

SINDROME DA ALIENAZIONE PARENTALE E CONFIGURAZIONE GIURIDICA DI ILLECITO ENDOFAMILIARE: NOTA A MARGINE DI CASS., SEZ. I CIVILE, ORD. 17 MAGGIO 2021, N. 13217

| 137

Di Carla Failla

SOMMARIO: 1. *Premessa. La Parental Alienation Syndrome (cd. PAS).* – 2. *Il quadro giurisprudenziale: la PAS e la valutazione dell’idoneità genitoriale.* – 3. *Il caso di specie: la PAS e l’affido cd. “super-esclusivo”.* – 4. *Riconducibilità delle condotte scaturenti la asserita PAS nella fattispecie (tipica) dell’illecito endofamiliare.* – 4.1. *Segue. La tutela (risarcitoria) del minore coinvolto in una crisi della compagine familiare nella pendenza di un giudizio: articolo 709-ter c.p.c.* – 4.2. *Segue. Responsabilità civile e diritto di famiglia.* – 4.3. *Segue. Illecito endofamiliare: tra neutralità del rapporto di parentela e autonomia della categoria in esame.* 4.4. *Segue. Illecito endofamiliare, risarcimento e sanzione.* 5. *La sindrome da alienazione parentale: lesione dei diritti del minore e tutela risarcitoria.*

ABSTRACT. *Il lavoro prende le mosse dalla recente pronuncia della Corte di Cassazione (Sezione I Civile, Ord. 17 maggio 2021 n. 13217) secondo cui le condotte gravi di un genitore, la gravità dei comportamenti di un genitore, se non giustificano un provvedimento di affido “super-esclusivo” (considerato lesivo del superiore diritto alla bigenitorialità), impongono comunque una valutazione della possibile lesione di diritti costituzionalmente garantiti del minore, tra cui quello di mantenere un rapporto equilibrato e regolare con il genitore non convivente. Una volta descritte le peculiarità della sindrome da alienazione parentale – che pure rappresenta e assume le più varianti sincroniche – l’Autore prospetta una eventuale ascrizione della fattispecie considerata al paradigma degli illeciti endofamiliari. L’ipotesi a postulazione di una responsabilità aquiliana, il cui consolidato ingresso nei rapporti familiari ne fa da retroterra, si apprezza secondo l’Autore quale conseguenza diretta e immediata della gravità della lesione, della consapevolezza circa il carattere dannoso della condotta e della ingiustizia del danno patito dal minore.*

The following work builds on the recent decision No. 13217 of May 2021 of the Court of Cassation (Civil Section I) whereby a parent’s reprehensible behavior in the parent-child relationship, which do not justify a provision of a sole-custody (affido “super-esclusivo”), detrimental to the right to co-parenting, requires an assessment of the possible injury of the child’s constitutionally guaranteed rights, including maintaining a balanced and regular relationship with the absent parent. Once described the peculiarities of the parental alienation syndrome (PAS) – which also assumes synchronic variants – the Author suggests a possible assignment of the present case to the paradigm of the ex delicto liability. The postulation of an Aquilian liability, which has entered the ground of family relations, represents – in the opinion of the Author – a direct and immediate consequence to the severity of the injury, consciousness of the harmful character of the conduct and injustice of the damage incurred by the minor.



1. Premessa. La Parental Alienation Syndrome (cd. PAS).

La famiglia, «società naturale»¹ in cui il singolo sviluppa la propria personalità e individualità in relazione ad un “gruppo”, è luogo di esercizio di diritti fondamentali della persona. Di più, si caratterizza per essere la “prima” formazione sociale che – in quanto funzionale al libero sviluppo dei singoli – riceve protezione giuridica: la riceve essa in quanto tale² e la ricevono, di suo interno, i singoli, i cui diritti inviolabili si impongono peraltro persino agli interessi del gruppo.

È, infatti, interesse dell’ordinamento regolare i rapporti tra soggetti legati da un *vinculum* familiare al fine di garantire i diritti inviolabili dell’individuo all’interno di un rapporto “giuridico”³ e di riconoscere l’autonomo spessore che assume la famiglia stessa quale entità originaria e preesistente alla società civile.

I rapporti di famiglia sono, infatti, possibili scenari di forte conflittualità oltre che di intensi legami e dunque spesso punto di osservazione di complesse dinamiche che appaiono giuridicamente rilevanti: è il caso della *Parental Alienation Syndrome* (cd. PAS).

La “sindrome” da alienazione parentale è stata definita come un «disturbo infantile» che si manifesta quasi esclusivamente a seguito di controversie sulla custodia dei figli.

La sua rappresentazione primaria si apprezza nella denigrazione di un genitore – definito “alienato” – da parte del figlio minore ad esito di una condotta “alienante” dell’altro genitore⁴. Trattasi essenzialmente di una figura enucleata dalla psicologia moderna⁵ per identificare una “patologia” che affligge un soggetto minore in dipendenza di comportamenti manipolatori di un genitore, finalizzati ad escludere l’altro – “alienato” – dalla dinamica familiare.

La tipizzazione di tali condotte e l’intelaiatura della sindrome da alienazione parentale non è una novità nella comunità scientifica e nella regolazione delle controversie che coinvolgono minori.

E infatti, come nel celebre romanzo di Tolstoj, la felicità familiare è spesso più idealizzata che realmente vissuta, nel senso cioè che la speciale unica contiguità affettiva e psicologica che si dà, all’interno delle compagini familiari, tra gli individui che la compongono (si tratti di coniugi/compagni o di genitori/figli) si traduce sovente nello strumento o per lo meno nella fonte di una condizione di estrema vulnerabilità sotto il profilo emotivo piuttosto che nel volano della loro emancipazione.

Invero, il primo e principale teorico della PAS⁶ riscontrava tale “patologia” in contesti di conflittualità tra genitori, nello specifico in caso di separazioni o divorzi caratterizzati da rapporti litigiosi; in tale tessuto relazionale ciò che emergeva era – a detta dello psicologo – un rifiuto ingiustificato del figlio (minore) ad intrattenere rapporti con il genitore cd. “alienato”.

Nondimeno, il riconoscimento di questa patologia da parte della comunità scientifica ha destato non poco dibattito, essendosi da ultimo affermato che l’esclusione e l’alienazione di un genitore non corrisponda ad una sindrome né ad un disturbo psichico individuale definito, quanto piuttosto che debba identificarsi quale «disturbo relazionale» che influisce negativamente sullo sviluppo del minore; vi sarebbe cioè un concorso di colpe di ogni membro della famiglia che – ciascuno con le proprie responsabilità – contribuisce al manifestarsi del “disordine”⁷.

⁶ Lo psichiatra statunitense R.A. Gardner classificò per primo, nel 1985, le “manipolazioni” attuate dal genitore affidatario finalizzate a denigrare il genitore “alienato” e produttive della cd. *Parental Alienation Syndrome* (PAS) nel minore conteso.

⁷ La PAS non risulta inserita tra le psicopatologie riconosciute a livello mondiale. In ambito nazionale il Ministero della Salute con una nota del 29 maggio 2020 ha risposto ad una interrogazione parlamentare (n. 4-02405) precisando che l’ascientificità della PAS – dovuta alla mancanza di dati a sostegno – ha indotto l’Istituto Superiore di Sanità (ISS) a ritenere infondato il riferimento ad una “sindrome” come ad una costellazione di sintomi che caratterizzano il disagio del minore; piuttosto, mentre la proposta dello studioso statunitense W. Bernet (durante un *working committee* del DSM-5) di inserire la PAS tra le sindromi riconosciute non è stata accolta, si è ritenuto che la stessa rappresenti un “disturbo del comportamento relazionale” – grave fattore di rischio evolutivo per lo sviluppo psicologico e affettivo del minore – rientrante tra i problemi relazionali definiti dal DSM-5 come “modelli persistenti e disfunzionali di sentimenti, comportamenti e percezioni che coinvolgono due o più partner in un importante rapporto personale” (cfr. nota del Ministero della Salute del 29 maggio 2020). A ulteriore riprova delle incertezze che pervadono tale materia, non mancano contributi scientifici che sottolineano la inopportunità di operare

¹ Così l’articolo 29 della Costituzione. Le relazioni familiari sono però regolate anche da principi fondamentali di rango costituzionale, europeo ed internazionale: basti dire dell’articolo 2 Cost. nonché degli articoli 8, 11, 12 CEDU.

² Sulla famiglia quale rapporto giuridico non patrimoniale si rinvia a R. SENIGAGLIA, *Famiglia e rapporto giuridico*, in *Giust. civ.*, 2019, 97 ss.

³ Si rinvia a R. SENIGAGLIA, *Famiglia e rapporto giuridico*, *op. loc. ult. cit.*

⁴ R.A. GARDNER, *The Parental alienation syndrome. Recent Trends in divorce and custody litigation*, *The American of Psychoanalysis and dynamic Psychiatry*, Cresskill (NJ), 1985, 3-7.

⁵ Il momento di importazione in Italia di tale teoria si identifica nella pubblicazione dell’articolo I. BUZZI, *La sindrome di alienazione parentale*, in V. CIGOLI, G. GULOTTA, G. SANTI (a cura di), *Separazione, divorzio ed affidamento dei figli*, 2ª ed., Milano, 1997, 177-187.





La comunità scientifica pare attualmente orientata nel senso di ritenere l'alienazione parentale⁸ una problematica da inserire nel *continuum* di relazioni conflittuali all'interno della famiglia – sia nella fase fisiologica che patologica del *vinculum* – di cui la “sintomatologia” può costituire l'esito finale di interazioni e processi relazionali ostili⁹.

In pratica, patologia o meno, la condotta “alienante” del genitore comporta un pregiudizio grave per il minore, riconducibile a dinamiche familiari disfunzionali e possibile preludio di un danno valutabile ai fini di una pronuncia giudiziale¹⁰. Quanto dire, quindi, dell'essere la PAS una situazione di fatto che impatta (negativamente) sui componenti del consorzio familiare e si impone quindi alla lente del diritto.

2. Il quadro giurisprudenziale: la PAS e la valutazione dell'idoneità genitoriale.

Invero, l'esperienza giurisprudenziale è un chiaro esempio della tendenza ad un utilizzo distorto della suddetta sindrome poiché il suo impiego è spesso funzionale alla risoluzione di controversie in materia di capacità, meglio idoneità, genitoriale¹¹; il

con riferimento alla PAS in ambito giuridico, nonostante si rinvengono proposte di riconoscimento dell'alienazione parentale quale patologia mentale ovvero problematica di tipo relazionale; cfr. sul tema C. CASALE, *Coniugi separati e litigiosi, la PAS e la Suprema Corte*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1, 2019.

⁸ Si rinvia a A. MAZZEO, *Il problema della cosiddetta alienazione parentale: breve ricognizione storica e analisi della situazione attuale*, in G. CASSANO, P. CORDER, I. GRIMALDI (a cura di), *L'alienazione parentale nelle aule giudiziarie*, Milano, 2018, 165 ss.

⁹ Per una ampia disamina del fenomeno e dei risvolti in materia giuridica si rinvia a G. CASSANO, *Il minore nel conflitto genitoriale*, Milano, 2016.

¹⁰ È stato sottolineato il legame della PAS – comunque intesa – con l'ambito della consulenza forense; in tal senso si rinvia a L. PERULLI, *Ragioni a sostegno dell'esistenza scientifica dell'alienazione genitoriale quale distorsione relazionale tra genitore e figlio*, in G. CASSANO (a cura di), *Il minore nel conflitto genitoriale*, Milano, 2016, secondo cui la alienazione parentale è esplicitazione di «casi di osservazione quasi esclusiva degli esperti, professionisti di psicologia sociale e giuridica». Si veda inoltre E. PERUZZI, *L'affidamento condiviso nell'ottica della tutela del minore*, in G. CASSANO (a cura di), *Il minore nel conflitto genitoriale*, Milano, 2016, 71.

¹¹ Trib. Brescia, sez. III civile, 22 marzo 2019, n. 815; Trib. Castrovillari, 27 luglio 2018, n. 728; Trib. di Milano, 9-11 marzo 2017; Trib. Bergamo, 4 novembre 2016, n. 3101; Trib. Coenza, sez. II civile, 29 luglio 2015, n.778; Trib. di Milano, 13 ottobre 2014; Trib. Messina 5 aprile 2007, n. 597, Trib. Alessandria 24 giugno 1999 n. 318; i giudici di legittimità si sono espressi più volte sul tema, si vedano, *ex multis*, Cass. 25 agosto 2005, n. 17324; Cass., 3 febbraio 2012, n. 1652; Cass. 8 marzo 2013, n. 5847; Cass. 20 marzo 2013, n. 7041; Cass. 8 aprile 2016, n. 6919; Cass. 28 settembre 2017, n. 22744; Cass.

punto nevralgico è – quasi sempre – da rinvenirsi nel valore da attribuire alla consulenza tecnica d'ufficio che riscontri una sindrome da alienazione parentale nel minore (s)oggetto di contesa tra i genitori¹²: è frequente che in materia di affidamento dei figli minori il giudice sia investito della (tipica) fattispecie in cui il genitore collocatario – da ricondurre alla figura del soggetto “alienante” – ponga in essere dei comportamenti che, finalizzati all'esclusione dalla vita familiare del genitore alienato, vengano astrattamente identificati quali produttivi di una PAS e, per tale ragione, ritenuti giustificativi di una modifica delle modalità di affidamento.

A partire dal caso cd. del “bambino di Cittadella”¹³, la Corte di Cassazione ha mantenuto un *trend* piuttosto costante nell'approccio alla PAS, sebbene siano state utilizzate diverse formule nella valutazione del fenomeno: l'esistenza della sindrome non veniva esclusa dal punto di vista scientifico ma i giudici di legittimità tentavano di escludere dalle aule giudiziarie le meditazioni sulla PAS o quantomeno di contenere una prospettiva adultocentrica tendente alla «estromissione del minore dalle vicende processuali»¹⁴.

Da ultimo, la Suprema Corte richiedeva una verifica del fondamento della consulenza eventualmente prestata nonché della veridicità dei fatti rite-

16 maggio 2019, n. 13274; Cass. 16 dicembre 2020, n. 28723. Per una ricostruzione delle prime fasi dell'avvento della PAS si rimanda a M. CORRIERE, *L'alienazione parentale nella giurisprudenza civile*, in G. B. CAMERINI, M. PIGNITORE, G. LOPEZ (a cura di), *Alienazione Parentale: Innovazioni cliniche e giuridiche*, Milano, 2016, 146-160. Il medesimo contributo fornisce una panoramica completa della principale giurisprudenza di merito relativa alla PAS.

Si rimanda inoltre a I. GRIMALDI, *L'ingresso della PAS nelle aule giudiziarie: incidenza, posizioni giurisprudenziali, conseguenze*, in G. CASSANO, P. CORDER, I. GRIMALDI (a cura di), *L'alienazione parentale nelle aule giudiziarie*, Milano, 2018, 131-160.

¹² Sulla fisionomia che la consulenza tecnica è andata nel tempo acquisendo nel contesto del processo si veda M. LAGAZZI, *La consulenza tecnica in tema di affidamento del minore: dalla valutazione alla “clinica forense”*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE, V. TAGLIAFERRI (a cura di), *Il nuovo Diritto di famiglia*, I, Milano, 2015, 983 ss. in cui si sottolinea la recente tendenza al «passaggio dalla funzione valutativa ad una funzione trasformativa della c.t.u. (...) basata sul progetto piuttosto che sulla diagnosi». Si rinvia inoltre, sullo stesso tema, a F. DANOVÌ, *Tutela del minore e tecnica processuale nella c.t.u. psicodiagnostica*, in *Fam. dir.*, 2019, 819 ss.

¹³ Cass. 20 marzo 2013, n. 7041 cit. con nota di C. CICERO, *Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3, I, 2013, 859 ss.

¹⁴ Così I. GRIMALDI, *La PAS all'interno del conflitto genitoriale. Incidenza, posizioni giurisprudenziali e conseguenze*, in G. CASSANO (a cura di), *Il minore nel conflitto genitoriale*, Milano, 2016, 135.

nuti produttivi della sindrome¹⁵: se da un lato non veniva espressamente esclusa la sussistenza della PAS, dall'altro si precisava la necessità che il giudice di merito accertasse l'attendibilità in fatto dei comportamenti integranti la sindrome *de qua* sufficienti a motivare una ipotetica modifica delle modalità di affidamento, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della "patologia"; nondimeno, si è evidenziato che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e ad una crescita equilibrata e serena¹⁶.

È evidente che i giudici di legittimità abbiano voluto insistere sulla non pertinenza del profilo relativo al giudizio di scientificità della PAS, ritenendo che la *ratio decidendi* debba comunque prescindere dalla astratta validità della sindrome¹⁷.

D'altro canto, la giurisprudenza della Corte EDU – sebbene non si sia espressa in tema di PAS – si è più volte pronunciata sulle modalità di custodia e

affidamento dei minori nel conflitto genitoriale e, in particolare, sull'esercizio del diritto di visita del genitore non convivente¹⁸, stabilendo che il *best interest of the child*¹⁹ ascende a valore apicale e costituisce al tempo stesso obiettivo e limite delle scelte che investono i genitori prima e l'autorità giudiziaria poi²⁰.

La linea seguita dalla giurisprudenza europea si incardina pertanto sul principio del «superiore», «prevalente», «prioritario», «esclusivo» interesse del fanciullo²¹; principio che radica «il senso di ogni previsione normativa, di ogni decisione giudiziaria, di ogni provvedimento amministrativo relativo a minori nella concreta e reale, unica e irripetibile vicenda esistenziale di ciascuno di essi quale persona portatrice di proprie esigenze, bisogni, idealità, aspirazioni da soddisfare, allo scopo di scongiurare il rischio che la promozione del suo interesse possa divenire l'ennesimo espediente per l'affermazione dell'interesse degli adulti»²².

In tale peculiare prospettiva – in cui l'interesse assume connotati di un diritto della personalità

¹⁵ Cass. 8 aprile 2016, n. 6919 cit.; Cass. 16 maggio 2019, n. 13274 cit.

¹⁶ A prescindere dalle obiezioni sollevate dalle parti, qualora la c.t.u. presenti delle devianze dalla scienza medica ufficiale (come avviene nell'ipotesi in cui sia formulata la diagnosi di sussistenza della "sindrome da alienazione parentale") il giudice del merito, ricorrendo alle proprie cognizioni scientifiche (Cass. n. 11440/1997) oppure avvalendosi di idonei esperti, è comunque tenuto a verificarne il fondamento (Cass. n. 1652/2012; Cass. n. 17324/2005). La Suprema Corte ha osservato che, in tema di affidamento dei figli minori, il giudizio prognostico che il giudice, nell'esclusivo interesse morale e materiale della prole, deve operare circa le capacità dei genitori di crescere ed educare il figlio – a seguito della disgregazione della famiglia – va formulato tenendo conto del modo in cui i genitori hanno precedentemente svolto i propri compiti, delle rispettive capacità di relazione affettiva, nonché della personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell'ambiente sociale e familiare che è in grado di offrire al minore, fermo restando in ogni caso il rispetto del principio della bigenitorialità, da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, i quali hanno il dovere di cooperare nella sua assistenza, educazione ed istruzione (Cass. n. 18817/2015; Cass. n. 22744/2017). Nella pronuncia n. 6919/2016, la Corte ha inoltre affermato il seguente principio di diritto: «in tema di affidamento di figli minori, qualora un genitore denunci comportamenti dell'altro genitore, affidatario o collocatario, di allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una PAS (sindrome di alienazione parentale), ai fini della modifica delle modalità di affidamento, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità in fatto dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova, tipici e specifici della materia, incluse le presunzioni, ed a motivare adeguatamente, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della suddetta patologia, tenuto conto che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena».

¹⁷ Cass. 28 settembre 2017, n. 22744 cit.

¹⁸ Corte EDU 17 novembre 2015, *Bondavalli c. Italia*; Corte EDU 2 novembre 2010, *Piazzi c. Italia*; Corte EDU 13 marzo 2007, def. 13 giugno 2007, *V.A.M. c. Serbia*; Corte EDU 30 giugno 2005, *Bove c. Italia*; Corte EDU 16 dicembre 2003, def. 16 marzo 2004, ric. n. 64927/01, *Palau Martinez c. Francia*; Corte EDU 27 giugno 2000, *Nuutinen c. Finlandia*; Corte EDU 21 dicembre 1999, def. 21 marzo 2000, ric. n. 33290/96, *Salgueiro De Silva Mouta c. Portogallo*. Il consolidato orientamento della Corte EDU ritiene che il diritto al rispetto della vita familiare – garantito dall'art. 8 CEDU – comporti per ciascuno Stato contraente l'obbligo di attivarsi in maniera tale da consentire il normale sviluppo dei legami familiari (si veda già Corte EDU, 18 dicembre 1986, *Johnston c. Irlanda*). Riguardo ai rapporti tra genitori e figli minori, la Corte ha precisato che costituisce elemento fondamentale della vita familiare il godimento da parte del genitore e del figlio della reciproca compagnia: v. Corte EDU 24 marzo 1988, *Olsson (I) c. Svezia*; 7 agosto 1996, *Johansen c. Norvegia*; 24 febbraio 1995, *McMichael c. Regno Unito*; 17 luglio 2002, *P.C. e S. c. Regno Unito*.

¹⁹ Articolo 3 della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo, approvata a New York il 20 novembre 1989. Sul *best interest of the child* v. tra gli altri: P. ALSTON (a cura di), *The Best Interests of the Child. Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford-New York, 1994; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interest of the child»*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 986 ss.; M. FREEMAN, *Article 3. The Best Interests of the Child*, Leiden-Boston, 2007; inoltre, cfr. SUTHERLAND-BARNES MACFARLANE (a cura di), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge, 2016.

²⁰ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 405.

²¹ Così l'art. 57, 1° co., n. 2, l'art. 11, 1° co., l'art. 25, 5° co., l'art. 33, 4° co., l. n. 184/1983; l'art. 155-*quater*, 1° co., c.c.; l'art. 337-*sexies*, 1° co., c.c.; l'art. 317-*bis*, 2° co., c.c.; l'art. 337-*ter*, 2° co., c.c.

²² Così V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, op. cit.; v. Trib. La Spezia, 7 aprile 2020 in *Dejure*.





pronto a declinarsi nelle più svariate forme – si apprezza maggiormente la posizione preminente che occupa il *best interest* quale baluardo della stessa “realizzazione” del minore. Ossia, dalla copertura costituzionale di tale interesse²³ – che permette una valutazione delle singole fattispecie alla luce della primaria rilevanza da riconoscere al minore – discende che nell’equilibrio e nella proporzione tra le diverse posizioni che si scontrano in un contesto di conflittualità genitoriale dovrà sempre tendersi ad una prevalente considerazione del medesimo, in quanto nessun interesse concorrente potrà porsi in contrasto con il – superiore – diritto del minore²⁴. E nella valutazione di quest’ultimo si evidenzia come abbia assunto un ruolo decisivo e fondamentale l’ascolto – non già “audizione” – del fanciullo²⁵: principio generale preesistente alla norma²⁶ e «mo-

dalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del diritto fondamentale del minore ad essere informato ed esprimere la propria opinione e le proprie opzioni nei procedimenti che lo riguardano, [...] uno degli strumenti di maggiore incisività al fine del conseguimento dell’interesse del medesimo»²⁷.

È ormai pacifico che si sia in presenza di un vero e proprio diritto soggettivo e processuale²⁸, da escludersi «solo quando esso sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori del fanciullo»²⁹ con la conseguenza che, ove il giudice ritenga di non procedere all’ascolto dello stesso, la «mancanza di un’esplicita motivazione al riguardo determina la

²³ Artt. 2, 3, 30 Cost.; artt. 19, 1° co., 27, 1° co., 29 1° co., lett. a e 32, 1° co., Convenzione Onu sui diritti del fanciullo.

²⁴ G. CORAPI, *La tutela dell’interesse superiore del minore*, in *Dir. succ. fam.* 2017, 793, ritiene a tal proposito che il *best interest of the child* consente alla giurisprudenza di colmare vuoti di tutela; epperò una nozione indeterminata – come quella del superiore interesse del minore – si presta ad interpretazioni fortemente influenzate da fattori esterni.

²⁵ Cass., Sez. I, 16 maggio 2019, n. 13274 con nota di G. A. POLIZZI, *Consulenze tecniche devianti dalla scienza medica: il caso della PAS*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2020, 1295 ss. L’ascolto del minore deve considerarsi un diritto soggettivo e processuale del medesimo: si veda Cass., Sez. I, 7 ottobre 2014, n. 21101, in *Foro it.*, I, 2014, secondo cui «con la l. n. 219 del 2012, (...) il diritto del minore di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano è stato ribadito in via generale, e (...) con il decreto legislativo n. 154 del 2013, il principio in esame ha trovato ulteriori esplicitazioni ed articolazioni nelle specifiche procedure riguardanti i minori». Inoltre, Cass. civ., sez. I, 26 marzo 2015, n. 6129, afferma che «[l]’ascolto costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del diritto fondamentale del minore ad essere informato ed esprimere la propria opinione e le proprie opzioni nei procedimenti che lo riguardano, costituendo tale peculiare forma di partecipazione del minore alle decisioni che lo investono uno degli strumenti di maggiore incisività al fine del conseguimento dell’interesse del medesimo». In dottrina, si rimanda a R. DONZELLI, *L’ascolto del minore come situazione processuale partecipativa attenuata*, in A. BRIGUGLIO, R. MARTINO, A. PANZAROLA, B. SASSANI (a cura di), *Scritti in onore di Nicola Picardi*, II, Pisa, 2016, 961 ss.; L. QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, 49 ss.; A. GRAZIOSI, *Ebbene sì: il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*, in *Fam. e dir.*, 2010, 364 ss.; G. FACCHINI, *L’ascolto del minore*, in AA.VV., *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l’affidamento condiviso*, G. OBERTO (a cura di), Padova, 2007, 137 ss.; F. RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Famiglia*, 2002, 933 ss.; A. DELL’ANTONIO, *Ascoltare il minore. L’audizione dei minori nei procedimenti civili*, Milano, 1990, *passim.*; G. SERGIO, *L’ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. e dir.*, 1999, 590 ss.

²⁶ Il *best interest of the child*, inteso quale riconoscimento di una posizione preminente del minore nella relazione familiare, si è tradotto nella introduzione nel codice civile di disposizioni il cui fondamento è da rinvenirsi nell’importanza dell’ascolto del minore (si veda l’art. 155-*sexies* c.c. e poi, in seno al gene-

rale intervento della l. n. 219/2012 e del d.lgs. n. 54/2013, gli artt. 315, 336-*bis* e 337-*octies* c.c.).

²⁷ Così Cass. civ., sez. I, 26 marzo 2015, n. 6129, in *Foro it.*, I, 2015, p. 1543. A livello sovranazionale si richiamano l’art. 12 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, l’art. 3 della Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e l’art. 24, n. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. La necessità di procedere all’ascolto del minore veniva già sottolineata a livello giurisprudenziale; v. Corte cost. 16 gennaio 2002, n. 1, in G.U. II Serie speciale 6 febbraio 2002, n. 6 che riteneva la disposizione dell’art. 12 della citata Convenzione di New York come «ormai entrata nell’ordinamento [ed] idonea ad integrare – ove necessario – la disciplina dell’art. 336, secondo comma, cod. civ., nel senso di configurare il minore come “parte” del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti»; Cass., S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Foro it.*, I, 2010, c. 903 segnalava come «necessaria l’audizione del minore del cui affidamento deve disporsi, salvo che tale ascolto possa essere in contrasto con i suoi interessi fondamentali e dovendosi motivare l’eventuale assenza di discernimento dei minori che possa giustificare l’omesso ascolto». Continuava la Corte affermando che «l’audizione dei minori nelle procedure giudiziarie che li riguardano e in ordine al loro affidamento ai genitori [fosse] divenuta comunque obbligatoria con l’art. 6 della Convenzione di Strasburgo sull’esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, ratificata con la l. n. 77/2003, per cui ad essa [dovesse] procedersi, salvo che [potesse] arrecare danno al minore stesso, come risulta dal testo della norma sovranazionale e dalla giurisprudenza di questa Corte».

²⁸ In Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2014, n. 21101, in *Foro it.*, I, 2014, c. 3077 «con la l. n. 219 del 2012, [...] il diritto del minore di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano è stato ribadito in via generale, e [...] con il decreto legislativo n. 154 del 2013, il principio in esame ha trovato ulteriori esplicitazioni ed articolazioni nelle specifiche procedure riguardanti i minori». Con Cass. civ., sez. I, 26 marzo 2015, n. 6129, cit. si afferma che «[l]’ascolto costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del diritto fondamentale del minore ad essere informato ed esprimere la propria opinione e le proprie opzioni nei procedimenti che lo riguardano, costituendo tale peculiare forma di partecipazione del minore alle decisioni che lo investono uno degli strumenti di maggiore incisività al fine del conseguimento dell’interesse del medesimo». In dottrina si rimanda a R. DONZELLI, *L’ascolto del minore come situazione processuale partecipativa attenuata*, *op. cit.*, 961 ss.

²⁹ Così Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2014, n. 21101.

nullità del procedimento per omessa ingiustificata audizione»³⁰.

In particolare, in materia di PAS la Suprema Corte si è espressa recentemente circa il diritto di ascolto del minore nei seguenti termini: «il tempo trascorso dall'audizione del minore e la stessa violazione del principio di bigenitorialità non [può] comportare la soppressione “ad ogni costo” della volontà del minore ultradodocenne»³¹. Si impone pertanto, alla luce della scelta del legislatore (frutto di una visione “minorecentrica”), un dovere del giudice di considerare l'ascolto del minore come essenziale nei provvedimenti che – anche indirettamente – lo riguardano, salvo il caso in cui il coinvolgimento risulti esso stesso controproducente.

Invero, l'audizione (i.e. ascolto) costituisce soltanto uno dei centri di interesse ravvisabili in simili fattispecie: ci si è soprattutto interrogati circa il ruolo da attribuire ai consulenti nei procedimenti di affidamento dei figli e la effettiva incidenza della PAS nelle scelte riguardanti il fanciullo³².

3. Il caso di specie: la PAS e l'affido cd. “super-esclusivo”.

La decisione in commento³³ si inserisce nell'ambito di un giudizio circa l'esercizio della responsabilità genitoriale, ad esito del quale la Corte d'appello – sulla scorta di due c.t.u. che avevano diagnosticato una PAS scaturente da comportamenti ostativi della madre – aveva stabilito l'affido “super-esclusivo” della figlia minore al padre.

I giudici di legittimità sottolineano che, pur in presenza di condotte di un genitore finalizzate ad impedire che l'altro incontri il figlio minore (lesive quindi del diritto di quest'ultimo alla bigenitorialità) debba considerarsi la possibilità di intraprendere un percorso di effettivo recupero delle capacità genitoriali, «scevro da pregiudizi originati da postulate e non accertate psicopatologie con crismi di scientificità».

³⁰ Così Cass. civ., sez. I, 13 dicembre 2018, n. 32309. In dottrina v. M. SESTA, A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in SCHLESINGER (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale, La crisi della famiglia*, Milano, 2016, 129. Inoltre, secondo altra tesi la mancata audizione genera un vizio di minore gravità (nullità relativa), deducibile ad istanza di parte a supporto di istanza di revisione o di modificazione del provvedimento assunto. In merito si veda anche Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9633, in *Foro it.*, I, 2015, p. 3161.

³¹ Così Cass., 16 maggio 2019, n. 13274 cit.

³² G. A. POLIZZI, *Consulenze tecniche devianti dalla scienza medica: il caso della PAS*, op. cit.

³³ Cass., Sez. I Civ., ord. 17 maggio 2021 n. 13217.

In mancanza di irrecuperabili carenze d'espressione delle capacità genitoriali, un giudizio esclusivamente incentrato sul disvalore attribuito all'asserita PAS non può quindi ritenersi giustificativo di una modifica delle modalità di affidamento, dovendosi altresì considerare il profilo afferente alle conseguenze sul minore del cd. “super-affido”³⁴.

Il ragionamento della Corte si incardina su un principio che – soprattutto in materia di affidamento dei minori – ha assunto un ruolo decisivo nella soluzione di controversie che, anche trasversalmente, incidono sul rapporto genitore-figlio: il diritto alla bigenitorialità.

Sin dalla «decisa inversione del rapporto regola-eccezione [per cui] l'affidamento condiviso [è stato innalzato] a tipologia preferenziale [...] mentre l'affidamento esclusivo [è stato] degradato a fattispecie residuale»³⁵ il diritto dei figli alla bigenitorialità ha trovato una esplicita copertura di diritto positivo³⁶. Quest'ultimo ben può essere considerato la traduzione in materia di rapporti affettivi del *best interest* del minore: un equilibrato sviluppo della personalità del fanciullo è condizionato dalla «rete di relazioni familiari che lo rendono complice di tutta una fitta serie di legami significativi essenziali»³⁷. E in quest'ottica, i giudici di legittimità hanno più volte ribadito – nella consapevolezza che quello alla bigenitorialità sia un diritto costituzionalmente protetto (sia del genitore sia del minore) – che la presenza di entrambi i genitori nella vita del

³⁴ Il terzo comma dell'articolo 337-*quater* c.c. recita: «Il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non sono affidati ha il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse».

³⁵ Così M. SESTA, A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, op. cit., 40 sulla inversione attuata dalla l. n. 54/2006; v. inoltre sul tema L. BALESTRA, *La crisi del matrimonio*, in G. AMADIO, F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile*, II, Bologna, 2014, 646.

³⁶ In verità si ritiene che il principio *de quo* abbia trovato un ingresso normativo nell'ordinamento italiano sin dalla l. n. 179/1991 di ratifica della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (stipulata il 20 novembre 1989). Quest'ultima all'articolo 9, n. 3 stabiliva: «Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo».

³⁷ E.W. DI MAURO, *Il diritto di visita del genitore non collocatario in periodo di pandemia. Il bilanciamento dei diritti fondamentali e il miglior interesse del minore*, in *Diritto della famiglia e delle successioni*, 1, 2021.





figlio sia (necessaria) garanzia di una esistenza stabile³⁸.

Sulla base di un tessuto normativo denso di esempi che confermano la assoluta centralità del minore nel rapporto familiare³⁹, in tema di affidamento dei figli la Suprema Corte ha ribadito che «il giudizio prognostico che il giudice, nell'esclusivo interesse morale e materiale della prole deve operare circa le capacità dei genitori, va formulato tenendo conto, in base ad elementi concreti, del modo in cui i genitori hanno precedentemente svolto i propri compiti, delle rispettive capacità di relazione affettiva, nonché della personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell'ambiente sociale e familiare che è in grado di offrire al minore, fermo restando il rispetto del principio della bigenitorialità»⁴⁰. I giudici di legittimità in particolare si esprimevano su una controversia in cui – a supporto della incapacità genitoriale – veniva paventata una PAS; senza dare giudizi sulla validità o invalidità delle teorie scientifiche, la Corte scavalcava la “sindrome” ribadendo la necessità di valutare l'idoneità genitoriale alla luce del diritto alla bigenitorialità del minore⁴¹.

In tale ottica, la valutazione dell'interesse del minore – che funge da criterio esclusivo di orientamento nelle scelte giudiziarie che lo riguardano – non può prescindere dall'apprezzamento del diritto

alla bigenitorialità che, si ne rappresenta la proiezione, ma deve ricevere in sede giudiziale una “autonoma” considerazione⁴².

4. Riconducibilità delle condotte scaturenti la asserita PAS nella fattispecie (tipica) dell'illecito endofamiliare.

Senonché, ribadito che l'esistenza o meno della patologia non risulta essenziale nella valutazione delle condotte antiggiuridiche dei singoli – perlomeno in tale sede – va segnalato che i comportamenti ritenuti rilevanti per la diagnosi di una PAS sono astrattamente riconducibili a dinamiche familiari disfunzionali e che, dunque, la situazione di fatto – abbandonata la erronea prospettiva adultocentrica – può determinare conseguenze negative per il figlio, per così dire, “conteso” tra i genitori.

Più che il fondamento scientifico della PAS, ciò che viene in risalto in simili fattispecie è – focalizzando l'attenzione sul minore alla luce del *best interest of the child* – la lesione da parte del genitore ritenuto “alienante” del diritto alla bigenitorialità del figlio: si è dunque in presenza di un illecito endofamiliare⁴³.

³⁸ Si veda, *ex multis*, Cass., 10 dicembre 2018, n. 31902, in *Famila.it*, 2019.

³⁹ A titolo esemplificativo si veda l'articolo 337-*quater* c.c. che, nel prevedere la possibilità che il giudice disponga l'affidamento del figlio ad uno solo dei genitori, precisa la necessità in tal caso di un provvedimento motivato che – ritenendo l'affidamento congiunto contrario all'interesse del minore – giustifichi tale scelta, da considerarsi pur sempre eccezionale. Si precisa, inoltre, che il giudice dovrà non soltanto motivare “in negativo” sulla idoneità educativa – nonché sulla manifesta carenza – del genitore non affidatario, ma anche sulla idoneità del genitore cui verrà affidato in via esclusiva il minore (Cass. civ., 7 dicembre 2010, n. 24841). V. *ex multis* Trib. di Milano, ord. 20 marzo 2014 *ex art.* 708 c.p.c. con cui il giudice aveva disposto l'affido “super esclusivo” del minore alla madre, prevedendo in tal senso un «affidamento monogenitoriale di tipo “blindato” in favore della madre. Nel caso di specie, il marito inglese, oltre ad essere tornato a Londra e ad aver violato l'obbligo di mantenimento, aveva minacciato la moglie di portare via il figlio se costei non avesse aderito alle sue richieste, dimostrando così di usare il minore come “argomento di scambio” nell'ambito del conflitto di copia. Ne era emersa una figura paterna totalmente inadatta alla genitorialità, tale da giustificare l'affidamento ad un solo genitore» (così I. GRIMALDI, *Affidamento e collocamento dei minori: profili normativi e giurisprudenziali*, in G. CASSANO, P. CORDER, I. GRIMALDI (a cura di), *L'alienazione parentale nelle aule giudiziarie*, Milano, 2018, 81 ss.).

⁴⁰ Cass. civ., 8 agosto 2016, n. 6919.

⁴¹ I. GRIMALDI, *L'ingresso della PAS nelle aule giudiziarie: incidenza, posizioni giurisprudenziali, conseguenze*, in G. CASSANO, P. CORDER, I. GRIMALDI (a cura di), *L'alienazione parentale nelle aule giudiziarie*, Milano, 2018, 131 ss.

⁴² C. VALENTE, *Interesse del minore e bigenitorialità v. legislazione emergenziale: riflessione sui recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Juscivile*, 5, 2020, 1340.

⁴³ Per una completa ricognizione del fenomeno si rinvia a L. GAUDINO, *Paternità, obblighi, responsabilità: il risarcimento del danno per lesione del diritto al rapporto parentale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 607; M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. dir.*, 2017, 289; G. ANZANI, *Illeciti tra familiari e adattamento della responsabilità civile: la responsabilità da ingiustizia in una relazione qualificata*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 597; A. C. NAZZARO, *Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra familiari*, in *Giust. civ.*, 2016, 827; A. THIENE, *Figli, finzioni e responsabilità civile*, in *Fam. dir.*, 2016, 241; A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1220; F. DANOVI, *Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 293; C. FAVILLI, *I danni tra conviventi nel bilanciamento tra libertà e solidarietà*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 2086; G. F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. il danno «endofamiliare» tra coniugi*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 95; G. FACCI, *Il danno da adulterio arriva in cassazione*, in *Fam. dir.*, 2012, 257; E. CAMILLERI, *Violazioni dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2012, 431; L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Torino, 2013, 67 ss. Tra gli studi che hanno dedicato particolare attenzione al tema si rinvia a E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, in *Europa dir. priv.*, Milano, 2010; G. FERRANDO, *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, G. VISINTINI (diretto da), I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 393; L. GAUDINO, *La responsabilità civile endofamiliare*, ivi, 2008, 1238; T. MONTECCHIARI, *Violazione dei doveri familiari e risarcimento*

Trattasi di quella categoria autonoma di condotte, di per sé integranti violazioni di doveri “propri” della relazione familiare, la cui natura giuridica ha destato particolare interesse: prima, relativamente alla configurabilità o meno di una responsabilità da illecito endofamiliare e, poi, circa il carattere della responsabilità eventualmente riconosciuta in capo al congiunto che pone in essere la condotta che si assume potenzialmente lesiva⁴⁴.

Volendo considerare il caso in commento⁴⁵ – esemplificativo della prassi di richiamare nelle aule giudiziarie la PAS quale “prova” di incapacità genitoriale – è possibile individuare dei tratti astrattamente riconducibili alla (tipica) fattispecie del danno intrafamiliare: la madre della minore, al fine di impedire l’incontro della figlia con il padre, aveva posto in essere delle condotte ritenute «gravi» dalla stessa Corte.

Nell’ipotesi in cui la (necessaria) valutazione del caso concreto facesse emergere l’integrazione dei presupposti richiesti ai fini della configurabilità di un illecito endofamiliare, la madre della minore sarebbe allora tenuta al risarcimento del danno nei riguardi della figlia (ovvero, del genitore “alienato”).

È dunque doveroso richiamare i tratti essenziali dell’illecito intrafamiliare, in cui il *genus* danno endofamiliare deve essere ripartito in due *species*, ossia il danno relativo al rapporto di coniugio/unione e il danno relativo al rapporto genitoriale, ed (eventualmente) ricondurre la fattispecie tipica da cui si fa tradizionalmente discendere una PAS alla (più coerente) categoria della responsabilità da illecito.

4.1. *Segue. La tutela (risarcitoria) del minore coinvolto in una crisi della compagine familiare nella pendenza di un giudizio: articolo 709-ter c.p.c.*

del danno, Napoli, 2008; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa dir. priv.*, 4, 2008, 929; M. SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008; M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 2005; G. CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale. Il risarcimento del danno non patrimoniale all’interno della famiglia*, Padova, 2006; A. FRACCON, *La responsabilità civile fra coniugi: questioni generali e singole fattispecie*, in CENDON (a cura di), *Tratt. resp. civ. pen. in famiglia*, Padova, 2004, 2801; R. PARTISANI, *Sulla risarcibilità del danno cagionato in violazione dell’obbligo di fedeltà coniugale*, in *Resp. comunic. impr.*, 2003, p. 87; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 605; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984.

⁴⁴ E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European Tort Law*, op. cit., p. 189.

⁴⁵ Cass., Sez. I Civ., ord. 17 maggio 2021 n. 13217.

Ciò premesso, la fattispecie in esame – fermo restando che quello riconducibile alla PAS è (in astratto) comportamento riferibile alla responsabilità civile in ambito familiare di cui meglio si dirà infra – sembra presentare i presupposti richiesti per quella tipica tutela (risarcitoria) del minore coinvolto in una crisi della compagine familiare, nella pendenza di un giudizio⁴⁶: si fa, precisamente, riferimento al dispositivo rimediato regolato dall’articolo 709-ter c.p.c.

Introdotta nel 2006⁴⁷ da una legge che si è detto recepire largamente l’esperienza anglosassone e nordamericana, l’articolo ha previsto un potere del giudice, in caso di «gravi inadempienze» o «atti che arrechino pregiudizio al minore ovvero ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento», di modificare i provvedimenti in vigore e – *anche congiuntamente* – optare tra l’ammonizione dell’inadempiente, il risarcimento a carico di uno dei genitori nei confronti del minore, il risarcimento a carico di uno dei genitori nei confronti dell’altro, nonché la condanna dell’inadempiente al pagamento di un’ammenda. Trattasi, insomma, di controversie le quali presuppongono la disgregazione del tessuto familiare, la pendenza di un giudizio e, infine, la esistenza di uno specifico provvedimento – sul quale può darsi controversia tra i genitori – concernente le modalità di affidamento di figli minori⁴⁸.

La formulazione dell’articolo 709-ter, sebbene labirintica, lascia in ogni caso apprezzare una certa duttilità del rimedio *de quo*. Il giudice, infatti, oltre ad essere chiamato ad assicurare il rispetto dei doveri genitoriali tramite una tutela esecutiva dei «provvedimenti già in vigore», è competente ad emanare misure in grado di “sanzionare” il genitore i cui comportamenti causino un danno al figlio minore (o all’altro genitore)⁴⁹.

Nonostante la apparente affinità con il procedimento di cui al successivo articolo 710 c.p.c., il dispositivo rimediato-sanzionatorio che ci occupa presuppone un comportamento – inadempiente e/o ostativo – pregiudizievole al minore e trova applicazione a valle di una crisi familiare, ben potendosi prospettare un intervento del giudice sia incidentale

⁴⁶ Sull’ambito applicativo dell’istituto di cui all’articolo 709-ter c.p.c. si rinvia a E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art 709 ter c.p.c.*, in M. ASTONE (a cura di), *Udienza presidenziale. Procedure e impugnazioni*, Milano, in corso di stampa Giuffrè, 2022. V. inoltre L. P. COMOGLIO, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile. II. Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*, 5ª ed., Bologna 2011, 242 ss.

⁴⁷ L. 8.02.2006, n. 54.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., 10 luglio 2020, n. 145, in *Dejure*.

⁴⁹ M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, op. cit., 289 ss. Cfr. Corte cost., 10 luglio 2020, n. 145 cit.





sia successivo a provvedimenti (di affidamento) già divenuti esecutivi⁵⁰.

Un breve cenno meritano innanzitutto i caratteri processual-civilistici del procedimento ex articolo 709-ter c.p.c. i cui tratti essenziali – concernenti, tra gli altri, la competenza del giudice, i provvedimenti intorno alla cui esecuzione possano nascere controversie ovvero i provvedimenti adottabili e i termini della loro impugnabilità⁵¹ – sono stati in parte chiariti dalla legge 26 novembre 2021, n. 206, recante la 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”.

Competente è «il giudice del procedimento in corso», il quale ultimo deve intendersi qualsiasi giudizio di separazione, divorzio, scioglimento, cessazione degli effetti civili, nullità del matrimonio o affidamento di figli minori (anche di genitori non coniugati)⁵². In tal senso, la legge 206/2021 ha novellato (all’art. 1, comma 28) l’articolo 38 disp. att. al codice civile prevedendo al primo comma che «Il tribunale per i minorenni è competente per il ricorso previsto dall’articolo 709-ter del codice di procedura civile quando è già pendente o è instaurato successivamente, tra le stesse parti, un procedimento previsto dagli articoli 330, 332, 333, 334 e 335 del codice civile», stabilendo così – oltre alla competenza del tribunale dei minorenni – i confini di conoscibilità e, soprattutto, gli ambiti di applicazione, del 709-ter, il quale dunque prescinde dalla (sola) pendenza di un giudizio di separazione o di divorzio.

L’articolo 38 disp. att. al codice civile, così come modificato dalle previsioni del 2021, continua disponendo: «Nei casi in cui è già pendente o viene instaurato autonomo procedimento previsto dall’articolo 709-ter del codice di procedura civile davanti al tribunale ordinario, quest’ultimo, d’ufficio o a richiesta di parte, senza indugio e co-

munque non oltre quindici giorni dalla richiesta, adotta tutti gli opportuni provvedimenti temporanei e urgenti nell’interesse del minore e trasmette gli atti al tribunale per i minorenni, innanzi al quale il procedimento, previa riunione, continua. I provvedimenti adottati dal tribunale ordinario conservano la loro efficacia fino a quando sono confermati, modificati o revocati con provvedimento emesso dal tribunale per i minorenni». Sembra così darsi una risposta – seppur nebulosa – al già noto dibattito circa il riparto di competenze tra giudice specializzato e giudice ordinario, risoltosi a seguito della l. n. 219/2012 (nonché del successivo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154) nel segno del riconoscimento di una generale e sussidiaria competenza del giudice ordinario⁵³. E sebbene il giudice istruttore e il collegio sembrino tutt’ora contendersi il campo nelle ipotesi di lite già pendente⁵⁴, anche sotto questo profilo subentra oggi la legge 206/2021: da una parte viene previsto un rito unificato denominato «procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie»⁵⁵, dall’altra viene precisata «la competenza del tribunale in composizione collegiale, con facoltà di delega per la trattazione e l’istruzione al giudice relatore, stabilendo che nel tribunale per i minorenni la prima udienza di cui alla lettera l) e le udienze all’esito delle quali devono essere adottati provvedimenti decisori, anche provvisori, sono tenute dal giudice relatore, con facoltà per lo stesso di delegare ai giudici onorari specifici adempimenti e con

⁵³ Già a seguito dell’entrata in vigore della l. n. 54/2006 emergono indirizzi interpretativi contrapposti in merito al detto riparto di competenze. Si rinvia per completezza a E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art 709 ter c.p.c., op. cit.*, M. A. LUPOI, *Aspetti processualistici della normativa sull’affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1063; L. PRESUTTI, *Il conflitto di competenza tra tribunale ordinario e tribunale per i minorenni alla luce della l. n. 54/2006*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, 8-9, 729. In giurisprudenza v. Cass. ord., 3 aprile 2007, n. 8362; Trib. Min. Milano, decreto 12 maggio 2006, in *Diritto e giustizia*, 2006, n. 23.

⁵⁴ V. E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art 709 ter c.p.c., op. cit.*, che rimanda a L. P. COMOGLIO, *I procedimenti di separazione e divorzio, op. cit.*, il quale propende per la competenza del giudice istruttore; in senso contrario si veda F. TOMMASEO, *L’adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell’affidamento: l’art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010, 1057 ss.; M. A. LUPOI, *Aspetti processualistici della normativa sull’affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1063; E. VULLO, *Competenza e oggetto delle controversie promosse ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2009, 43 ss. secondo cui spetterebbe al giudice istruttore un potere di intervento di carattere integrativo/modificativo delle condizioni dell’affido, dovendosi per il resto riservare competenza decisoria al tribunale in composizione collegiale. Per una analisi completa si veda E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art 709 ter c.p.c., op. cit.*

⁵⁵ Da inserire in un apposito titolo IV-bis del libro II del codice di procedura civile, rubricato «Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie» (cfr. art. 1, 23° co., l. n. 206/2021).

⁵⁰ F. PETROCELLI, *Il risarcimento del danno previsto dall’art. 709 ter, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. tra derive “punitive” ed esigenze di effettività sottese al diritto alla bigenitorialità del minore*, in *Persona e Mercato*, 4, 2021.

⁵¹ V. E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art 709 ter c.p.c., op. cit.*, in merito al profilo della impugnabilità dei provvedimenti resi ex art. 709 ter c.p.c. Con i “modi ordinari”, il legislatore non alluderebbe agli ordinari mezzi di impugnazione ex art. 324 c.p.c. bensì ai mezzi adeguati alla diversa categoria cui appartiene il provvedimento da sottoporre a gravame. Con riferimento al regime di impugnazione cui sottoporre i provvedimenti emessi, *lite pendente*, dal giudice istruttore, sembra potersi propendere – aderendo ad una concezione funzionale di provvedimento cautelare ex art. 669 *quaterdecies* c.p.c. – per l’applicazione del rito cautelare uniforme.

⁵² Cfr. art. 4, 2° co., l. n. 54/2006.

l'esclusione della facoltà di delegare l'ascolto dei minorenni, l'assunzione delle testimonianze e tutti gli atti riservati al giudice togato» (art. 1, comma 23, lett. c). A tal proposito viene chiarito che, nel caso in cui il processo inevitabilmente continui, il giudice relatore possa adottare « i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell'interesse delle parti stesse» formulando una proposta di «piano genitoriale» al cui interno «siano individuati i punti sui quali vi sia l'accordo dei genitori e che il mancato rispetto delle condizioni previste [...] costituisce comportamento sanzionabile ai sensi dell'articolo 709-ter del codice di procedura civile» (art. 1, comma 23, lett. r).

Definiti i confini e il riparto di competenze, ci si imbatte nella natura dei «provvedimenti in vigore» in merito ai quali può darsi la controversia scaturigine del procedimento *de quo*. Ciò che può dirsi una novità – rispetto a tutti gli *atti*⁵⁶ che toccano, anche parzialmente, la materia in oggetto – è il già menzionato «piano genitoriale» previsto dalla legge 206/2021.

Fatte queste doverose premesse e chiarito l'ambito di applicazione del rimedio che ci occupa, sebbene siano (ancora) molteplici i nodi interpretativi di stampo prettamente processual-civilistico che la materia presenta, occorre entrare nell'ambito delle problematiche di stampo sostanziale che l'articolo 709-ter c.p.c. solleva.

Si è non a caso detto che l'articolo *de quo* consacra l'ingresso della responsabilità civile nei territori del diritto di famiglia⁵⁷: il legislatore avrebbe puntualmente previsto una tutela risarcitoria a conferma della compatibilità dell'istituto aquiliano e

dei rimedi gius-familiari. Di più, la materia degli illeciti intrafamiliari ha costituito un punto di osservazione per indagare la stessa natura “polifunzionale” della responsabilità civile⁵⁸.

Pertanto, una volta definiti i tratti essenziali della responsabilità in ambito familiare, può indagarsi la natura e – dunque – la funzione delle misure adottabili *ex* articolo 709-ter c.p.c. per scoprirne la loro sovrapponibilità ovvero complementarità rispetto alla (tipica) responsabilità civile.

4.2. *Segue. Responsabilità civile e diritto di famiglia.*

È ormai superata quella tradizionale concezione piramidale della famiglia ed accettata la attrazione della famiglia al modello di comunità piuttosto che a quello di istituzione⁵⁹, che ha permesso l'abbandono del sistema di “immunità” al diritto comune – in particolare alla responsabilità civile – del diritto di famiglia, sulle prime dovuto alla dichiarata natura solo morale e non giuridica dei doveri che scaturiscono dalla relazione familiare⁶⁰.

In verità, potrebbe dirsi che la stessa *machinery* della responsabilità civile abbia concorso a sostenere una immunità familiare alla tecnica aquiliana, per lungo tempo regolata sulla dimensione del diritto assoluto, con una visione prettamente patrimonialistica dei rapporti da tutelare e con una conseguente limitazione della sua operatività nei rapporti connotati da tratti di non patrimonialità⁶¹.

⁵⁶ V. E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art 709 ter c.p.c.*, *op. cit.*, in merito alla «inclusione anche di quei termini di affidamento della prole che siano sì formalmente riconducibili a un provvedimento del giudice, ma reso in guisa di omologazione di termini concordati e convenuti dagli stessi (ex)coniugi/genitori: così gli accordi di separazione omologati *ex* artt. 337 *ter*, 2° co. e art. 158, 2° co. c.c., così gli accordi autorizzati *ex* art. 6, 2° co., d.l. 12.09.2014, n. 132, conv. con modificazioni dalla l. 10.11.2014, n. 162. Del pari appare sensato propendere altresì per l'inclusione nel raggio di azione dell'istituto anche delle questioni interpretative e attuative sorte intorno alle misure di affidamento dei figli di genitori non coniugati, con la fondamentale precisazione però che laddove la disgregazione del nucleo familiare fondato sul matrimonio necessariamente prelude all'adozione di provvedimenti giurisdizionali concernenti l'affidamento dei figli minori, l'intervento giurisdizionale non è invece un passaggio obbligato nei casi di cessazione della convivenza di genitori non coniugati».

⁵⁷ V. G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 590 ss.; A. D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006, 1031-1051; C. ONNIBONI, *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2007, 82.

⁵⁸ G. FACCI, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, in *Resp. civ. e prev.*, II, 2019, 421. Sulla capacità della materia familiare di costituire un campo fertile per una elaborazione della responsabilità civile con tensione sanzionatoria si rinvia a M. SESTA, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, *op. cit.*, 289; M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, *op. cit.*, *passim.*; M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2008, 303.

⁵⁹ Cass. 10 maggio 2005, n. 9801. Si rimanda, per completezza, a E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, *op. cit.*, 146 ss.

⁶⁰ P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1961, 415 ss. Sul valore giuridico dei doveri nascenti dalla relazione familiare si rinvia a P. ZATTLI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato Rescigno, Persone e famiglia*, 3, II, Torino, 1996, 5 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, *op. cit.*, 622; CENDON, SEBASTIO, *La responsabilità civile fra marito e moglie*, in CENDON (a cura di), *Persona e danno*, III, Milano, 2004, 2838 ss.; V. PILLA, *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna, 2006, 10 ss.

⁶¹ E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, *op. cit.*, 152.





Se è vero che la famiglia abbia – sin da epoche remote⁶² – rappresentato un’istituzione finalizzata ad assolvere una essenziale funzione sociale⁶³, si assiste ormai da tempo ad una evoluzione dell’ordinamento giuridico nel senso di una valorizzazione degli interessi dei singoli membri della famiglia. La privatizzazione del diritto di famiglia⁶⁴, frutto di scelte legislative mosse da una sempre maggiore attenzione alla tutela dell’individuo, si apprezza sin dalla caduta del principio dell’indissolubilità del matrimonio⁶⁵ fino alla istituzione dell’unione civile e alla regolazione delle convivenze di fatto⁶⁶, passando per la riforma dei rapporti di filiazione⁶⁷.

Ora, da un lato la centralità dell’individuo anche in ambito familiare – conseguenza di una scelta del legislatore, non soltanto nazionale ma anche (sulla spinta di quello) europeo e sovranazionale – e dall’altro l’evoluzione della stessa responsabilità aquiliana, che ha abbandonato il piano del diritto soggettivo assoluto per arrestarsi su quello dell’interesse giuridicamente rilevante, assumendo

pieno rilievo nella “storia evolutiva” del danno non patrimoniale, hanno sancito un legame sempre più stringente tra famiglia e responsabilità civile⁶⁸, al punto di ammettere la esperibilità delle tutele risarcitorie in contesti familiari⁶⁹.

Se però è unanime il superamento rispetto agli illeciti endofamiliari di quella concezione di autosufficienza dei rimedi gius-familiari, non altrettanto può dirsi della compatibilità dei rapporti di famiglia con la tutela risarcitoria *ex delicto*.

Invero, mentre la giurisprudenza ha ricondotto al paradigma della responsabilità extracontrattuale la fattispecie di illecito intrafamiliare⁷⁰, in dottrina si sono contese (e continuano a contendersi) il campo varie teorie.

4.3. Segue. Illecito endofamiliare: tra neutralità del rapporto di parentela e autonomia della categoria in esame.

Una fattispecie come quella parentale in cui i soggetti coinvolti non sono propriamente estranei, cioè slegati da alcuna relazione giuridicamente rilevante, il vincolo che lega danneggiante e danneggiato – che è lo stesso che prescrive o vieta la condotta

⁶² M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2017, 568 richiama un passo del *De Officiis* di Cicerone il quale già sentenziava: «nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae». Già si evidenziava la finalità sociale della famiglia, la quale costituiva il fondamento della società civica.

⁶³ M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, *op. loc. ult. cit.*, 568.

⁶⁴ Cfr. sul tema M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, *op. loc. ult. cit.*, 567 ss.; T. MAUCERI, *Risarcimento del danno e violazione del dovere di fedeltà coniugale*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 447 ss.; F. PARENTE, *L’evoluzione dei modelli familiari: dal principio di autorità alla tutela delle libertà personali*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 388 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall’unità d’Italia a oggi. Parte prima. Dalla «famiglia-istituzione» alla «famiglia-comunità»: centralità del «rapporto» e primato della «persona»*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2013, 1043 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *op. cit.*, 935 ss.; D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, 137 ss.; T. AULETTA, *Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, 405 ss.; P. ZATTI, *Famiglia, familiae – declinazioni di un’idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, 31 ss.; P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Id.*, *Matrimonio e famiglia. Cinquant’anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 348 ss.

⁶⁵ L. 1.12.1970, n. 898. Ad oggi, la giurisprudenza è concorde nel riconoscere l’esistenza nell’ordinamento di un diritto costituzionalmente garantito a porre fine all’unione matrimoniale entrata in crisi (Cass., 9 ottobre 2007, n. 21099, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 519 con nota di LENTI, *Il criterio per valutare l’intollerabilità della convivenza: la cassazione abbandona le declamazioni ideologiche e disvela le regole operative*).

⁶⁶ L. 20.05.2016, n. 76.

⁶⁷ L. 10.12.2012, n. 219; d.lgs. 28.12.2013, n. 154.

⁶⁸ V. Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Danno resp.*, 2003, con note di F.D. BUSINELLI e G. PONZANELLI. Per una puntuale ricostruzione della storia del danno non patrimoniale – alla luce degli ultimi interventi giurisprudenziali – si rimanda a G. CHINÈ – A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, 12^a ed., 2020-2021, 2034 ss.

⁶⁹ Cass., 10 maggio 2005, n. 9801 in *Fam. e Dir.*, 2005, 365, con note di M. SESTA e G. FACCI.

⁷⁰ Da ultimo Cass., Sez. VI Civ., ord. 16 dicembre 2021 n. 40335; Cass., Sez. III Civ., ord. 10 giugno 2020 n. 11097 che – pronunciandosi in particolare sulla distinzione tra illecito endofamiliare di natura istantanea ad effetti permanenti e di natura permanente ai fini della decorrenza della prescrizione – fornisce un *excursus* della giurisprudenza di legittimità in tema di danno endofamiliare riaffermando che la violazione dei doveri di mantenimento, istruzione ed educazione dei genitori verso la prole (nella specie il disinteresse mostrato dal padre nei confronti del figlio per lunghi anni) non trova sanzione solo nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, potendo integrare gli estremi dell’illecito civile, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti; questa, pertanto, può dar luogo ad un’autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell’art. 2059 c.c. Si rinvia, *ex multis*, al *leading case* Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.*, 2001, I, 188, con nota di A. D’ADDA, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, che ha statuito la risarcibilità del danno «esistenziale», da lesione di diritti fondamentali, patito dal figlio a cui sia reiteratamente negato il riconoscimento da parte del genitore biologico. Ancora prima, si veda Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Temi*, 1952, p. 119, con nota di A. CANDIAN, *L’azione di danno dell’eredoluetico contro i genitori*. Di recente v. Cass., Sez. I, 10 aprile 2012, n. 5652; Cass., Sez. I, 22 novembre 2013, n. 26205; Cass., Sez. III-VI, 16 febbraio 2015, n. 3079; Cass., Sez. III, 8 aprile 2016, n. 6833; Cass., 9 marzo 2020, n. 6518.

che si assume lesiva – ha “scomodato” la responsabilità per inadempimento di un obbligo preesistente⁷¹. Ossia, la qualificazione – operata dalla giurisprudenza – in termini extracontrattuali della responsabilità *de qua* comporterebbe l’inevitabile esito di negare il *vinculum* esistente tra le parti «nel mentre stesso in cui se ne sanziona di fatto la violazione e in pari tempo [ne] oblitera la natura specifica della lesione cagionata dal familiare»⁷². Piuttosto, il presupposto che i rapporti familiari siano un insieme di obblighi «puntuali, esclusivi, relativi, che fanno capo non a chiunque ma soltanto a quella parte deputata, in via esclusiva, a soddisfare l’interesse del soggetto in relazione»⁷³ comporterebbe una piena compatibilità con la figura del debitore nel rapporto obbligatorio⁷⁴.

Si è però – in modo condivisibile – risposto a quanti rifiutano una attrazione nell’orbita del *neminem laedere* di ciò che «si può “consumare” esclusivamente all’interno del rapporto»⁷⁵ *de quo*, che il legame astrattamente preclusivo del sorgere di una responsabilità extracontrattuale dovrebbe comunque integrare i tratti di un obbligo primario di prestazione corredato della patrimonialità⁷⁶; solo così potendosi modellare sul rapporto propriamente obbligatorio, la cui violazione integrerebbe sicuramente la forma della responsabilità contrattuale. E non vale neppure a giustificare un richiamo della responsabilità *ex contractu* in tale sede l’assunto che quest’ultima sia in astratto pienamente in grado di fornire ristoro ai danni non patrimoniali⁷⁷; infatti, se la prestazione può corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore, ciò non vale ad

escludere la sua suscettibilità di valutazione economica *ex* articolo 1174 c.c.

Di talché, il carattere non patrimoniale di determinati comportamenti dovuti in ambito familiare (e, tra tutti, i doveri di accudimento morale verso i figli) segnerebbe una linea di confine invalicabile tra l’illecito endofamiliare e il modello della responsabilità contrattuale – perlomeno – per quelle ipotesi in cui il “dovere” violato non assume i caratteri di un “obbligo”⁷⁸.

Ciò non esclude, ad ogni modo, la possibilità che si integrino gli estremi di una responsabilità contrattuale in caso di violazione di prestazioni a contenuto classicamente obbligatorio (ad esempio: il mantenimento)⁷⁹. Il campo delle relazioni familiari è infatti un chiaro esempio dell’esistenza del fenomeno del “doppio effetto” di determinati fatti che, in particolare, oltre ad avere uno specifico rilievo in relazione alle regole proprie del diritto di famiglia, possono concorrere ad integrare un evento costitutivo di una responsabilità ora contrattuale ora aquiliana⁸⁰.

Tuttavia, in dottrina non è pacifica tale ricostruzione soprattutto per chi sostiene un monopolio della responsabilità contrattuale in ambito familiare sulla base del rapporto giuridico preesistente tra le parti e della maggiore pertinenza della coppia inadempimento-responsabilità contrattuale⁸¹; ovvero, per chi ha richiamato la figura dei cd. obblighi di protezione⁸² ritenendo che la relazione familiare sia un rapporto improntato a reciproci affidamenti e che, pertanto, l’inadempimento dei doveri coniugali si spiegherebbe alla luce del generale principio di buona fede⁸³.

⁷¹ Tra tutti v. A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *op. cit.*; sulla configurazione della responsabilità *ex* art. 1218 c.c., tramite l’applicabilità in via analogica delle norme in materia di obbligazioni alla violazione dei doveri non patrimoniali familiari cfr. M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 14 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 2017, 63 ss. Da ultimo R. SENIGAGLIA, *Famiglia e rapporto giuridico*, *op. cit.*, 97 ss.

⁷² A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *op. cit.*, 934.

⁷³ R. SENIGAGLIA, *Famiglia e rapporto giuridico*, *op. cit.*, 117.

⁷⁴ M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, *op. cit.*, 17.

⁷⁵ R. SENIGAGLIA, *Famiglia e rapporto giuridico*, *op. cit.*, 117.

⁷⁶ In tal senso si veda E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European Tort Law*, *op. cit.*, 152.; in senso contrario A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *op. cit.*, 936.

⁷⁷ La responsabilità contrattuale è oggi pienamente in grado di fornire ristoro ai danni non patrimoniali; cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss. che ha ribadito l’ammissibilità del danno non patrimoniale da contratto. In dottrina si rimanda a C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 787 ss.

⁷⁸ E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European Tort Law*, *op. cit.*

⁷⁹ Si rimanda a E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European Tort Law*, *op. cit.*, 168; e, relativamente alle fattispecie da cui può nascere una responsabilità contrattuale in ambito familiare si veda G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano, 2006, 23 ss.

⁸⁰ A. FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003, 106 ss.

⁸¹ Tra tutti si rimanda a A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *op. cit.*, 956 ss.

⁸² Sul tema si rimanda per tutti a A. NICOLUSSI, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, 659 ss.; F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 839 ss.; C. CASTRONOVO, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 679 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; ID., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, 3, Roma, 1990.

⁸³ C. CASTRONOVO, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, *op. cit.*, 679 ss. sull’insorgenza di un affidamento ragionevole che costituisce una aspettativa che la buona fede “trasforma” in giuridicamente rilevante.





In tale ottica, la responsabilità aquiliana si assume essere inconciliabile con il diritto di famiglia, in quanto riconoscere una tale tutela in ambito familiare porterebbe al paradosso di accettare un danno *in re ipsa* conseguente alla semplice violazione di un dovere familiare: la ricerca del profilo di ingiustizia del danno sarebbe allora superflua. Così, inevitabile conseguenza di una esasperazione della responsabilità sarebbe il riconoscimento di una tutela anche a fronte di comportamenti colposi, come la mera negligenza, che in ambito familiare ben potrebbero essere risolti tramite altri – e meno incisivi – rimedi.

Ebbene, il *vinculum iuris* esistente tra danneggiato e danneggiante non sarebbe in realtà una esimente del criterio selettivo dell'ingiustizia del danno e della gravità della lesione ai fini dello scrutinio di risarcibilità delle *non pecuniary losses*⁸⁴. Anzi, a ben vedere, ammettere la risarcibilità dei danni da illecito endofamiliare per il tramite dell'istituto della responsabilità contrattuale comporterebbe il vero paradosso di affrancare tali illeciti dall'indagine imposta dagli articoli 2043 c.c. e 2059 c.c.

Ancora, poi, sebbene è proprio in relazione ai doveri di accudimento verso i figli che si scorge spesso quella dimensione obbligatoria tipica degli obblighi di protezione della persona⁸⁵, ciò che riporta nuovamente le condotte lesive di tali doveri nell'alveo dello strumento aquiliano è la irrinunciabile presenza – in tali rapporti – del dolo⁸⁶ ai fini della configurabilità di una responsabilità che si aggiunga ai rimedi propri previsti dal diritto di famiglia; dolo che funziona oltretutto come limite all'operatività della causa di giustificazione di *iure suo uti*⁸⁷.

È infatti pacifico che in tutte le ipotesi in relazione alle quali si configuri una responsabilità da illecito endofamiliare sia necessaria la sussistenza di una condotta dolosa (i.e. consapevole) del danneggiante, posto che tra violazione dei doveri familiari

e risarcimento del danno non sussiste alcun automatismo⁸⁸.

La condotta contraddistinta dalla presenza del dolo in tale ambito non soltanto costituisce un criterio di imputazione della responsabilità, ma incide sulla stessa qualificazione di ingiustizia del danno.

In tal senso, dunque, ciò che potrebbe far propendere per una qualificazione della responsabilità da illecito endofamiliare come “distinta” e “autonoma” – nonché il *vinculum* preesistente e la centralità che assume la condotta nello scrutinio della risarcibilità del danno – ad una più attenta lettura null'altro aggiunge allo statuto generale della tutela aquiliana; donde il rapporto “qualificato” fa da sfondo alla valutazione del giudice e la doloosità dell'autore circoscrive l'ambito di applicazione della tutela *in tort*.

4.4. Segue. Illecito endofamiliare, risarcimento e sanzione.

Orbene, accettata la natura extracontrattuale degli illeciti endofamiliari occorre a questo punto tornare al già menzionato articolo 709-ter c.p.c., la cui struttura permette di ricondurvi perfettamente la fattispecie *de qua* e, al contempo, di scandagliare la natura “sovracompensativa” della stessa responsabilità civile.

La giurisprudenza si è concordemente espressa circa il carattere sostanzialmente punitivo/deterrente delle misure previste ai nn. 1 e 4 dell'articolo in commento⁸⁹. Ciò trova riscontro nella considerazione della sanzione amministrativa pecuniaria quale «forma di indiretto rafforzamento dell'esecuzione di obblighi di carattere infungibile»⁹⁰.

Assai problematici si rivelano, invece, i rimedi risarcitori di cui ai nn. 2 e 3 del secondo comma. Se da una parte il riferimento testuale (risarcimento), la destinazione della condanna in favore del minore e/o dell'altro genitore e le espressioni «pregiudizio»

⁸⁴ In tal senso, da ultimo, in giurisprudenza Cass., 9 marzo 2020, n. 6518, in *Quot. giur.*, 24 marzo 2020.

⁸⁵ E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, op. cit., 184.

⁸⁶ Sulla esistenza di una autonoma categoria di illeciti caratterizzati da una diretta incidenza del dolo sull'an e sul quantum del danno già CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino 1974, 21 ss.; P. TRIMARCHI, voce *Illecito*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano, 1970, 102. In materia di illecito endofamiliare si veda E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, op. cit., 184.

⁸⁷ E. CAMILLERI, *Violazioni dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori*, op. cit., 437 ss.

⁸⁸ Si rinvia a D. BARBIERATO, *Osservazioni su risarcimento del danno e illeciti endofamiliari*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2020, 2080 ss.

⁸⁹ V. Cass., 27 giugno 2018, n. 16980 e Cass., 17 maggio 2019, n. 13400, in *Dejure*.

⁹⁰ Così F. PETROCELLI, *Il risarcimento del danno previsto dall'art. 709 ter, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. tra derive “punitiva” ed esigenze di effettività sottese al diritto alla bigenitorialità del minore*, op. cit., 842. Cfr. Cass., 6 marzo 2020, n. 6471, in *Fam. e Dir.* 2020, 332 ss. con nota di B. FICCARELLI e E. VULLO; in *Foro it.*, I, 2787 con nota di A. MONDINI; in *NGGC*, 2020, 775 con nota di A. NASCOSI; in *Corriere Giur.* 2020, 1394 con nota di D. NOVIELLO; in *Guida al diritto*, 2020, 15, 34, con nota di M. FINOCCHIARO; in *Rass. es. forzata*, 2020, 675 con nota di A. DI BERNARDO; in *Il Processo civile* 2020, con nota di S. MATTEINI CHIARI; in *GiustiziaCivile.com* 13 agosto 2020 con nota di C. COSTABILE.

e «anche congiuntamente» farebbero propendere per il riconoscimento di una differente natura giuridica alle predette misure, la lettura congiunta alle ulteriori di innegabile stampo punitivo (ai nn. 1 e 4) indurrebbe ad una interpretazione omogenea dell'apparato sanzionatorio volutamente predisposto dal legislatore⁹¹.

Ancora, poi, il nuovo testo dell'articolo – novellato dalla legge 206/2021 (dall'articolo 1, comma 33) – prevedendo al comma 2 numero 3 che il giudice possa disporre «il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro anche individuando la somma giornaliera dovuta per ciascun giorno di violazione o di inosservanza dei provvedimenti assunti dal giudice. Il provvedimento del giudice costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza ai sensi dell'articolo 614-bis», rafforzerebbe la tensione punitiva/deterrente del rimedio.

Il legame con la misura di cui all'articolo 614-bis c.p.c. – già evidenziato in sede giurisprudenziale⁹² e oggi consacrato dalla stessa norma – si apprezza maggiormente in relazione alla particolare tipologia di controversie che scaturiscono a seguito di specifiche condotte di uno dei genitori e concernono l'esercizio della responsabilità genitoriale ovvero delle modalità di affidamento; scontato sembra il richiamo alla fattispecie complessa susseguente alla PAS.

Sia che si tratti di condotte di inadempimento ovvero di manifesto ostacolo del genitore, ciò che la norma sembrerebbe tutelare è l'interesse – comune inteso – del minore. E ciò appare certamente vero se ci si sofferma alla (sola) lettura della prima parte del secondo comma: in caso di gravi inadempimenti, atti pregiudizievoli per il minore ovvero condotte di ostacolo al corretto svolgimento dell'affidamento – presupposti di applicazione del procedimento – il giudice può modificare i provvedimenti in vigore.

Tuttavia, il percorso diviene più tortuoso all'apparire della possibilità, per il giudice, di somministrare – insieme alla modifica del provvedimen-

to – una o più delle misure previste ai nn. da 1 a 4 del comma 2 dell'articolo.

Per tale ragione il 709-ter c.p.c. è stato definito come quella «intermediazione legislativa»⁹³ che consente al giudice di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti in fase di liquidazione del danno: secondo tale impostazione non sarebbe necessaria l'istruttoria sull'*an* e sul *quantum* ai fini della individuazione di una responsabilità⁹⁴. Ossia il giudice, convocate le parti, potrebbe adottare tutti i provvedimenti opportuni e, qualora le inadempienze o le violazioni arrecassero un pregiudizio al minore od ostacolassero il corretto svolgimento dell'affidamento, avrebbe il potere di modificare i provvedimenti preesistenti rafforzandoli con misure sanzionatorie e coercitive indirette.

È allora inevitabile ricostruire la natura del dispositivo che ci occupa, la quale è stata ora situata a completamento (o meglio specificazione) della responsabilità civile propriamente intesa – seppur presentando delle curvature maggiormente sanzionatorie – ora di una responsabilità *altra* che tenda ad evidenziare (e *punire*) la condotta del danneggiante⁹⁵.

Tale ultima interpretazione è frutto di una lettura della norma alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite del 2017⁹⁶ che – pronunciandosi sulla delibera-

⁹³ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

⁹⁴ In merito alla finalità della norma di sanzionare la condotta del danneggiante, a prescindere dal pregiudizio, essendo la stessa rilevante sia ai fini dell'*an debeat* sia a quelli del *quantum* si rimanda a A. MENDOLA, *Il danno da privazione del rapporto parentale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 905 ss.

⁹⁵ Sulla natura sanzionatoria dell'istituto v. A. D'ANGELO, *Il risarcimento dei danni come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709 ter cod. proc. civ.*, in *Famiglia*, 2006, 1031 e ss.; E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam e dir.*, 2008, 64 e ss.; P. PARDOLESI, *Oltre la deterrenza: valenza punitiva/sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 2020, 531 ss.; cfr. anche Trib. Messina, 5 aprile 2007; Trib. Novara, 21 luglio 2011; Trib. Messina, 8 ottobre 2012; cui *adde*, fra le altre, Trib. Milano, 13 gennaio 2020, n. 534; Trib. Roma, 4 giugno 2019 n. 11776; Trib. Roma, 26 settembre 2019, n. 18202. Nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass., 27 giugno 2018, n. 16980; Cass., 16 maggio 2016, n. 9978. In senso contrario v., fra gli altri, G. SPOTO, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, in *Dir. fam e pers.*, 2009.

⁹⁶ In dottrina v., *ex multis*, C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1109 ss.; P. G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017; M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 283 ss.; M. GRONDONA, *La polifunzionalità della responsabilità civile e l'ubi consistam ordinamentale dei "risarcimenti punitivi"*, in *Pol. dir.*, 2018, 45 ss.; G. PONZANELLI, *La decisione delle Sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 300 ss.; E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il di-*

⁹¹ F. PETROCELLI, *Il risarcimento del danno previsto dall'art. 709 ter, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. tra derive "punitive" ed esigenze di effettività sottese al diritto alla bigenitorialità del minore*, *op. cit.*

⁹² In tal senso, *ex multis*, v. Trib. Milano, 2 maggio 2019, in *DeJure*. Da ultimo Cass. civ., 6 marzo 2020, n. 6471 (ord.), in *Foro it.*, 2020, I, 2787 ss., con nota di MONDINI sulla ragione della non coercibilità del dovere di visita del figlio, proprio del genitore non collocatario, e sulle considerazioni fatte al riguardo dalla Corte, che non considera applicabile alla fattispecie del dovere di visita del genitore l'art. 614-bis c.p.c., perché in contrasto con l'interesse del figlio minore. In dottrina cfr. M. PALADINI, *Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo i figli, tra responsabilità civile, punitiva damages e astreinte*, in *Fam. dir.*, 2012, 853 ss.





bilità di sentenze straniere di condanna ad un risarcimento del danno in misura sovracompensativa – ha annoverato il 709-ter c.p.c. tra le disposizioni legislative che rappresentano un «indice sanzionatorio normativo vero».

Bisogna premettere che la pronuncia, secondo parte della dottrina, costituirebbe uno spiraglio di ingresso nel nostro ordinamento della funzione sanzionatoria tipica dei “danni punitivi”. In verità, non è pacifico se tale sentenza “apra” o piuttosto “chiuda”, come sostiene autorevole dottrina⁹⁷, il nostro ordinamento ai cd. *punitive damages*: il SC infatti si pronunciava sulla riconoscibilità nell’ordinamento italiano di una sentenza straniera recante condanna a titolo di danni punitivi, dovendosi pertanto valutare la compatibilità della stessa con l’ordine pubblico internazionale. In secondo luogo, i danni punitivi venivano sottoposti ad un rigoroso regime di tipicità legislativa – desunto dal baluardo costituzionale dell’articolo 23 Cost. – in tal modo «escludendo qualsiasi potere creativo del giudice, capace di dare ingresso a un “incontrollato soggettivismo giudiziario” che deve assolutamente evitarsi»⁹⁸.

Ancor di più, a conferma di una linea di rigore e di cautela contro smisurate risposte risarcitorie, la Cassazione riconosceva la funzione primaria dell’istituto aquiliano, che è infatti di tipo compensativo-riparatorio, cui possono affiancarsene ulteriori (quali quella preventiva/sanzionatoria) a condizione che sussistano i seguenti requisiti: l’esistenza nell’ordinamento straniero *a quo* di «una legge o simile fonte» che preveda una «condanna a risarcimenti punitivi»; i caratteri di tipicità, prevedibilità e infine proporzionalità della fonte normativa. Anzi, è stato opportunamente puntualizzato che i criteri così delineati dai giudici di legittimità portano alla inevitabile – e incomprensibile – conseguenza che «nel sistema avrebbe cittadinanza una sentenza domestica basata sull’art. 96, comma 1 c.p.c., mentre non vi troverebbe spazio una sentenza straniera emessa in applicazione di una norma (straniera) di tenore assolutamente identico. Con un paradossale rovesciamento del rapporto fra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale: quest’ultimo, normalmente concepito a maglie più larghe del primo, verrebbe qui disegnato a maglie più strette e serrate»⁹⁹.

battito su danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 6 ss.

⁹⁷ Tra tutti si veda P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 687 e ss.; V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, in *Juscivile*, 6, 2017, 700 ss.

⁹⁸ Così V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, *op. cit.*, p. 700.

⁹⁹ Così V. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, *op. cit.*, p. 701.

La visione delle ipotesi risarcitorie *ex* articolo 709-ter c.p.c. quali appartenenti alla categoria specifica dei danni punitivi¹⁰⁰ – distinte quindi dalla tipica fattispecie della responsabilità civile – sarebbe avvalorata, secondo parte della dottrina, dalla prassi giurisprudenziale (oggi confermata dalla stessa previsione normativa) di affiancare ai provvedimenti in oggetto la ulteriore misura di coazione indiretta disciplinata dall’articolo 614-bis c.p.c. che – prevedendo una sanzione pecuniaria individuata *ab origine* dal giudice e posta a salvaguardia di una corretta ottemperanza *de futuro* del provvedimento – si suole ricondurre alla figura delle cd. *astreintes* di origine francese¹⁰¹. Sarebbero, pertanto, l’esigenza di favorire la coercizione indiretta all’adempimento di un provvedimento giurisdizionale preesistente, la natura infungibile degli obblighi assunti e il rilievo pubblicistico sotteso alla tutela dell’interesse del minore a dirimere la questione e a confermare la natura sanzionatoria dei rimedi oggetto di controversia¹⁰².

Invero, nonostante il 709-ter c.p.c. abbia sicuramente una funzione rafforzativa di provvedimenti già assunti nell’interesse della prole, con la finalità di scoraggiare una possibile ripetizione di violazioni in futuro, sembra forse una forzatura del sistema – posta la dubbia compatibilità del nostro ordinamento con la categoria dei *punitive damages* – il riconoscimento di un carattere esclusivamente punitivo delle misure che ci occupano. Senza dire, poi, della discutibile curvatura deterrente/sanzionatoria attribuita alla responsabilità civile per il tramite dello stesso 709-ter c.p.c.; non sembra cioè condivisibile una esclusiva previsione di risarcimenti che, per il fine di punire l’agente, eccedano il *quantum* del danno sofferto dalla vittima¹⁰³. Anzi, a tal proposito, mentre in ordine alla condotta e alla successiva responsabilità del genitore nulla viene specificato in merito alla eventuale analisi delle condizioni eco-

¹⁰⁰ V. E. L. GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l’ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 5, 2016, 1481 ss.

¹⁰¹ V. nota 93.

¹⁰² F. PETROCELLI, *Il risarcimento del danno previsto dall’art. 709 ter, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. tra derive “punitive” ed esigenze di effettività sottese al diritto alla bigenitorialità del minore*, *op. cit.*

¹⁰³ Sulla necessità di una valutazione della prova della perdita patrimoniale o non patrimoniale subita si veda G. FACCI, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, *op. cit.* Nello stesso senso v., inoltre, L. AMBROSINI, *La responsabilità del genitore “inadempiente”: tra accordi fra genitori e poteri del giudice: anche alla luce della l. n. 219/2012*, in *Dir. fam.*, 2013, 1133 ss. Per una qualificazione del risarcimento *ex art. 709-ter c.p.c.* in chiave puramente compensativa v. G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 590 ss.

nomiche del medesimo ai fini della gradazione del *quantum* dovuto, quest'ultimo risulta tratto caratteristico, tra gli altri, delle sanzioni punitive¹⁰⁴.

Sembra allora una interpretazione più aderente al nostro sistema quella che riconosce l'articolo 709-ter c.p.c. quale mezzo sia di coazione sia di reintegrazione, costituendo lo stesso una particolare tutela risarcitoria pur sempre di natura aquiliana: in questo caso sarà necessaria comunque la sussistenza di un concreto pregiudizio nonché di un nesso eziologico tra condotta e danno sofferto¹⁰⁵. E, a conferma di tale interpretazione, può richiamarsi *in primis* la centralità del principio della integrale compensazione del danno, da cui discende l'estraneità della condotta dell'autore ai fini della valutazione circa il *quantum* del risarcimento, poiché questa comporterebbe inevitabilmente l'attribuzione di una funzione dissuasiva o punitiva dell'illecito – già raggiunta tramite la (sola) minaccia del risarcimento¹⁰⁶ – piuttosto che compensativa¹⁰⁷.

Nondimeno, ribadita la preminente considerazione del danno e la conseguente (maggiore) attenzione riservata alla vittima dell'illecito, non può escludersi *in toto* l'attitudine ad una curvatura – parzialmente – punitiva delle responsabilità civili.

¹⁰⁴ P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 687 e ss. Si rimanda a E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c.*, *op. cit.*, il quale precisa che «ove pure ciò possa reputarsi (seppure implicitamente) possibile ad opera del giudice, ossia ai fini della determinazione dell'ammenda di cui al 2° co., n. 4, c.p.c., gli è che la somma risulta in quel caso da versare alla Cassa delle ammende e non già al "danneggiato", talché effettivamente di sanzione pecuniaria ma non anche di un risarcimento sanzionatorio potrà discorrersi».

¹⁰⁵ La più recente giurisprudenza depone a favore di questo orientamento; richiamando le Sezioni Unite del 2017, infatti, si pone l'accento sulla finalità punitiva del risarcimento *ex art. 709-ter c.p.c.* Nel sottolineare la gravità della condotta del genitore, i giudici – per giustificare il rimedio risarcitorio – fanno comunque riferimento alla sofferenza del figlio e alla esistenza di un danno in capo alla vittima (dimostrato anche in via presuntiva). In tal senso v. Trib. Roma, 4 giugno 2019, in *Danno resp.*, 2020, pp. 527 ss., con nota di P. PARDOLESI. Quest'ultima riporta in massima: «in caso di gravi inadempienze dei doveri genitoriali, il risarcimento dei danni in favore del minore previsto dall'art. 709-ter c.p.c. assolve esclusivamente una funzione punitiva qualora sia finalizzata a sanzionare gravi comportamenti del genitore nei confronti della figlia». Nonostante ciò, nel testo della sentenza si legge: «le condotte in parola (...) chiaro indice di disinteresse paterno (...) cagionando un elevato grado di sofferenza nella figlia (...)» giustificano un risarcimento del danno, provato in base al racconto non smentito della figlia e confermato da testimonianza.

¹⁰⁶ E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c.*, *op. cit.*; E. VULLO, *Affidamento dei figli, competenze per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, in *Fam. dir.*, 2010, 924 ss.; F. TOMMASEO, *op. cit.*; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 189-191.

¹⁰⁷ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 876 ss.

In ordine alla lesione di diritti inviolabili della persona – tra i quali è riconducibile l'interesse del minore che assurge a vero e proprio diritto della personalità e che si declina nel diritto a raggiungere e conservare appropriati equilibri affettivi – il requisito della gravità (dolosità) della condotta, oltre a selezionare il danno da ritenersi risarcibile, ha infatti la ulteriore funzione di evidenziare l'entità della compromissione assegnando alla responsabilità non soltanto un ruolo satisfattivo ma anche una componente sanzionatoria, che in campo di danno non patrimoniale da sempre si assume sussistere¹⁰⁸. Senz'altro, i rapporti familiari hanno costituito un punto di osservazione – per il tramite degli illeciti endofamiliari – della tensione espansiva della risarcibilità dei danni non patrimoniali, essendosi in tale contesto sviluppata quella tipologia di danni cd. "esistenziali"¹⁰⁹.

Ben può, pertanto, concludersi che l'articolo 709-ter comma 2, nn. 2 e 3, c.p.c., costituisca sì una (tipica) tutela di natura aquiliana, con una (più) marcata tensione sanzionatoria. Infatti, insieme alla centralità del danno ingiusto – sofferto ora dal figlio minore ora dall'altro genitore – la struttura del procedimento e la previsione delle (diverse) misure applicabili vogliono segnalare la rilevanza della biasimevole condotta tenuta dal genitore responsabile¹¹⁰. Non si ritiene, infatti, condivisibile l'obiezione alla riconducibilità delle misure risarcitorie nell'alveo della responsabilità aquiliana per il sol fatto di potere richiedere una reintegrazione del danno eventualmente patito per il tramite dell'articolo 2059 c.c.; la disposizione in esame è infatti una norma speciale applicabile in presenza di crisi familiare e di violazione di preesistenti provvedimenti giurisdizionali¹¹¹.

¹⁰⁸ P. TRIMARCHI, voce *Illecito*, in *Enc. del dir.*, XX, *op. cit.*, affermava: «la condanna al risarcimento dei danni presenta due aspetti inscindibilmente connessi: da una parte tende a reintegrare il patrimonio del danneggiato (o a compensarlo del danno non patrimoniale subito); dall'altra costituisce una sanzione che colpisce chi si è comportato in modo vietato e la cui minaccia contribuisce preventivamente a scoraggiare il compimento di atti illeciti»; cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III, 4ª ed., Milano, 2003.

¹⁰⁹ E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, *op. cit.*

¹¹⁰ E. CAMILLERI, *I provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c.*, *op. cit.*

¹¹¹ Cass., 6 marzo 2020, n. 6471. V. per una diversa ricostruzione F. PETROCELLI, *Il risarcimento del danno previsto dall'art. 709 ter, secondo comma, nn. 2 e 3 c.p.c. tra derive "punitiva" ed esigenze di effettività sottese al diritto alla bigenitorialità del minore*, *op. cit.*, 854, il quale ritiene che «la violazione di provvedimenti giudiziali che hanno concretizzato i doveri genitoriali fissando specifiche regole di condotta dovrebbe [allora] dare luogo a una responsabilità per inadempimento *ex art. 1218 c.c.* e non già extracontrattuale, senza che ciò trovi ostacolo nella loro natura non patrimoniale».





Inserito in una cornice il cui puntello è costituito dal *best interest* del minore, il 709-ter c.p.c. è stato poi letto dalla giurisprudenza quale attributivo di un potere di applicazione *ex officio* delle misure dallo stesso contemplate¹¹². In tal senso potrebbe allora ritenersi possibile – in caso di ricorso del genitore per controversie insorte in ordine all’esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità di affidamento – la previsione da parte del giudice, ove sussista la lesione grave di un diritto costituzionalmente garantito del minore, di una tutela risarcitoria *ex officio* a favore di quest’ultimo.

5. La sindrome da alienazione parentale: lesione dei diritti del minore e tutela risarcitoria.

Le condotte gravi di un genitore – che non giustificano un provvedimento di affido “super-esclusivo” – devono dunque far riflettere sulla possibile lesione dei diritti costituzionalmente garantiti del fanciullo, tra cui quello di mantenere un rapporto equilibrato e regolare con il genitore non convivente.

È ormai pacifico che la bussola nelle scelte del giudice in materia di affidamento dei minori sia (o debba essere) la necessità di garantire la presenza di entrambi i genitori nella vita del figlio. Il principio del cd. affido condiviso¹¹³ si è inserito nell’ambito della più ampia riforma dei rapporti di filiazione sostituendo – in linea con la nuova concezione di fa-

miglia – l’affidamento esclusivo e costituendo la trasposizione, nella fase dello scioglimento della coppia, del principio di bigenitorialità; la finalità è stata quella di eliminare l’asimmetria tra i genitori, ritenendo che la privazione di una figura genitoriale possa comportare il rischio che il minore goda esclusivamente della educazione del genitore affidatario¹¹⁴.

D’altra parte, se l’applicazione pratica dell’affidamento condiviso non si traduce nella pari permanenza del minore presso ciascun genitore, ben potendosi modulare – garantendo continuità ad entrambe le relazioni – a seconda del caso di specie, non può giustificarsi quella tendenza a limitare l’effettività della tutela del minore e del principio di bigenitorialità tramite la sostituzione del modello dell’affidamento esclusivo con la figura del genitore collocatario (prevalente) e la conseguente previsione del diritto di visita per quello non collocatario, potendosi intravedere in tale pratica una riproposizione del problema del mantenimento effettivo della relazione¹¹⁵, terreno fertile per condotte lesive dei diritti del minore.

Ebbene, nelle controversie in cui a supporto della incapacità genitoriale si invochi una diagnosi di PAS il punto critico si è sempre ravvisato nel bilanciamento tra l’interesse del minore e il principio della bigenitorialità, da attuarsi tramite l’affidamento ora esclusivo ora congiunto.

Sul presupposto che l’affido condiviso debba ritenersi la regola nelle decisioni che riguardano le modalità di affidamento del minore, in presenza di condotte di un genitore finalizzate ad impedire che l’altro incontri il figlio dovrà allora considerarsi – in conformità con l’esclusivo interesse morale e materiale della prole – la possibilità di intraprendere un percorso di effettivo recupero delle capacità genitoriali.

Ove, però, nello scrutinio di un «problema relazionale» – quale quello della PAS – il giudice ravvisi i presupposti di gravità della lesione, consapevolezza¹¹⁶ circa il carattere dannoso della condotta e ingiustizia del danno, sarebbe auspicabile un cambio di prospettiva nella valutazione della fattispecie, ritenendosi necessaria una istruttoria sul *damnum* eventualmente patito dal minore. In presenza di una crisi della compagine familiare e della pendenza di un giudizio sembra allora che, in presenza della le-

¹¹² Cfr., in giurisprudenza, Cass. 27 giugno 2018 n. 16980, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Cass. ord. 16 maggio 2016 n. 9978, in *Foro it.*, 2016, 6, I, p. 1973, con nota di E. D’ALESSANDRO; in *Foro it.*, 2017, 5, I, p. 1730, con nota di L. LAMBO; per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Milano 2 maggio 2019 n. 4202, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1, 2020, con nota di M. BELLOMO; Trib. Roma 27 giugno 2014, in *DeJure*; Trib. Milano 7 gennaio 2018, in *Infamiliarista.it*, 30 luglio 2018, con nota di E. ROSSI. In dottrina si rimanda a I. ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell’art. 709-ter c.p.c.*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2009, 405; in senso contrario v. M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all’art. 614-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 781 ss. Per l’orientamento che ammette l’applicabilità d’ufficio delle citate misure si veda R. MUSCIO, *Esecuzione dei provvedimenti sulla responsabilità genitoriale: l’art. 709-ter e la nuova formulazione dell’art. 614-bis c.p.c.*, in *Infamiliarista*, 2015.

¹¹³ V. sul tema C.M. BIANCA, *Diritto Civile. La famiglia*, 5^a ed., Milano, 2014; G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corriere Giuridico*, 2013, 528; G. AUTORINO STANZIONE, *La separazione. Il divorzio. L’affidamento condiviso*, Torino, 2011; M. DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e individuale*, in M. DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e diritto dei minori*, Torino, 2008, 51 ss.; F. DANOVÌ, *L’affidamento condiviso: le tutele processuali*, in *Diritto e Famiglia*, 2007, 1915 ss.; L. BALESTRA, *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, in *Famiglia*, 2006, 655 ss.

¹¹⁴ Cfr. C. VALENTE, *Interesse del minore e bigenitorialità v. legislazione emergenziale: riflessione sui recenti orientamenti giurisprudenziali*, *op. cit.*, 1338 ss.

¹¹⁵ A. MANIACI, *Verso una riforma dell’affidamento condiviso*, in *Europa dir. priv.*, 2, 2019, 505 ss.

¹¹⁶ G. FACCI, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, *op. cit.*, 432; in giurisprudenza si parla di “consapevolezza” in Trib. Reggio Emilia, 24 giugno 2020, in *DeJure*.

sione di un diritto costituzionalmente garantito del minore, il dispositivo rimedial-sanzionatorio *ex* articolo 709-ter c.p.c. perfettamente si adatti alla risoluzione (i.e. reintegrazione) della controversia.

