammenda a carico del coniuge che abbia fatto ignorare la causa di nullità da lui conosciuta.

34 BUSNELLI, F.D., PATTI, S.: *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 207 ss..

35 FERRANDO, G: *Il matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 716.

36 Secondo la Cassazione il mancato ricorso alla tutela di cui all'art. 129-bis c.c., non impedirebbe, comunque, la richiesta di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c.: v. Cass. civ., sez. I, 10 maggio 2005, 9801, *Giust. civ.*, 2006.

preventiva di tipo deterrente o dissuasiva<sup>37</sup>. L'interpretazione individuata appare mediare fra le opposte chiavi di lettura della norma sopra segnalate: il risarcimento non sarebbe, dunque, solo mezzo di reintegrazione di un grave pregiudizio ma anche strumento di coazione rispetto ad un comportamento illecito, a cui si aggiungerebbe un'importante funzione deterrente; d'altra parte, però, se mancasse, in concreto, il pregiudizio da ristorare, in questo caso accertabile anche in via presuntiva, il comportamento lesivo potrebbe essere sanzionato solo con le altre due misure coercitive previste dalla stessa norma. E questa sembra, con specifico riguardo ai danni subiti dal figlio minore, la lettura più confacente dell'art. 709-ter c.p.c., volto a tutelare l'interesse soprattutto psicologico ed affettivo del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori.

Tale normativa esprime, in maniera tangibile, la tendenza a rafforzare l'utilizzo dello strumento risarcitorio attraverso l'introduzione di norme che sembrano porsi il duplice obiettivo: di riparare la lesione subita, sanzionando l'autore dell'illecito e di dissuadere dal perpetrare tale condotta illegittima<sup>38</sup>. A dare sostegno a questa prospettazione soprattutto la pronuncia delle Sezioni unite<sup>39</sup> in materia di danni punitivi che contempla sia l'art.709 ter c.p.c. che l'art.614 bis c.p.c., tra le norme che testimoniano il carattere polifunzionale assunto della responsabilità civile, affermando che "l'istituto aquiliano pur non avendo mutato la sua essenza presenta una curvatura deterrente/sanzionatoria" che consente ai giudici di modulare la liquidazione per ristorare il danno patito.

#### IV. LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA LEGGE DI DELEGA 206/2021.

Quale che sia la funzione del risarcimento, previsto nell'art. 709 ter c.p.c., sull'efficacia dei rimedi, di cui alla l. 54/2006, sin dalla loro emanazione hanno pesato consistenti dubbi<sup>40</sup>. E', infatti, palese che un affidato condiviso è difficilmente praticabile nei casi di forte conflittualità dei genitori e, per quanto gli strumenti a cui si è fatto riferimento, siano stati rafforzati dalla misura coercitiva indiretta, ex

37 V. in tale prospettiva, tra le prime pronunce, Trib Reggio Emilia, 5 novembre, 2007, n. 1435, *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 74, con nota di A. COSTANZO ed *La resp. civ.*, 2008, p. 87 con nota di G. FACCI. Trib. Padova, 3 ottobre 2008, *Fam. dir.*, 2009, p. 609 ss..

38 NAVARRETTA, E.: "Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali", *Resp. civ. e prev.*, 3, 2008, p. 500 ss.; SIRENA, P.: "Il risarcimento dei c. d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa", *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 531 ss..

39 Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, *Danno e resp.*, 4, 2017, con note di M.E. LA TORRE, G. CORSI, G. PONZANELLI, P.G. MONATERI, p. 419 ss., sui danni punitivi e la compatibilità di una sentenza straniera di condanna al pagamento degli stessi con l'ordine pubblico nazionale ex art. 64 l. 218/1995.; in senso critico FRANZONI, M.: "Danno punitivo e ordine pubblico", *Riv. dir. civ.*, I, 2018, p.292 che sottolinea come, sebbene la Corte abbia fatto la scelta di includere nella responsabilità civile la funzione deterrente propria del danno punitivo, rimane pur sempre la differenza sostanziale rappresentata dal fatto che il risarcimento del danno da fatto illecito serve a riparare la vittima e non richiede pertanto alcuna tipicità, come il danno punitivo.

40 In senso critico, si rinvia alle considerazioni effettuate già al tempo dell'emanazione della normativa :cfr., per tutti, SCHLESINGER, P.: "L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo", *Corr. giur.*, 2006, p. 301.

art.614 bis c.p.c. connotata da una ancora più forte valenza deterrente e dissuasiva, è evidente che l'*optimum* avrebbe dovuto consistere nell'adozione di rimedi, soprattutto nella fase procedurale, che precede la pronuncia di separazione o divorzio, diretti ad attenuare i contrasti esistenti, nell'interesse del minore. Ciò nella consapevolezza che qualunque misura adottata, dopo l'intervenuta lesione del diritto del figlio alla bigenitorialità, interviene spesso, tardivamente, quando i danni sul suo armonico sviluppo sono irreversibili. In tal caso appare pure superfluo affermare che nessuna somma di denaro e/o sanzione, a carico del genitore, potranno sostituire quelle carenze affettive ed educative riconducibili a gravi comportamenti dei genitori.

In sostanza, appare complesso rinvenire soluzioni valide per garantire quella prevalenza assiologica, intrinsecamente riconosciuta all'interesse del minore<sup>41</sup> anche se, in proposito, vi è da sottolineare che la difficoltà, nell'individuazione di rimedi sotto il profilo giuridico ottimali, nasce dal fatto che intervenire *ex ante*, attraverso prescrizioni normative o giudiziarie è quasi impossibile in quanto gli obblighi sottesi alla responsabilità genitoriale, implicano un *facere* in sé e per sé non coercibile ed insuscettibile di esecuzione forzosa diretta<sup>42</sup>.

A tentare di preservare i vari interessi in gioco e, principalmente, quelli del minore, da tempo la giurisprudenza ha consolidato un orientamento diretto a rafforzare strumenti di mediazione<sup>43</sup>, fino al ricorso alla figura del coordinatore genitoriale<sup>44</sup> con gli evidenti limiti dovuti alla loro non vincolatività.

- 41 Cfr., per tutti, Corte EDU, Gr. cam., 6 luglio 2010, ric. n. 41615/07, Neulinger e Shuruk c. Svizzera che sottolinea come, nelle cause aventi ad oggetto questioni di affidamento di minori e di restrizioni del diritto di visita, l'interesse del minore deve prevalere su qualsiasi altra considerazione. In senso conforme Corte EDU, Gr. cam. 10 settembre 2019, ric. n. 37283/13, Strand Lobben e altri c. Norvegia.
- 42 Sul punto. SENIGAGLIA, R.: "Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale", *Giust. civ.*, 2019, p. 104, sottolinea la particolarità dei rapporti familiari come "modello relazionale alternativo al rapporto obbligatorio" riprendendo un tema in precedenza trattato da ROPPO, V.: "Coniugi. I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi" (voce), *Enc. giur. Treccani*, Roma, VIII, 1988, il quale evidenzia che nel testo del progetto unificato di riforma si parlava non di "obblighi" ma di "impegni" dei coniugi; prima ancora JEMOLO, A. C.: "Sul diritto di famiglia (pensieri di un malpensante)", in *Studi in onore di SCADUTO*, I, Cedam, Padova, 1970, p. 561 rilevava che per "la violazione dei doveri di natura personale deve intervenire l'opinione pubblica oppure la religione per i credenti". Più in generale POLETTI, D.: "Sull'infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614 bis c. p. c.", *Giur. it.*, 2014, p. 750 ss..
- 43 Come è noto il d. lgs. n. 28 /2010, tra le materie per cui è obbligatoria la mediazione civile e commerciale, non ha previsto quella familiare anche se, ovviamente, i coniugi hanno la facoltà di rivolgersi a un mediatore familiare, anche su invito del giudice. In chiave comparata, in proposito, GIAIMO, G., "La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. Profili comparatistici", *Dir. fam. e pers.*, 2001, p. 1606 ss..
- 44 Sul tale figura v. Trib. Milano, decr. 29 luglio 2016, *Fam. e dir.*, 2017, p. 793 ss., con nota di DANOVI, F.: "Il coordinatore genitoriale: una nuova risorsa nella crisi della famiglia". Cfr., altresì, Trib. Mantova, 5 maggio 2017; Trib. Pavia, 21 luglio 2016; v. MANGANO, C.: "La figura del coordinatore genitoriale nella crisi della famiglia, tra inadeguatezza del processo civile e ostacoli alla diffusione di tale rimedi", 2018, [www.magistraturaindipendente.it](http://www.magistraturaindipendente.it) che riassume le criticità che hanno impedito di dare slancio a questa figura: in primo luogo, "le difficoltà economiche in cui si dibattono proprio le coppie genitoriali maggiormente conflittuali, a fronte della necessità di retribuire la figura professionale investita di tale pregnante ruolo che dovrà essere impegnata per un significativo lasso temporale e con un rilevante dispendio di energie e di competenze. Ancora, "un atteggiamento culturale delle coppie in crisi tendente a disconoscere o svalutare il ruolo di "estranei" che incidano sulle scelte educative riguardanti la prole, pur nella consapevolezza della sua sofferenza e del suo disagio- nella fallace convinzione della propria autosufficienza familiare e

Ma, al contempo, è anche vero l'attività giurisprudenziale non può sopperire a lacune che trovano, principalmente, origine sia in politiche poco inclini a favorire servizi sociali che supportino le famiglie sia in una normativa, ormai non rispondente più ai nuovi bisogni emersi nella crisi della coppia, che esigono interventi rapidi, soprattutto sotto il profilo procedurale. La necessità di un mutamento del sistema legislativo è via via emersa ed ha trovato concretizzazione con la legge di delega 206/2021 nell'ambito di una più ampia riforma sul processo civile<sup>45</sup>. Oltre a dettare significativi principi per la creazione di un unico rito, per i procedimenti in materia di persone, minorenni e famiglie,<sup>46</sup> ed ad introdurre, ai sensi dell'art. 473-bis.38, rubricato *Attuazione dei provvedimenti sull'affidamento*<sup>47</sup>, importanti misure in materia di competenza, nell'ottica di una semplificazione e di unitarietà della

---

dell'assenza di bisogni nei confronti degli altri. Infine, un sistema orientato verso la proliferazione e non già il contenimento della domanda di giustizia.

- 45 L. 26 novembre 2021, n. 206 recante "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata", ha stabilito, all'art. I, comma 37 che "le disposizioni dei commi dal 27 al 36 di cui al medesimo articolo si applicano ai procedimenti instaurati a decorrere dal centottantesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge in discorso" e, dunque, dal 22 giugno 2022. AA.Vv.: *Famiglie, minorenni e persone nella riforma del processo civile, La legge delega e le novità immediatamente precettive dal 22 giugno 2022: negoziazione assistita, consulenze tecniche, allontanamento del minore, riparto di competenze, curatore speciale del minore*, (a cura di M.G. Ruo), Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2022. Successivamente è stato emanato il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, entrato in vigore il 18 ottobre 2022 recante l'Attuazione della legge n. 206/2021.
- 46 Uno dei punti nodali è l'unificazione dei riti in materia familiare: prima tappa la riforma dell'art. 38 disp. att. c.c., al fine di superare il riparto di competenze tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario nei procedimenti a tutela dei minori, con l'attrazione dei procedimenti c.d. *de potestate* alla competenza del giudice ordinario davanti al quale pendono quelli relativi alla crisi di coppia: sulla bipartizione delle competenze DANOVÌ, F.: *Il soggetto debole nelle relazioni familiari*, Roma, 17 maggio 2018, [www.cassazione.it](http://www.cassazione.it), p. 32.
- 47 "Per l'attuazione dei provvedimenti sull'affidamento del minore e per la soluzione delle controversie in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale è competente il giudice del procedimento in corso, che provvede in composizione monocratica. Se non pende un procedimento è competente, in composizione monocratica, il giudice che ha emesso il provvedimento da attuare o, in caso di trasferimento del minore, quello individuato ai sensi dell'articolo 473-bis.11, primo comma. Quando è instaurato successivamente tra le stesse parti un giudizio che ha ad oggetto la titolarità o l'esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice dell'attuazione, anche d'ufficio, senza indugio e comunque entro quindici giorni adotta i provvedimenti urgenti che ritiene necessari nell'interesse del minore e trasmette gli atti al giudice di merito. I provvedimenti adottati conservano la loro efficacia fino a quando sono confermati, modificati o revocati con provvedimento emesso dal giudice del merito. A seguito del ricorso il giudice, sentiti i genitori, coloro che esercitano la responsabilità genitoriale, il curatore e il curatore speciale, se nominati, e il pubblico ministero, tenta la conciliazione delle parti e in difetto pronuncia ordinanza con cui determina le modalità dell'attuazione e adotta i provvedimenti opportuni, avendo riguardo all'interesse superiore del minore". Il superamento, in questa materia, della dicotomia tra cognizione ed esecuzione è stato già auspicato da CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Effettività della tutela del minore", cit.p.639.

disciplina, all'art. 473-bis.<sup>48</sup>, come si legge nella relazione di accompagnamento<sup>49</sup>, opera un "restyling delle regole processuali" contemplate nell'art. 709 *ter* c.p.c. In primo luogo, si interviene sul potenziamento del potere d'intervento *ex officio* del giudice che, nel nuovo testo, riguarderà eventuali casi di gravi inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale, nella loro completezza, ivi compresi ora anche gli aspetti di natura economica<sup>50</sup>, in considerazione proprio anche delle novità procedurali introdotte nella disposizione precedente: nella relazione, ad esempio, si fa riferimento "alle spese straordinarie in cui gli ulteriori strumenti messi a disposizione (ordine di pagamento diretto al terzo) non possono venire in soccorso". Si afferma, espressamente, il potere del giudice di adottare d'ufficio l'*astreinte* recata dall'614-bis<sup>51</sup>, ed, a prima lettura, sembra che il limite, osservato da attenta dottrina<sup>52</sup> costituito dal fatto che tale misura non era stata formalmente estesa anche ai casi di condanna del genitore

48 Art. 473-bis.39 (*Provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*) "In caso di gravi inadempienze, anche di natura economica, o di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice può d'ufficio modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: a) ammonire il genitore inadempiente; b) individuare ai sensi dell'articolo 614-bis la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento; c) condannare il genitore 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. Nei casi di cui al primo comma, il giudice può inoltre condannare il genitore inadempiente al risarcimento dei danni a favore dell'altro genitore o, anche d'ufficio, del minore. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari".

49 *Relazione illustrativa* ai d.lgs.10 ottobre 2022, n.149, in *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, I, 19 ottobre 2022, p. 70.

50 Sul punto si era espressa in senso diverso Corte Cost. 10 luglio 2020 n. 145, cit., che sugli "aspetti patrimoniali del rapporto tra i genitori e la prole, relativi all'assegno di mantenimento" aveva sottolineato come essendo "le relative pronunce eseguibili nelle forme del processo esecutivo per espropriazione (anche mediante un pignoramento dei crediti del debitore) e presidiate in sede penale dal reato di cui all'art. 570-bis cod. pen. (sentenza n. 189 del 2019), introdotto dall'art. 3 della legge n. 54 del 2006, che aveva esteso alla separazione la tutela penale, già contemplata dall'art. 12-sexies della legge n. 898 del 1970 per il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento dei figli disposto dalla sentenza di divorzio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio", comporta che "l'art. 709-ter, secondo comma, cod. proc. civ., deve quindi essere interpretato nel senso che il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento della prole, nella misura in cui è già sanzionato penalmente, non è compreso nel novero delle condotte inadempienti per le quali può essere irrogata dall'autorità giudiziaria adita la sanzione pecuniaria "amministrativa" in esame. Le condotte suscettibili di tale sanzione sono infatti "altre", ossia le tante condotte, prevalentemente di fare infungibile, che possono costituire oggetto degli obblighi relativi alla responsabilità genitoriale e all'affidamento di minori". Il Tribunale rimettente, invece, aveva ritenuto applicabili "le sanzioni contemplate dall'art. 709-ter, secondo comma, cod. proc. civ., anche in relazione all'inadempimento agli obblighi di mantenimento dei figli, in quanto: a) sul piano letterale la formula «atti che comunque arrechino pregiudizio al minore» è di ampiezza tale da ricomprendere una vasta categoria di fattispecie tra le quali deve essere annoverato anche il pregiudizio derivante dalla mancata contribuzione economica in favore della prole; b) sul piano teleologico-sistematico, tale conclusione sarebbe corroborata dalla circostanza che il mantenimento dei figli minori rientra nel dovere di assistenza materiale disposto dagli artt. 30 Cost. e 147 del codice civile ed è indispensabile per l'esplicazione e lo sviluppo della personalità del minore nonché per l'indipendenza del genitore collocatario nell'esercizio delle proprie facoltà genitoriali".

51 Sul punto v. nt. 19.

52 In tal senso CAMILLERI, E.: "I provvedimenti *ex art. 709 ter* c. p. c.", cit., p. 330, in chiave critica sul fatto che la coazione pecuniaria indiretta introdotta sia stata limitata, dall'art. 1 comma 33, della l.206/2021 solo alla modifica normativa riguardante il n. 3 del comma 2 dell'art 709 *ter* c. p. c. in ordine alla condanna nei confronti dell'altro genitore e non anche nel caso di condanna del genitore al risarcimento del danno patito dal figlio, *ex art. 709 ter* c. p. c., comma 2, n. 2; in senso analogo CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Effettività della tutela del minore", cit., p. 643, secondo cui l'aporia comunque avrebbe potuto essere superata in via ermeneutica.

inadempiente al risarcimento dei danni in favore del minore, come sarebbe stato anche opportuno, ora sia stato superato dalla nuova formulazione della disposizione. Nella relazione di accompagnamento è, inoltre, possibile cogliere qualche indicazione anche sulla natura di tali provvedimenti: sembra infatti che si operi un *distinguo* tra “le sanzioni riconducibili ai *punitive damages* con una natura assimilabile “a quella penale” cumulabili con il risarcimento del danno, previsto dal successivo comma 2 che, qualora riguardi il minore, può essere disposto d’ufficio dal giudice; tale potere giudiziale confermerebbe la natura particolare di questo rimedio che presenta, in tali ipotesi, una curvatura deterrente-sanzionatoria<sup>53</sup> senza, però, prescindere dall’ esistenza di un pregiudizio da ristorare derivante da comportamenti, come quelli che la norma mira a sanzionare e scoraggiare, in funzione del quale il potere officioso del giudice si spiega solo alla luce della preminente esigenza della salvaguardia del superiore interesse del minore, di cui all’art.24 comma 2 della Carta di Nizza.

Ma, continuando con l’analisi della riforma e limitandola alle disposizioni che mostrano un’interferenza con il tema trattato, il legislatore ha previsto il ricorso ad un mediatore familiare, da attingere da un apposito elenco, presso ciascun tribunale<sup>54</sup>. Non sembra che si tratti di una mediazione obbligatoria, così come, invece sarebbe auspicabile, in quanto è demandata ad un invito del giudice dopo che si accerti che non ricorrono quelle circostanze in ordine al divieto di mediazione, relative ad una violenza domestica e di genere o ad abusi<sup>55</sup>. L’evidente *ratio* di fondo di agire *ex ante*, ove sia possibile, tentando di risolvere o, comunque, mitigare, la conflittualità tra i genitori con strumenti negoziati e di mediazione, in un’ottica di favore e di impulso allo sviluppo dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie<sup>56</sup>, si coniuga con la previsione di un piano genitoriale, 473-bis.12, in presenza di figli

53 CARAPEZZA FIGLIA, G.: *op. ult. cit.*, p. 639.

54 Ai sensi dell’art. 4, d. lgs 149/2022 deve essere previsto, presso ciascun tribunale, un elenco dei mediatori familiari iscritti presso le associazioni del settore, secondo quanto disciplinato dalla legge 14 gennaio 2013, n. 4, con possibilità per le parti di scegliere il mediatore tra quelli iscritti in tale elenco; i mediatori familiari dovranno essere dotati di adeguata formazione e specifiche competenze nella disciplina giuridica della famiglia, nonché in materia di tutela dei minori e di violenza contro le donne e di violenza domestica, e che i mediatori abbiano l’obbligo di interrompere la loro opera nel caso in cui emerga qualsiasi forma di violenza.

55 Art. 473-bis.43. Sul punto si rinvia, inoltre, alla Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, siglata a Istanbul l’11 maggio 2011, ratificata e resa esecutiva con l. 27 giugno 2013, n. 77.

56 Il comma 35, dell’art. 1, della l. 206/2021 apporta modifiche all’art. 6 l. n. 162/2014 in materia di *Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio*, prevedendone l’estensione anche alle controversie tra genitori relativi all’affidamento e al mantenimento dei figli minori nati fuori dal matrimonio e dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti. Come si legge nella relazione illustrativa: “E’ stata colmata una lacuna esistente nel previgente sistema” che non aveva considerato i procedimenti che disciplinano le modalità di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio”. La “grave lacuna”, “oltre a generare una non giustificata discriminazione in danno dei genitori non coniugati, esclusi dall’accesso alla negoziazione assistita, impedisce di ricorrere a tale modalità alternativa di soluzione delle controversie per un rilevante numero di casi”: sul tema CALOGERO, M.: “I procedimenti di negoziazione assistita e la crisi della coppia senza figli o con figli non autosufficienti”, in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. ZATTI) - *Le riforme - I - legami di coppia e modelli familiari*, (a cura di FERRANDO, G. FORTINO, M., RUSCELLO, F.), Giuffrè, Milano, 2019 p. 326 ss..  
Art. 1, comma 33, l. 26 novembre 2021, n. 206.

minorenni, che “illustri gli impegni e le attività quotidiane dei minori, relativamente alla scuola, al percorso educativo, alle eventuali attività extrascolastiche, sportive, culturali e ricreative, alle frequentazioni parentali e amicali, ai luoghi abitualmente frequentati, alle vacanze normalmente godute”. L’obiettivo della disposizione è evitare, come si legge nella relazione di accompagnamento, “i prevedibili dissidi che oggi comportano una serie di sub-procedimenti che, spesso, minano l’efficacia e la tempestività dell’intervento giudiziario, fornire un quadro il più possibile chiaro del progetto educativo che si intende perseguire, individuarne le modalità di realizzazione da sottoporre al sindacato giudiziale che dovrà valutarlo alla luce del superiore interesse del minore”. Il giudice, infatti, potrà evidenziare modifiche necessarie da apportare potendo formulare egli stesso una “proposta”, nell’adottare i provvedimenti temporanei e urgenti.

Sebbene gli evidenti sforzi del legislatore, l’individuazione di un piano genitoriale appare, tuttavia, uno strumento idoneo a dare una risposta più in astratto che in concreto alle varie problematiche segnalate, tenuto conto che gli obblighi e le responsabilità, in esso previsti potranno dispiegare effetti di tipo promozionale e, in alcuni casi, punitivo, ma difficilmente impositivo. Basti pensare al fatto che, con la riforma della filiazione tra i punti significativi, oltre che il riconoscimento, ex artt. 317-bis c.c. e 337-ter c.c. del diritto a intrattenere rapporti significativi con gli ascendenti vi è, ai sensi degli artt. 147 e 315-bis c.c.<sup>57</sup>, il diritto del figlio ad essere assistito moralmente<sup>58</sup>, tradotto da autorevole dottrina in “diritto all’amore”<sup>59</sup>, che si aggiunge ai tradizionali obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione: è evidente, ad esempio, che nessun piano potrà assicurare l’espletamento di tale diritto- dovere. Il rischio è che la delineaazione ex ante di un prospetto, anche se proposto dal giudice, possa rimanere inadempito stante la difficile previsione, nel medio o lungo periodo, a seconda dei casi, delle vicende umane dei protagonisti, in quanto affidate essenzialmente a modelli morali, culturali e sentimenti, che è complicato incasellare in un progetto di vita che, sebbene ideale, è destinato a fare poi i conti con la vita reale esposta, peraltro, a sopravvenienze a volte di tipo imprevedibile. E ciò nonostante l’inadempimento degli obblighi individuati nel piano costituisca un “comportamento sanzionabile ai sensi dell’art. 709-ter del codice

57 Sul ruolo dell’art. 147 c.c., a seguito delle modifiche introdotte dalla riforma della filiazione, sono stati posti una serie di dubbi: v. BELLELLI, A.: “Una rilettura dei doveri del figlio nei confronti dei genitori”, in AA.VV.: *Filiazione - Commento al decreto attuativo*, (a cura di M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2014, p. 170; GIACOBBE, G. *Il nuovo art. 147*, ibidem, p. 109 ss. più in generale AL MUREDEN, E.: “Dalla potestà alla responsabilità genitoriale”, *Giur. it.*, 2014, p. 1266 ss.; SALANITRO, U.: “La riforma della disciplina della filiazione dopo l’esercizio della delega”, in AA.VV., *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1253 ss.; SESTA, M., ARGERI, A.: “Genitorialità e famiglia nella recente evoluzione legislativa”, in *Id.*, *La responsabilità genitoriale e l’affidamento dei figli*”, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. CICU, A. MESSINEO, F. continuato da L. MENGONI, L., P. SCHLESINGER), Giuffrè, Milano, 2016, p. 1 ss..

58 Così BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2. I. *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 344; SPAZIANI, P.: “Il diritto all’assistenza morale (art. 315-bis come inserito dall’art. 1, co. 8, l. n. 219/2012)”, in *La riforma della filiazione*, cit., p. 67 ss..

59 BIANCA, C.M., *Diritto civile*, cit., p. 335.

di procedura civile” (c. 23, lett. r). La stessa Corte di Strasburgo<sup>60</sup> ha sottolineato, d'altra parte che l'obbligo per le autorità nazionali di adottare delle misure per riunire il figlio e il genitore, con cui non convive, non può mai essere assoluto in quanto a costituire un fattore determinante è pur sempre la comprensione e la cooperazione di tutte le persone interessate. “Per quanto le autorità nazionali devono sforzarsi di agevolare una simile collaborazione, un obbligo per le stesse di ricorrere alla coercizione in materia non può che essere limitato”.

In definitiva, i limiti delle soluzioni adottate nell'ambito della legge sull'affido condiviso non pare siano del tutto superati, almeno sotto questo profilo. Più efficace appare, invece, l'intervento diretto a potenziare la figura del curatore speciale<sup>61</sup>: attraverso le modifiche, apportate alle disposizioni di cui agli artt. 78 e 80 c.p.c., applicabili ai procedimenti introdotti a partire dal 22 giugno 2022<sup>62</sup>, il legislatore, è intervenuto allargandone l'ambito di nomina oltre il campo degli interessi patrimoniali di cui al comma 6 dell'art. 320 c.c. e dei provvedimenti riguardo lo stato di adottabilità e la responsabilità genitoriale<sup>63</sup>. All'art. 78 c.p.c. è stato aggiunto un terzo comma, in base al quale con provvedimento” succintamente motivato” il giudice procede, anche d'ufficio, alla nomina qualora “per gravi ragioni”, i genitori “appaiono temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore”. Se la necessità di nominare un curatore speciale subentra nell'ambito di un procedimento, anche cautelare, già instaurato, in base al nuovo primo comma dell'art. 80, “alla nomina provvede, d'ufficio, il giudice.”

Due sono i punti di forza della novella: la legittimazione ad agire, riconosciuta al minore ultraquattordicenne, e l'attribuzione al curatore di poteri di rappresentanza

60 Corte EDU, 7 ottobre 2021, cit., rammenta anche che il fatto che gli sforzi delle autorità siano stati vani non porta automaticamente a concludere che lo Stato si è sottratto agli obblighi positivi ad esso imposti dall'articolo 8 della Convenzione. In particolare sugli interessi superiori del minore e dei diritti conferiti a quest'ultimo dall'articolo 8 della Convenzione Corte edu 29 giugno 2004, ric. n. 63267/00, Voleský c. Repubblica ceca; Corte Edu, 10 dicembre 2020, ric. n. 36936/18, c. A. V c. Italia.

61 L'art. 9 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, stabilisce che, nei procedimenti riguardanti un minore, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti.

62 Tra i primi provvedimenti di nomina a seguito della riforma del 2022 si segnala Trib. Treviso 28 giugno 2022.

63 Ai sensi dell'art. 1, commi 30 e 31, lett. a), della l. 206/2021 si supera l'assetto normativo che prevedeva la nomina solo in alcuni procedimenti, come quello sulla dichiarazione dello stato di adottabilità o sulla responsabilità genitoriale procedimenti in cui è *in re ipsa* il conflitto tra figli e genitori. Fermo restando la natura di parte, rivestita dal minore in ogni giudizio che lo interessa, quando sono in gioco provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale, la previsione contenuta all'art. 336 quarto comma c.c. assicura al minore il diritto alla difesa tecnica, al pari di quanto previsto per i genitori. In giurisprudenza, prima dell'emanazione della normativa soprarichiamata: Cass. civ., sez. I, ord. 25 gennaio 2021 n. 1471 “Nei giudizi che riguardano i minori e che abbiano ad oggetto provvedimenti limitativi o eliminativi della responsabilità genitoriale, ai sensi degli artt. 330 c.c. e segg., in forza del combinato disposto dell'art. 336 c.c., commi 4 e 1, è necessario che il giudice di merito provveda alla nomina di un curatore speciale al minore ai sensi dell'art. 78 c. p. c., che provvederà, a sua volta, a munire il minore medesimo di un difensore, ai sensi dell'art. 336 c.c., comma 4”. La mancata nomina “determina la nullità del procedimento di secondo grado, ex art. 354 c. p. c., comma 1, con rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 383 c. p. c., comma 3, perché provveda all'integrazione del contraddittorio”.

sostanziale<sup>64</sup>. L'attribuzione della legittimazione ad agire<sup>65</sup> al minore per la nomina, ai sensi dell'art.78 c.p.c. comma 3, n.4, indipendentemente dal fatto che i genitori siano o meno adeguati a rappresentarlo nel procedimento, dimostra il tentativo di attribuirgli quella centralità che è necessaria per renderlo sempre più protagonista delle scelte che lo riguardano, tenuto conto della maggiore capacità dei minori stimolata anche dalla digitalizzazione. Si va oltre quindi al diritto all'ascolto, la cui estensione è stata generalizzata, ai sensi degli artt. 315-bis, comma 3 e 336-bis c.c.<sup>66</sup>. Come è ben delineato nella relazione di accompagnamento<sup>67</sup>, la posizione del figlio risulta, molto spesso, contrapposta a quella di entrambi i genitori, anche quando il provvedimento sia richiesto nei confronti di uno solo di essi, "dal momento che non può - in siffatta ipotesi - stabilirsi *ex ante* la coincidenza e l'omogeneità dell'interesse del minore con quello dell'altro genitore, posto che quest'ultimo ben potrebbe presentare il ricorso o aderire a quello presentato da uno degli altri soggetti legittimati per scopi meramente personali o, per contro, chiederne la reiezione, se contrario ai propri interessi, non necessariamente coincidenti con quelli del minore". Ne consegue che anche in virtù dei poteri di rappresentanza sostanziale, di cui il curatore sarà dotato, secondo un orientamento già manifestato<sup>68</sup> dai giudici di merito, possono essere sottratte ai genitori quelle scelte sulla vita anche quotidiana del figlio che una conflittualità, a volte aspra, è in grado di minare. Il curatore, con i suoi requisiti di terzietà e tramite un attento ascolto del minore, avrà la possibilità di contribuire ad adottare decisioni che contribuiscono a forgiare, giorno per giorno, la personalità del bambino, con quell'equilibrio che in molti

64 Art. 473-bis.8 d.lgs 149/2022. In tal senso è già stato effettuato un innesto nell'art. 80 c. p. c. al comma 3 che prevede che al curatore speciale possano essere conferiti nel provvedimento di nomina ovvero con decreto non impugnabile adottato nel corso del giudizio specifici poteri di rappresentanza sostanziale.

65 Legittimati attivi a chiedere la nomina di un curatore speciale, oltre il minore ed ovviamente il giudice, che può provvedere *ex officio*, sono: il pubblico ministero; uno o entrambi i genitori; chiunque ne abbia interesse.

66 Sull'ascolto del minore: Cass. civ., sez. I, ord. 25 gennaio 2021, n. 1471 cit.; prima ancora Sez. Un., 21 ottobre 2009 n. 22238 già aveva affermato la necessaria audizione del "minore dodicenne od ultradodicenne, o dotato di capacità di consapevole discernimento, se infrasedicenne, nei processi che riguardano il suo affidamento, salvo che tale ascolto sia contrario al suo superiore interesse, dovendosi motivare l'assenza di consapevole discernimento del minore che possa giustificare l'omesso ascolto. La mancanza di motivata giustificazione produce la nullità del procedimento per violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 Cost., essendo il minore parte sostanziale del procedimento in quanto portatore di interessi contrapposti o, comunque, diversi da quelli dei genitori". Sull'art. 336-bis c.c., che riconosce il diritto del minore, che ha compiuto i dodici anni e anche di età inferiore, in relazione alla sua capacità di discernimento, ad essere ascoltato BALLARANI, G.: "L'ascolto nella riforma della filiazione", in, *Filiazione-Commento al decreto attuativo*, cit., 127 ss.. La disciplina di cui alla l. 219/2017, recante le *Disposizioni anticipate di trattamento e in materia di consenso informato*, prevede, all'art. 3, che l'eventuale consenso ai trattamenti sanitari, praticati su un minore, sia espresso dai genitori esercenti la responsabilità o dal tutore o dall'amministratore di sostegno "tenuto conto della volontà della persona minore": in dottrina v. FORTINO, M.: "Interventi estemporanei in materia di DAT: errori tecnici e violazione di principi costituzionali", *La Nuova giur. civ. comm.*, I, 2019, 138.

67 Relazione redatta dalla Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi, p. 110, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

68 Se il curatore è avvocato può stare in giudizio personalmente, senza dover richiedere il patrocinio di un difensore, anche se i due ruoli, pur se cumulati nella stessa persona devono rimanere distinti: in tal senso, da ultimo Trib. Treviso 26 aprile 2022.

casi può sfuggire al controllo dei genitori evitando che diventi arma di ricatto o di vendetta, così come nella prassi si è, purtroppo, verificato.

L'autonomia, in questo campo assegnata al minore, si coniuga con la legislazione speciale che, a partire dalla l. 149/2001 di riforma dell'adozione<sup>69</sup>, passando per l'art. 2-*quinquies* del d.lgs 101/2018,<sup>70</sup> sul c.d. consenso digitale e per quanto previsto dalla legge in materia di *cyber bullismo*<sup>71</sup>, attribuiscono al minore, ed in particolare a quello che ha già compiuto quattordici anni, il ruolo di protagonista di tutte le vicende che lo coinvolgono. La sensazione è che si vada quasi oltre quanto statuito dall'art. 24 comma 1 della Carta di Nizza che, fra i diritti del bambino, sancisce quello a ricevere cure e protezione, funzionali al suo benessere e ad esprimere la propria opinione, che deve essere tenuta in considerazione, in funzione dell'età e della relativa capacità di discernimento<sup>72</sup>. Se a ciò si aggiunge la sempre più precoce facilità dei minori a stipulare contratti di vario tipo, che attengono alla "vita quotidiana", soprattutto anche *on line*, pare condivisibile quella dottrina che pone il problema di un ripensamento della rigida considerazione dell'incapacità dei minori d'età<sup>73</sup>. La riconosciuta idoneità a staccarsi dai genitori, in caso di conflitto, affidando le sorti ad un curatore sembra andare proprio in questa direzione.

69 DOGLIOTTI, M.: "Adozione ed affidamento," in AA.Vv., *Famiglia e servizi- Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie* (a cura di M.R. SPALLAROSSA), Milano, 2001, p. 429 ss. evidenziava, all'epoca, che "è una delle rare volte (forse la prima) che in un testo legislativo ci si riferisce esplicitamente ad un diritto del minore".

70 Con l'art. 13 della Legge di delegazione europea 2016-2017, l. 25 ottobre 2017, n. 163 è stata conferita una delega al Governo per armonizzare le disposizioni nazionali sulla *privacy* vigenti e quelle del GDPR, Reg. 679/2016, abrogare, espressamente, le disposizioni del codice in materia di trattamento dei dati personali, incompatibili con quelle contenute nel regolamento; modificare il codice limitatamente a quanto necessario, per dare attuazione alle disposizioni non direttamente applicabili contenute nel regolamento e coordinare le disposizioni vigenti in materia. Ne è derivato il Dlgs. 10 agosto 2018, n. 101: in generale sul tema ci sia consentito il riferimento ad ASTONE, A.: "L'accesso dei minori d'età ai servizi della c. d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali", *Contr. e impr.*, 2, 2019, p. 614 ss..

71 Il riferimento è all'art. 2, comma 1, l. n. 71/2017, su cui BOLOGNINI, M.: *Il cyberbullismo come volto demoniaco del potere digitale e le (possibili) politiche del diritto antidoto*, Milano, 2017, *passim* e, più specificatamente, COLANGELO, R.M.: "La legge sul cyberbullismo. Considerazioni informatico-giuridiche e comparatistiche", in *Inf. e dir.*, 1-2, 2017, p. 397 ss.; PITTARO, P.: "La legge sul cyberbullismo", *Fam. e dir.*, 2017, p. 819; BOCCHINI, R., MONTANARI, M.: "Le nuove disposizioni a tutela dei minori ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 340.

72 LAMONT, R.: "Article 24", in *The EU Charter of fundamental Rights: a commentary*, Oxford, p. 209 ss..

73 ALPA, G.: "I contratti del minore. Appunti di diritto comparato", *Contr.*, 2004, p. 517 ss., tenuto conto della realtà concreta, auspica, per certe categorie di contratti, la riduzione del limite d'età, al netto di "improbabili esercizi di giusformalismo".

## BIBLIOGRAFIA.

AA.VV.: *Famiglie, minorenni e persone nella riforma del processo civile, La legge delega e le novità immediatamente precettive dal 22 giugno 2022: negoziazione assistita, consulenze tecniche, allontanamento del minore, riparto di competenze, curatore speciale del minore*, (a cura di M.G. RUO), Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2022.

AA.VV.: *Filiazione - Commento al decreto attuativo*, (a cura di M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2014.

AL MUREDEN, E.: "Dalla potestà alla responsabilità genitoriale", *Giur. it.*, 2014, p. 1266 ss.

AL MUREDEN, E.: "La responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo conseguente all'invalidità del matrimonio", in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, (a cura di M. SESTA), Utet, Torino, 2008, p.48 ss.

ALPA, G.: "I contratti del minore. Appunti di diritto comparato", *Contr.*, 2004, p. 517 ss.

AMRAM, D.: "Cumulo dei provvedimenti ex artt. 709 ter e 614 bis c.p. c., e adempimento dei doveri genitoriali", *Danno e resp.*, 2012, p. 781 ss.

ASTONE, A.: "L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali", *Contr. e impr.*, 2, 2019, p. 614 ss.

ASTONE, A.: "L'art. 709-ter c.p. c. un riconoscimento normativo della funzione punitiva della responsabilità?", in *I danni ingiusti alla persona* (a cura di M.FORTINO), Cedam, Padova, 2009, p. 317 ss.

BALLARANI, G.: "L'ascolto nella riforma della filiazione", in *Filiazione-Commento al decreto attuativo*, cit., 127 ss.

BASINI, G.F.: "Violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile", in *Trattato diritto di famiglia* (diretto da G.BONILINI, ) I, II, UTET, Torino, 2016, p. 921 ss.

BELLELLI, A.: "Una rilettura dei doveri del figlio nei confronti dei genitori", in AA.VV.: *Filiazione - Commento al decreto attuativo*, (a cura di M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2014, p. 170 ss.

BIANCA, C.M.: "La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni", *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 676 ss..

BIANCA, C.M.: *Diritto civile, 2.1. La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014.

BOCCHINI, R., MONTANARI, M.: "Le nuove disposizioni a tutela dei minori ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo", *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 340 ss..

BOLOGNINI, M.: *Il cyberbullismo come volto demoniaco del potere digitale e le (possibili) politiche del diritto antidoto*, Milano, 2017.

BUSNELLI, F.D., PATTI, S.: *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, 1997.

BUSNELLI, F.D.: "...E venne l'Estate di San Martino", in *Il danno non patrimoniale*, in AA.Vv., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Giuffrè, Milano, 2009, p. 104 ss.

BUSNELLI, F.D.: "...L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni", in *Haftung und Versicherung-Responsabilité et assurance*, 2007, p. 144 ss.

CALOGERO, M.: "I procedimenti di negoziazione assistita e la crisi della coppia senza figli o con figli non autosufficienti", in AA.Vv.: *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. ZATTI) - *Le riforme - I - Legami di coppia e modelli familiari*, (a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, M., F. RUSCELLO), Giuffrè, Milano, 2019, p. 326 ss.

CAMARDI, C.: "Diritti fondamentali e status della persona", *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 7 ss.

CAMILLERI, E.: "I danni endofamiliari", in AA.Vv.: *Persona e diritto* (a cura di R. ALESSI, MAZZAMUTO, S. MAZZARESE), Giuffrè, Milano, 2013, p. 223 ss.

CAMILLERI, E.: "I provvedimenti ex art.709 ter c.p.c., e le novità della legge 26 novembre 2021, n.206," in AA.Vv.: *L'udienza presidenziale nel procedimento di separazione e divorzio* (a cura di M.A. ASTONE, G. BASILICO), Giuffrè, Milano, 2022, p. 328 ss.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Efficacia della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-bis e 709-ter c.p.c. nella riforma del processo della famiglia", *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 632 ss.

CASONATO, M.: "Una situazione patologica controversa: l'alienazione parentale neo conflitti familiari", *Fam. dir.*, 2015, p. 735 ss.

CASSANO, G.: "In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente "patrimoniali" tra congiunti", *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 498 ss.

CASSANO, G.: *La giurisprudenza degli illeciti nel diritto di famiglia*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2007.

CASSANO, G.: *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale - Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Cedam, Padova, 2006

CESARI, F.: "Le misure contro la violenza nelle relazioni familiari", in *La responsabilità nelle relazioni familiari* (a cura di M. SESTA), Utet, Torino, 2008, p. 697 ss.

CIANCI, A.G.: *Gli ordini di protezione familiare*, Giuffrè, Milano, 2003.

COLANGELO, R.M.: "La legge sul cyberbullismo. Considerazioni informatico-giuridiche e comparatistiche", in *Inf. e dir.*, 1-2, 2017, p. 397 ss.

D'ANGELO, A.: "Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art.709-ter c.p.c.", *Famiglia*, 2006, p. 1031 ss.

DANOVI, F.: *Il soggetto debole nelle relazioni familiari*, Roma, 17 maggio 2018, [www.cassazione.it](http://www.cassazione.it), p. 1 ss.

DE FILIPPIS, B.: *Affido condiviso nella separazione e nel divorzio*, Cedam, Padova, 2007.

DOGLIOTTI, M.: "Adozione ed affidamento," in AA.Vv., *Famiglia e servizi- Il minore, la famiglia e le dinamiche giudiziarie* (a cura di M.R. SPALLAROSSA), Milano, 2001, p. 429 ss.

FACCI, G.: "Dei fatti illeciti", in *Codice della famiglia*, (a cura di M. SESTA), Sub. Art. 2043 c.c., Giuffrè, Milano, 2009, p. 2161 ss.

FACCI, G.: "Doveri familiari e responsabilità civile", in AA.Vv., *Il nuovo diritto di famiglia, Rapporti personali e patrimoniali* (diretto da G. FERRANDO), Zanichelli, Bologna, II, 2008, p. 84 ss.

FACCI, G.: "La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile", in *Trattato della Responsabilità Contrattuale*, (diretto da G. VISINTINI), I, Cedam, Padova, 2009, p. 407 ss.

FACCI, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Giuffrè, Milano, 2004.

FERRANDO, G.: "Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l.54/2006", *Fam pers. succ.*, 2007, p. 590 ss.

FORTINO, M.: "Interventi estemporanei in materia di DAT: errori tecnici e violazione di principi costituzionali", *La Nuova giur. civ. comm.*, I, 2019, p. 138.

FRANZONI, M.: "Danno punitivo e ordine pubblico", *Riv. dir. civ.*, I, 2018, p. 283 ss.

FREZZA, G.: "Appunti e spunti sull'art.709 ter c.p.c.", *Giust. civ.*, 2009, p. 29 ss.

GARDNER, R.: "Recent trends, in divorce and custody litigation", *Academy Forum*, n.29, 1985, p. 3 ss.

GIACOBBE, G.: "Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio", *fam. pers.*, 2006, p. 707 ss.

GIACOBBE, G. *Il nuovo art. 147*, in *Filiazione - Commento al decreto attuativo*, (a cura di M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2014, p. 109 ss

GIAIMO, G., "La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. Profili comparatistici", *Dir. fam. e pers.*, 2001, p.1606 ss.

JEMOLO, A.C.: "Sul diritto di famiglia (pensieri di un malpensante)", in *Studi in onore di SCADUTO, I.*, Cedam, Padova, 1970, p. 56.

LAMONT, R.: "Article 24", in *The EU Charter of fundamental Rights: a commentary*, Oxford, p. 209 ss.

LUPOI, M.A.: "Aspetti processuali della normativa sull'affido condiviso", *Riv. trim. proc. civ.*, 2006, p. 106 ss.

MANGANO, C.: "La figura del coordinatore genitoriale nella crisi della famiglia, tra inadeguatezza del processo civile e ostacoli alla diffusione di tale rimedi", 2018, [www.magistraturaindipendente.it](http://www.magistraturaindipendente.it)

MAZZAMUTO, S.: "L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito", *Giur. it.*, 2010, p. 638 ss.

MORACE PINELLI, A.: "I provvedimenti riguardo ai figli (art. 337-ter.c.c.): le principali modifiche apportate dalla riforma", in *AA.VV. La riforma della filiazione* (a cura di C.M. BIANCA), Cedam, Padova, 2015, p. 177 ss.

NAVARRETTA, E.: "Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali", *Resp. civ. e prev.*, 3, 2008, p. 500 ss.

PALADINI, M.: "Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?", *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 2005 ss.

PARINI, A.G.: "Violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile. Il danno da break down coniugale", *Ras. dir. civ.*, 2, 2011, p. 487 ss.

PATTI, S.: "L'affidamento condiviso dei figli", *Famiglia, Persone e Successioni*, 2006, p. 300 ss.

PATTI, S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984.

PITTARO, P.: "La legge sul cyberbullismo", *Fam. e dir.*, 2017, p. 819 ss.

POLETTI, D.: "Sull'infungibilità degli obblighi di cui all'art.614 bis c.p.c.", *Giur.it.*, 2014, p.750 ss.

ROPPO, V.: "Coniugi. I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi" (voce), *Enc. giur. Treccani*, Roma, VIII, 1988.

SALANITRO, U.: "La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega", in AA.Vv., *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, p. 1253 ss.

SCHLESINGER, P.: "L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo", *Corr. giur.*, 2006, p. 301ss.

SCIA, F.: "Responsabilità civile e doveri genitoriali: le persistenti problematiche dell'art. 709-ter c.p.c.", *Pers. e merc.*, 2020, p. 415 ss.

SENIGAGLIA, R.: "Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale", *Giust. civ.*, 2019, p. 97 ss.

SESTA, M., ARGERI, A.: "Genitorialità e famiglia nella recente evoluzione legislativa, in ID., La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli", in *Trattato di diritto civile e commerciale* (diretto da A. CICU, A., MESSINEO, F. continuato da L. MENGONI, P. SCHLESINGER), Giuffrè, Milano, 2016, p. 1 ss.

SESTA, M.: "La violazione della modalità di affidamento e i rimedi di cui all'art. 709-ter c.p. c.", in *Liber amicorum per D. Henrich, Famiglia e successioni*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 84 ss.

SIRENA, P.: "Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia", in *La riforma della filiazione* (a cura di C.M. BIANCA), cit., p. 125 ss.

SIRENA, P.: "Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa", *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 531 ss.

SPAZIANI, P.: "Il diritto all'assistenza morale (art. 315-bis come inserito dall'art. I, co. 8, l. n. 219/2012)", in *La riforma della filiazione*, (a cura di C.M. BIANCA), cit., p. 67 ss.

SPOTO, G.: "Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari", *Dir. fam. e pers.*, 2010, p. 910 ss.

VETTORI, G.: "Principio di effettività delle tutele (dir. civ.)" (voce), *Enc. Dir., Ann.*, X, Giuffrè, Milano, 2017.

ZAMBRANO, V.: "Interesse del minore ed affidamento congiunto. Esperienze europee a confronto", *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 1385 ss.