

## RAPPORTI FAMILIARI TRA DOVERI, DIRITTI E RESPONSABILITÀ: ALCUNI PROFILI DI TUTELA

| 120 Di Antonio Gorgoni

**SOMMARIO:** 1. *Dallo status al rapporto familiare: tra responsabilità per violazione di doveri e illecito aquiliano.* - 2. *Doveri coniugali, attività sul web e responsabilità.* - 3. *Mancato riconoscimento, disinteresse verso il figlio e diritto all'assistenza morale: verso il superamento della prospettiva aquiliana?* - 4. *Ostacolo alla genitorialità: art. 709-ter c.p.c. e art. 2059 cod. civ.* - 5. *Parentela di fatto e illecito aquiliano: bene leso e danni.* - 6. (Segue) *La rilevanza del rapporto con il nonno o con la nonna di fatto.* - 7. *L'irretrattabile qualifica di genitore sociale. Ma in quali limiti?* - 8. *L'affidamento del figlio in presenza del genitore sociale.* - 9. (Segue) *Assegnazione della casa familiare rispetto alla filiazione di fatto*

*ABSTRACT.* Il lavoro muove dalla nota impostazione della non autosufficienza del diritto di famiglia e della necessità che quest'ultimo si integri con altri ambiti giuridici e analizza, nello specifico, il rapporto tra doveri familiari e responsabilità a fronte di condotte antigiuridiche. Ciò rispetto non solo alle fattispecie più note della violazione del dovere di fedeltà, del mancato riconoscimento del figlio o dell'ostacolo alla genitorialità, ma anche a realtà nuove non espressamente regolate dalla legge. Tra queste spiccano la situazione del genitore sociale, non solo qualora l'altro genitore gli precluda, in caso di crisi di coppia, ogni rapporto con il figlio, ma anche qualora sia lo stesso genitore sociale a dismettere i doveri genitoriali liberamente assunti. In tale ultima ipotesi occorre verificare se sussista una responsabilità nei confronti del figlio di fatto che vede svanire, improvvisamente, una figura di riferimento. Problemi interpretativi si pongono anche per il cosiddetto ascendente di fatto. La coppia doveri/risponsabilità familiari, arricchita dalla preminenza della relazione affettiva e del legame identitario rispetto allo status e, torna protagonista con riferimento agli istituti dell'affidamento e dell'assegnazione della casa familiare laddove vi sia, ancora una volta, un genitore sociale.

*The work starts from the well-known approach to the non-self-sufficiency of family law and the need for it to integrate with other legal areas and analyzes, specifically, the relationship between family duties and responsibilities with respect to unlawful conduct. This does not only respect the most well-known cases of the violation of the duty of fidelity, the non-recognition of the child or the obstacle to parenting, but also new realities not expressly regulated by law. Among these, the situation of the social parent stands out, both if the other parent precludes him, in the event of a couple crisis, from any relationship with the child, and if it is the social parent himself who gives up his freely assumed parental duties. In the latter case, it is necessary to verify whether there is a responsibility towards the de facto child who sees a reference figure suddenly vanish. Interpretative problems also arise for the so-called de facto ascendant. The couple of family duties / responsibilities, enriched by the increasingly evident centrality of the relationship with respect to status, becomes the protagonist again with reference to the custody institutions and the assignment of the family home if there is once again a social parent.*

### 1. Dallo status al rapporto familiare: tra responsabilità per violazione di doveri e illecito aquiliano.

È definitivamente tramontato il tempo in cui il diritto di famiglia era considerato un sistema chiuso, autonomo e separato da altri ambiti giuridici. Prima degli anni Novanta del secolo scorso, si pensava che la disciplina familiare potesse esaurire la giuridicità di ogni fatto intra-familiare. Se, ad esempio, un coniuge avesse violato i doveri derivanti dal matrimonio, l'addebito della separazione (art. 151, comma 2°, cod. civ.), la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale (art. 146, comma 1°, cod. civ.) e le altre misure introdotte progressivamente (artt. 342-bis ss. c.c., art. 709-ter c.p.c.) sarebbero state, secondo quella linea di pensiero, possibili risposte dell'ordinamento non sempre in grado di esaurire la giuridicità del fatto.

O ancora: se prima del matrimonio fosse stata nascosta la propria impotenza *generandi*, il coniuge ingannato avrebbe potuto chiedere esclusivamente la separazione giudiziale (art. 151, comma 1°, cod. civ.) o l'annullamento del matrimonio per errore essenziale su una qualità personale dell'altro (art. 122, comma 3, cod. civ.) e l'indennità prevista dall'art. 129-bis cod. civ.<sup>1</sup>

Oggi sono diverse le disposizioni di diritto di famiglia che, come vedremo, richiamano il risarcimento del danno, ma vi è stato un tempo più remoto in cui la persona non riceveva, talvolta, piena tutela a fronte di un fatto antiggiuridico verificatosi all'interno del matrimonio. La dimensione dell'illecito faticava a entrare nella famiglia, frenata da una sorta di impermeabilità della materia familiare, dovuta anche a una scarsa diffusione di una cultura protesa a porla in dialogo con l'ordinamento nel suo complesso e in particolare con la Costituzione.

Le ragioni di questo esito sono più ampie e più complesse; certo è che la debolezza, anzi la radicale infondatezza, di quest'impostazione non tardò a

manifestarsi, dapprima in dottrina<sup>2</sup> e successivamente in giurisprudenza<sup>3</sup>. Due sono stati gli aspetti messi in rilievo all'inizio del nuovo corso in tema di rapporti di famiglia e illecito aquiliano, entrambi sull'addebito. Il primo: la limitatezza e la specificità di tale misura. Essa - si è osservato - non coglie l'eventuale lesione di beni giuridici fondamentali quali la dignità, la salute, l'onore, la privacy e la reputazione del coniuge cagionata eventualmente dall'inadempimento dei doveri coniugali. Addebitare la separazione implica

<sup>2</sup> P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 415 ss.; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità*, Milano, 1984, 25 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 605 ss. e A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, in *Fam. e dir.*, 1997, 462 ss.

<sup>3</sup> Cass., 22 marzo 1993, n. 3367 e Cass., 6 aprile 1993, n. 4108, entrambe in *Banca dati-leggi d'Italia*. Già queste due sentenze non sembrano escludere in assoluto l'applicazione dell'art. 2043 cod. civ. alla crisi coniugale, poiché in esse si precisa che la condotta del coniuge deve aver determinato un danno ingiusto, altrimenti non si può andare oltre l'applicazione dell'istituto di diritto di famiglia che viene in rilievo nel caso concreto. La giurisprudenza successiva, al fine di ampliare la tutela del coniuge leso, ha valorizzato la distinzione adombrata dalla Cassazione negli anni novanta tra conseguenze della condotta che abbia determinato la separazione tra coniugi e conseguenze della medesima condotta che abbia altresì leso un diritto fondamentale del coniuge. Così Trib. Firenze, 13 giugno 2000, in *Fam. e dir.*, 2001, 2, 741 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *La famiglia e «l'altro diritto»: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale* e Trib. Milano, 24 ottobre 2001, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), il quale, in particolare, ha affermato che le sanzioni specificamente previste nel diritto di famiglia per la violazione dei doveri coniugali «sono strettamente settoriali, solo eventuali ed oramai di ben limitata portata anche su piano giuridico». Nel caso di specie, il marito aveva fatto mancare alla moglie ogni assistenza affettiva, psicologia e materiale durante il periodo della gravidanza, abbandonando più volte il tetto coniugale per convivere con la nuova compagna. Secondo il trib. milanese risultavano violati gli artt. 29, comma 1°, Cost. e 31, comma 2° Cost. dai quali si ricava una «legittima aspettativa dei coniugi a un pari benessere e a una pari realizzazione personale nella vita coniugale pure in relazione alle diverse prerogative ed esperienze correlate alla specialità di genere di ciascuno» e la tutela della maternità. Quest'orientamento giurisprudenziale di apertura del diritto di famiglia all'illecito trova la sua consacrazione in CASS., 10.05.2005, n. 9801, in *Fam. dir.*, 2005, 4, 365 ss., con note di M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la "privatizzazione" arriva in Cassazione* e di F. FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, e successivamente (Trib. Venezia, 3.7.2006, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), e Trib. Rovigo, ord. 11.05.2010, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com)). In senso conforme Cass., 01.06.2012, n. 8862, in *Fam. e dir.*, 2013, 2, 123 ss., con nota di Facci, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno: un ulteriore intervento della S.C.* Cfr. anche Cass., 15.09.2011, n. 18853, in *Danno e resp.*, 2012, 4, 382 ss., con note di Oliari, *Illecito endofamiliare: nuovi rapporti tra azione risarcitoria e addebito della separazione*, e di D. AMRAM, *Rimedi giusfamiliari e tutela aquiliana; dall'immunità all'autonomia. Qualche riflessione sul danno*.

<sup>1</sup>A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, 1220, ss. dà conto del passaggio del diritto di famiglia da un sistema chiuso sovraordinato ai singoli a un sistema aperto ai valori costituzionalmente protetti. Per una panoramica più ampia in cui risaltano i passaggi più significativi dell'evoluzione del diritto di famiglia cfr. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 520 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia dall'unità ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, 11043 ss. e nel vol. 6, 11287 ss. U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 563 ss.; T. AULETTA, *Riforme ed evoluzione del diritto di famiglia: riflessioni su un percorso di mezzo secolo*, in *Famiglia*, 2019, 233 ss.



soltanto subire alcune conseguenze economiche negative, senza esprimere alcuna valutazione sulla violazione di diritti fondamentali.

Il secondo: l'addebito non è una misura risarcitoria e per di più è ininfluente ove il coniuge addebitato sia quello economicamente più forte. In tal caso, infatti, non avrà alcun effetto dissuasivo né afflittivo la perdita sia della capacità di succedere sia del diritto all'assegno di mantenimento. Inoltre la brevità della separazione personale, di recente ulteriormente ridotta - dodici o sei mesi ai sensi della legge 6 maggio 2015, n. 55 - rende l'addebito una misura decisamente blanda, posto che l'addebitato può sempre proporre domanda di assegno di divorzio in sede di scioglimento/cessazione degli effetti civili del matrimonio. Si aggiunga che né l'assegno di divorzio, come riconfigurato da ultimo dalle Sezioni unite della Cassazione<sup>4</sup>, né l'assegno di mantenimento svolgono una funzione risarcitoria.

Attualmente vi sono, tuttavia, considerazioni più preganti e articolate da svolgere, le quali, oltre a confermare l'intreccio tra responsabilità aquiliana e diritto di famiglia, evocano, come vedremo, una maggiore considerazione della responsabilità per inosservanza di un obbligo di natura familiare.

È fin troppo evidente che, da un lato, il sistema delle fonti impedisce che vi possano essere ambiti impermeabili ai diritti fondamentali<sup>5</sup>. Dall'altro la preminenza del diritti del nato (art. 30 Cost. e art. 3 Conv. diritti dell'infanzia ratificata con l. n. 176/1991), prima di tutto quello di essere riconosciuto dal padre e di essere assistito moralmente dai genitori (art. 315-*bis* cod. civ.), unitamente alla rilevanza del rapporto familiare a prescindere dal coniugio e dalla parentela - così ha stabilito la Corte europea dei diritti dell'uomo - assegnano al rimedio risarcitorio il ruolo di presidio essenziale dei diritti del minore e del rapporto genitoriale.

Il nato fuori dal matrimonio ha diritto di essere riconosciuto dal genitore, altrimenti, oltre al danno patrimoniale da mancato mantenimento, si configura anche un danno non patrimoniale per lesione del diritto di essere assistito moralmente da entrambi i genitori (art. 30 Cost. e art. 315-*bis*,

comma 1, cod. civ.)<sup>6</sup>. A fronte del mancato riconoscimento, la dichiarazione giudiziale di paternità non esaurisce, quindi, ogni profilo di giuridicità della condotta omissiva del genitore. Allo stesso modo un padre assente, che non svolga il proprio ruolo, cagiona un danno non solo patrimoniale, ma prima di tutto non patrimoniale<sup>7</sup>.

La relazione genitoriale è protetta anche in altri casi: qualora un genitore che abbia già riconosciuto impedisca all'altro, per fini utilitaristici, di effettuare il riconoscimento<sup>8</sup>, oppure ove un genitore integri una delle fattispecie di cui all'art. 709-*ter*, comma 2°, c.p.c. con pregiudizio per l'altro genitore e/o per il minore. Si deve ammettere che il rapporto genitoriale basato sul legame genetico è tutelato in diverse fattispecie, anche con lo strumento risarcitorio, ben oltre il procedimento di cui all'art. 250, comma 4°, cod. civ. volto a superare il mancato consenso al secondo riconoscimento o l'ammonimento giudiziale ai sensi dell'art. 709-*ter*, comma 2° n. 1, c.p.c.

La questione ancora controversa, rispetto a fattispecie più note, è la natura della responsabilità del genitore nei riguardi del figlio o di un genitore rispetto all'altro per impedimento alla genitorialità. Lo stesso problema si pone a fronte della violazione del dovere di fedeltà.

C'è di più: vi sono legami di tipo familiare giuridicamente rilevanti sebbene non siano fondati sulla discendenza di sangue. Qui spiccano le figure del genitore sociale e dell'ascendente di fatto (il nonno/nonna sociale). A tal proposito l'opera della Corte europea dei diritti dell'uomo è stata decisiva per la nostra giurisprudenza da quando essa ha affermato che la famiglia trae origine non più esclusivamente dal coniugio, dallo stato di figlio o dalla parentela in senso tecnico (art. 74 cod. civ.), ma anche dal rapporto di fatto di tipo familiare che abbia certe caratteristiche.

Così il diritto al rispetto della vita familiare, sancito dall'art. 8 Cedu, è stato inteso in modo ampio, ovverosia oltre il coniugio o la parentela, fino a comprendere la relazione stabile e duratura

<sup>4</sup> Cass., sez. un., 11.07.2008, n. 18287, in *Corr. giur.*, 2018, 10, 1186 ss., con nota di S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 11, 1601 ss., con nota di C. BENANTI, *La «nuova» funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio*.

<sup>5</sup> L'art. 2 della Costituzione, nel porre al centro della Repubblica e prima della legge i diritti inviolabili dell'uomo, ha cura di garantirli anche nelle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo.

<sup>6</sup> Cass., 7.06.2000, n. 7713, in *Danno e resp.*, 2000, 8-9, 835 ss., con nota di P. G. MONATERI, *Il danno esistenziale «arriva» in Cassazione*; in *Giur. it.*, 2000, 7, 1352 ss., con nota di F. G. PIZZETTI, *Il danno esistenziale approda in Cassazione*; in *Corr. giur.*, 2000, 7, 873 ss., con nota di G. DE MARZO, *La Cassazione e il danno esistenziale*; in *Foro it.*, 2001, parte I, 188 ss., con nota di A. D'ADDA, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*. Cass., 22.07.2014, n. 16657, in *Foro it.*, 2015, 6, 1, 2149.

<sup>7</sup> Cass., 27.05.2019, n. 14382, in *Banca dati-Leggi d'Italia*.

<sup>8</sup> Trib. Milano, 5.10.2016, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, condanna la madre al risarcimento del danno non patrimoniale subito dal padre per la privazione - per un certo tempo - del rapporto genitoriale.



tra due soggetti, incentrata sull'affettività e su altri elementi<sup>9</sup>. Vi potranno essere, nella visione della Corte europea, due adulti etero o omosessuali che vivono insieme come coppia o un adulto e un minore dove il primo si comporti come fosse genitore o, ancora, un nonno di fatto e il nipote di fatto. Non stupisce perciò che in Italia sia stato riconosciuto il danno non patrimoniale subito dal genitore sociale a causa dell'uccisione del figlio del coniuge o del convivente di fatto<sup>10</sup>. Ma allora vi sarebbe spazio, sulla scorta della risarcibilità del danno subito dal nipote di diritto per l'uccisione del nonno<sup>11</sup>, per un analogo risarcimento al nipote di fatto nell'ipotesi della morte per colpa altrui del nonno di fatto.

Ebbene, la consapevolezza che la famiglia sia governata da doveri, che essa esiste oltre lo status e le linee della parentela induce a riflettere, da un lato, sull'ambito di applicabilità della responsabilità extracontrattuale familiare (per certi versi in espansione) rispetto a quella contrattuale, dall'altro, sulle conseguenze civilistiche dell'ostacolo alla genitorialità o della dismissione volontaria del ruolo di genitore sociale.

## 2. Doveri coniugali, attività sul Web e responsabilità.

In giurisprudenza, com'è noto, la condotta posta in violazione del dovere di fedeltà ha assunto rilievo in un giudizio diverso da quello di separazione. Ciò è accaduto quando vi è stata la lesione di un diritto fondamentale del coniuge tradito, con conseguente condanna al risarcimento del danno non

patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 cod. civ. A tale riguardo si è consolidato un orientamento giurisprudenziale che ha fissato alcuni tratti della domanda risarcitoria.

L'infedeltà, di per sé sola, giustifica a certe condizioni<sup>12</sup> non già una richiesta risarcitoria, bensì la domanda di addebito secondo l'art. 151, comma 2° cod. civ. La sofferenza che scaturisce dal tradimento sarebbe stata già valutata dal legislatore all'interno della dinamica giuridica matrimoniale<sup>13</sup>.

In questo quadro di sola infedeltà si giustificano le conseguenze legali consistenti nella perdita della capacità di succedere (artt. 548 e 585 cod. civ.) e del diritto all'assegno di mantenimento a carico del coniuge addebitato. La libertà di ciascuno deve confrontarsi con la responsabilità matrimoniale, espressa dall'addebito quale sintesi della prima con la seconda e prima di tutto dai doveri matrimoniali.

Se si ragiona sulla funzione di questi ultimi, eventualmente precisati e conformati dagli accordi di indirizzo di cui all'art. 144 c.c.<sup>14</sup>, emergono motivi di dissenso rispetto a quella giurisprudenza che ha creato due piani paralleli. Nel senso che la condotta infedele è fonte di danno solo se abbia leso un diritto fondamentale dell'altro coniuge. Così la domanda risarcitoria trae fondamento non già dalla separazione personale né dall'addebito, ma dalla tutela di un diritto protetto dalla Costituzione, la cui lesione assurge a *causa petendi* della domanda. Di conseguenza l'addebito non è presupposto dell'azione risarcitoria<sup>15</sup>, la quale è autonoma

<sup>9</sup> La Corte eur.dir.uomo, 27.04.2010, ric. n. 16318/07, [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int), in un caso italiano in cui il bambino non è stato dato in adozione alla coppia di coniugi affidataria, ma a un'altra famiglia, ha ravvisato una violazione dell'art. 8 Cedu, posto che la vita familiare non si limita, secondo la Corte, ai rapporti fondati sul matrimonio o sulla filiazione legittima – oggi diremmo sulla filiazione genetica formalizzata nell'atto di nascita – ma anche sulla relazione familiare *de facto*. La quale esiste se vi siano, oltre all'affetto generico, determinati elementi «quali il tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni, così come il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del bambino». Si delinea quindi la rilevanza giuridica del rapporto tra adulto e minore che si atteggi alla stregua di una filiazione. Cfr. in senso conforme Corte eur.dir.uomo, grande camera, 24.1.2017, ric. n. 25358/1, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

<sup>10</sup> Cass., 21.04.2016, n. 8037, in *Fam. e dir.*, 2017, 4, 329 ss., con nota di L. LA BATTAGLIA, *Il danno non patrimoniale da perdita del figlio del partner: variazioni sul tema della famiglia di fatto*; Trib. Reggio Emilia, 2.03.2016, n. 315, in *Danno e resp.*, 2017, 1, 30 ss., con nota di A. GARIBOTTI, *Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e delle unioni civili*.

<sup>11</sup> Cass., 8.04.2020, n. 7743, in *Banca dati-Leggi d'Italia*.

<sup>12</sup> L'infedeltà è causa di addebito solo se è stata la causa dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza; essa è, invece, irrilevante a tali fini qualora la crisi coniugale fosse già in atto al momento dell'infedeltà, la quale si colloca, pertanto, in un contesto «di convivenza meramente formale» (così Cass., 9.06.2000, n. 7859, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, ma si veda anche Cass., 11.06.2008, n. 15557, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1286 ss., con nota di Roma, *Fedeltà coniugale: nova et vetera nella giurisprudenza della Cassazione* e Cass., 10.10.2010, n. 21245, in *Banca dati-Leggi d'Italia*).

<sup>13</sup> La mera inosservanza del dovere di fedeltà sarebbe assorbita dall'addebito, il quale, in verità, secondo un Autore, più che sanzionare attenua in via equitativa gli effetti economici della crisi matrimoniale. Così A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, 1233, secondo cui lo scopo dell'addebito «è di sanzionare eccezionalmente la fine della solidarietà familiare [in ragione degli effetti patrimoniali che produce] nei confronti del coniuge inadempiente ai doveri matrimoniali e non di sanzionare la violazione dei doveri matrimoniali». Sulla funzione non sanzionatoria dell'addebito si è espresso in modo convincente anche F. AZZARRI, *Il rilievo giuridico della fedeltà nei rapporti di famiglia*, in *Famiglia*, 217, 4, 445-446.

<sup>14</sup> E. BIVONA, *Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 4, 858-859.

<sup>15</sup> Cass., 16.09.2011, n. 18853, cit., sottolinea come un'eventuale rinuncia alla domanda di addebito deve essere interpretata come «rinuncia all'accertamento della causa della crisi del matrimonio». Ma ciò rileva solo nel giudizio di separazione tra coniugi, non avendo alcuna incidenza, quanto al



rispetto alla separazione sia consensuale che giudiziale.

Vi è piena consapevolezza da parte dei giudici della necessità tecnica di non sovrapporre il piano della disciplina della crisi coniugale con quello dell'illecito aquiliano, sebbene i fatti afferenti all'uno o all'altro siano i medesimi. Essenziale, ai fini risarcitori, è, sempre secondo la Cassazione, che la violazione del dovere di fedeltà sia connotata da una particolare gravità tale da ledere un diritto fondamentale qual è la salute del coniuge tradito, il quale manifesti una patologia fisica o psichica medicalmente accertabile. Parimenti illecita è quella condotta fedifraga che, avendo determinato la diffusione della conoscenza della relazione extra coniugale nell'ambiente sociale in cui la coppia è nota, leda l'onore del tradito.

Questo filone giurisprudenziale, come si accennava, si espone a una critica, lucidamente sviluppata da diversi Autori<sup>16</sup>, imperniata sulla qualificazione della responsabilità del coniuge rispetto al sistema matrimoniale. Credo che l'esito di questi studi, favorevole a una responsabilità del traditore per inadempimento dei doveri coniugali, riceva ulteriore linfa dalla *centralità del rapporto affettivo* quale sostanza del matrimonio funzionale

---

giudicato in tale ambito, sull'eventuale domanda di risarcimento del danno per violazione di un diritto fondamentale. Secondo la Cassazione, l'azione risarcitoria «deve ritenersi del tutto autonoma rispetto alla domanda di separazione e di addebito ed esperibile a prescindere da dette domande, ben potendo la medesima *causa petendi* [cioè gli stessi fatti che avrebbero fondato la domanda di addebito] dare luogo a una pluralità di azioni autonome contrassegnate ciascuna da diverso *petitum*».

<sup>16</sup> G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. e succ.*, A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur e dir. priv.*, 2008, 933 ss., M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers e succ.*, 2011, 22 ss., A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, cit., 1230-1236. *Contra* G. FERRANDO, *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, in *Tratt. Visintini*, Padova, I, 2009, 399; ID., *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 893, la quale afferma che «anche nell'unione civile la violazione di doveri di lealtà, di assistenza morale e materiale, quando determini la lesione della dignità, della libertà, dell'invulnerabilità della persona, o di altri beni costituzionalmente protetti, può integrare una situazione di danno ingiusto risarcibile ex artt. 2043 e 2059 c.c.». Argomenta una tesi intermedia G. ANZANI, *Illeciti tra familiari e adattamento della responsabilità civile: «la responsabilità da ingiustizia di una relazione qualificata»*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 2, 619-620, il quale fa leva su una nozione ampia di rapporto giuridico oltre quello obbligatorio, ammettendo una responsabilità paracontrattuale «anche quando il rapporto sfugga ai canoni della patrimonialità ai sensi dell'art. 1174 c.c., come nel caso di un rapporto familiare» (la fattispecie resta nella sostanza un illecito aquiliano).

allo sviluppo della persona. Le ragioni di quest'assunto appaiono essere le seguenti.

La più recente giurisprudenza ha chiarito che il dovere di fedeltà consiste, nella sua essenza, non tanto e non solo nell'astensione da relazioni sessuali extraconiugali, ma soprattutto nell'impegno «di non tradire la fiducia reciproca» e il «rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi (...). La nozione di fedeltà [va, pertanto], avvicinata a quella di *lealtà*, la quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita in comune»<sup>17</sup>.

I doveri di fedeltà e di assistenza morale si legano tra loro, configurando il più generale dovere di porre il coniuge al centro della propria vita attraverso il proprio affetto, l'incoraggiamento a realizzare le aspirazioni, a superare le difficoltà personali e la collaborazione a tenere unita la famiglia<sup>18</sup>. Per mezzo di tali doveri penetra nel rapporto matrimoniale la tutela costituzionale della personalità individuale e in questo senso è particolarmente significativo il riferimento contenuto nell'art. 29, comma 2° Cost. all'uguaglianza morale e non solo giuridica dei coniugi. Occorre cioè attribuire pari rilievo a quell'insieme di valori che informano il comportamento di ciascun coniuge. Importante è anche il richiamo costituzionale all'«unità familiare», inteso non più come limite all'autodeterminazione a tutela dell'istituzione matrimonio, ma come obiettivo volto a salvaguardare la comunità familiare e diritti dei suoi membri.

---

<sup>17</sup> Cass., 11.06.2008, n. 15557, cit., afferma che la violazione del dovere di fedeltà sussiste anche quando «in considerazione degli aspetti esteriori con cui [la relazione extramatrimoniale] è coltivata nell'ambiente in cui i coniugi vivono, dia luogo a plausibili sospetti di infedeltà; quindi anche se non si sostanziano in un adulterio, comportando comunque offesa alla dignità e all'onore dell'altro coniuge» (nel caso di specie si è trattato di una relazione con una collega di lavoro, portata con sé nei viaggi di lavoro). Cfr. anche: Cass., 01.06.2012, n. 8862, cit., che reputa la fedeltà quale «impegno globale di devozione, che presuppone una comunione spirituale tra i coniugi, volto a garantire e consolidare l'armonia interna tra gli stessi»; Cass., 16.04.2018, n. 9384, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, la quale conferma come la fiducia sia un elemento connotante la fedeltà (il caso riguardava la ricerca di compagnie femminili sul Web). La dottrina ha osservato come il contenuto del dovere di fedeltà si sia evoluto passando da un'accezione meramente negativa (fedeltà sessuale) a un'altra in senso positivo (cfr. M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2012, 62 ss.; G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 900 ss.

<sup>18</sup> P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1996, 3, 27 ss.

Colgono, pertanto, nel segno le parole di un illustre studioso del diritto di famiglia: «l'assistenza morale diviene un vasto e complesso *dovere di sostegno a tutta la personalità dell'altro coniuge* e l'assistenza materiale ne è l'ancella»<sup>19</sup>. Fedeltà e assistenza morale sono i cardini giuridici del rapporto matrimoniale, perché sospingono lo sviluppo della personalità di ciascun coniuge. Deve allora attribuirsi la qualifica di diritti fondamentali all'assistenza morale (implicante l'affetto)<sup>20</sup> e alla fedeltà intesa come lealtà, perché entrambi i doveri attengono allo sviluppo della personalità di ciascun coniuge. La loro inosservanza, alterando il rapporto affettivo matrimoniale caratterizzato da doveri reciproci, non evocerebbe l'illecito ma l'inadempimento di doveri incidenti sulla sfera non patrimoniale della persona.

Fedeltà e assistenza morale, quali impegni reciproci, sono protesi a favorire lo sviluppo di entrambi i coniugi, i quali ripongono su questa finalità un pari legittimo affidamento. Il piano giuridico è unitario e non separato e autonomo come ha inteso la Cassazione, così da scindere il profilo matrimoniale da quello risarcitorio. Ne discenderebbe la praticabilità di un doppio rimedio ogni qual volta sia intervenuta la violazione della fedeltà. Ad esempio dovrebbe ritenersi giusta causa di addebito e di risarcimento del danno la condotta del marito che abbia ricercato sul Web compagnie femminili o che abbia “chattato” e scambiato, per diverso tempo, materiale sessualmente esplicito. Tali condotte, nel loro massimo effetto, ledono il diritto dell'altro coniuge a vivere il matrimonio come occasione di crescita e di sviluppo della personalità. Esse non sono mere espressioni di libertà sessuale e in quanto tali del tutto lecite, poiché infrangono le predette aspettative matrimoniali dell'altro coniuge, inducendolo alla separazione. Opinando diversamente, si avrebbe una violazione del principio costituzionale dell'uguaglianza morale dei coniugi, sopra richiamato, che impone di non offendere i principi e i valori altrui<sup>21</sup>.

Se si ragiona, invece, come la Cassazione, la quale, a fini risarcitori, pretende la lesione di un diritto fondamentale diverso - salute, onore, privacy, dignità - rispetto alle posizioni soggettive sottese alla disciplina del matrimonio, si finisce per

svilire il matrimonio stesso e le implicazioni attinenti alla personalità insite nello svolgimento del rapporto. Pertanto, quei comportamenti di una certa gravità che costituiscono violazione del dovere di fedeltà o di assistenza morale e che causano la fine del matrimonio giustificerebbero la richiesta non solo di addebito della separazione, ma anche di risarcimento del danno da inadempimento del dovere.

Secondo questa prospettiva unitaria, la domanda risarcitoria, essendo strettamente legata alla violazione del dovere matrimoniale, dovrebbe essere proposta nella stesso giudizio di separazione e non come sostiene la Cassazione - che separa il piano del dovere da quello dell'illecito - in un giudizio diverso da quello di separazione<sup>22</sup>.

Questa separazione sostenuta non solo dalla giurisprudenza ma anche da una parte della dottrina<sup>23</sup> si appunta soprattutto su due ragioni. La prima attiene all'impossibilità di attribuire ai doveri di cui all'art. 143 c.c. la natura di prestazione oggetto dell'obbligazione, non essendo essi suscettibili di valutazione economica; la seconda poggia sulla necessità di non allargare troppo l'area del risarcimento a fronte dell'esercizio di libertà personali.

Indubbiamente siffatte ragioni sono significative; tuttavia, quanto alla prima, si risponde richiamando quella dottrina che ha rilevato come l'irrisarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento si ispiri a una concezione economica del diritto privato, superata dalla preminenza dei valori della persona<sup>24</sup> (si trae

<sup>22</sup> Trib. Milano, 20.03.2009, n. 3862, Trib. Milano, 11.03.2009, n. 3318, entrambe in *Banca dati-Leggi d'Italia*. In dottrina cfr. in senso adesivo alla giurisprudenza A. MORACE PINELLI, cit., 1244-1247, il quale, ragionando sulle disposizioni del codice di rito sul cumulo delle domande, esclude che la domanda di risarcimento possa essere proposta nel giudizio di separazione.

<sup>23</sup> Per un approfondimento di questa dottrina, anche rispetto all'ordinamento tedesco, cfr. F. AZZARRI, *op. cit.*, 431-445, il quale ritiene che la violazione di per sé del dovere di fedeltà non giustifichi una domanda risarcitoria, ma solo l'applicabilità degli specifici rimedi familiari, qual è ad esempio la riducibilità dell'assegno di divorzio in considerazione del criterio legale di cui all'art. 5 comma 6°, l. n. 898/1970 dato dalle «ragioni della decisione». Per un approfondimento teorico sul negozio familiare non patrimoniale, la cui inosservanza da parte di un coniuge non fonderebbe una domanda risarcitoria cfr. G. AMADIO, *Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, I, 41.

<sup>24</sup> Spunti si traggono in P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1, 115 ss., ID., *L'onnipresente articolo 2059 c.c. e la tipicità del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 2, 520 ss., E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 300 ss. Per una trattazione più specifica cfr.: L. RIPA, *Il danno da non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2013; M. GAZZARA, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le*

<sup>19</sup> P. ZATTI, *Familia, familiae-Declinazione di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 34

<sup>20</sup> P. ZATTI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>21</sup> A. GORASSINI, *Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?* in *Persona e mercato*, 2020, 4, 331, coglie acutamente il nesso tra doveri familiari e valori di ciascun coniuge.



argomento anche dall'art. 1174 cod. civ. e dalla possibilità che la perdita di cui all'art. 1223 cod. civ. possa essere di natura anche non patrimoniale). Si aggiunga che la teoria dell'obbligazione senza prestazione<sup>25</sup>, accolta dalla giurisprudenza, ha il suo maggior guadagno nell'aver configurato la responsabilità da inadempimento pur mancando una prestazione contrattuale fonte di obbligazione e in presenza di un obbligo scaturente da un dovere legale o dall'obbligo di protezione ingenerato dalla buona fede.

La seconda ragione sottovaluta, come si diceva, il nesso tra i doveri matrimoniali e agli accordi di indirizzo familiare, i quali, sebbene incoercibili e «senza vincolo per il futuro»<sup>26</sup>, posto che ciascun coniuge li può disattendere, fondano una responsabilità nei confronti dell'altro qualora la loro inosservanza tradisca il progetto di vita comune. Si aggiunga che la violazione dei doveri matrimoniali è una mera eventualità che sussiste quando è ravvisabile un nesso di causalità tra la violazione del dovere e l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza<sup>27</sup>.

A me pare che negare il risarcimento del danno per violazione del dovere di fedeltà/assistenza finisca per sminuire la vera essenza del matrimonio, privilegiando eccessivamente la libertà a detrimento della responsabilità insita nei doveri di cui all'art. 143 c.c.

### 3. Mancato riconoscimento, disinteresse verso il figlio e diritto all'assistenza morale: verso il superamento della prospettiva aquiliana?

La “densità” giuridica del rapporto familiare si apprezza in più direzioni: non solo tra i coniugi ma anche tra genitore e figlio. L'importanza per il figlio, per il suo sviluppo, della costituzione dello *status filiationis* e dell'osservanza dei doveri genitoriali è evidente. Semmai è utile sottolineare come il legislatore abbia rafforzato i diritti del figlio, enunciandoli nell'art. 315-bis cod. civ. In quest'opera di consolidamento sono stati adoperati termini pregni di significato, ai quali va ascritto un contenuto preciso a garanzia dell'effettività della posizione giuridica soggettiva sottesa. Quando

l'ordinamento si avvicina agli aspetti più delicati della vita umana, vi deve essere ancora più certezza quanto al contenuto giuridico dei riferimenti normativi e alla risposta rimediabile in caso di inosservanza.

Sotto il profilo del lessico, l'art. 315-bis, comma 1°, cod. civ. non si è limitato a riprendere il contenuto dell'art. 30, comma 1°, Cost., ma ha aggiunto, tramite la legge n. 219/2012, il diritto del figlio di essere assistito moralmente dai genitori. Un diritto, questo, di grande rilievo, la cui inosservanza è foriera di un danno alla personalità del figlio, oltre a generare un dolore profondo che ne segna l'esistenza. Non è un caso che il legislatore, con il d. lgs. n. 154/2013 attuativo della delega contenuta nella citata legge 219/2012, l'abbia ribadito a fronte della crisi di coppia (art. 337-ter, comma 1°, cod. civ.). L'assistenza morale è un tratto essenziale del rapporto di filiazione, oltre che, come si diceva, del matrimonio. Assistere significa stare vicino e svolgere tutte quelle attività di sostegno psicologico e materiale volte a superare le difficoltà e a favorire il conseguimento degli obiettivi prefissati dalla persona. L'assistenza morale postula la conoscenza dell'assistito e dei suoi bisogni e, attraverso il dialogo, diventa viatico indispensabile di crescita.

Opportunamente la Cassazione già nel 2000 ha distinto il dovere di mantenimento, rilevante anche penalmente<sup>28</sup>, da quello di istruire ed educare la prole, ossia di avere un rapporto con il proprio figlio (art. 30, comma 1°, Cost.). Qualora quest'ultimo dovere sia stato violato, si determina, secondo la Suprema Corte, una lesione «di fondamentali diritti della persona, in particolare inerenti alla qualità di figlio e di minore», con conseguente «danno esistenziale»<sup>29</sup>. Nel caso di specie il fatto di aver corrisposto in ritardo il mantenimento, non esclude la lesione del diritto fondamentale del figlio di essere accudito sotto il profilo anche morale, con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale (il nuovo art. 315-bis cod. civ. distingue tra mantenimento e assistenza morale).

Successivamente al 2000, la Cassazione è tornata sul diritto leso, chiarendo al contempo in che cosa consista il danno. Si è affermato, sotto il primo profilo, che l'inosservanza dei doveri previsti dall'art. 30, comma 1°, Cost., lede il diritto del nato

Sezioni unite e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito, in *Danno e resp.*, 2009, 3, 280 ss.

<sup>25</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 521 ss; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 681 ss.

<sup>26</sup> E. BIVONA, *Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali*, cit., 860-864.

<sup>27</sup> Cfr. *supra* nota 12.

<sup>28</sup> Cass. pen., 4.12.2020, n. 34643, in [www.cassazione.net](http://www.cassazione.net), afferma che i gravi problemi di salute, di per sé, non escludono il reato di cui all'art. 570 c.p., il quale sussiste a fronte dell'accertamento di una capacità reddituale, pur ridotta, ma tale da consentire il mantenimento del figlio. Nel caso di specie era stata provata il disinteresse dell'imputato nei confronti della figlia fin dalla nascita, perciò in un periodo antecedente rispetto alla riconosciuta invalidità totale e permanente dell'imputato stesso.

<sup>29</sup> Cass., 07.06.2000, n. 7713, cit.







di ricevere assistenza morale dal genitore. Tali doveri costituzionali postulano, quindi, il diritto fondamentale del figlio di essere accudito dal proprio genitore sotto il profilo psicologico oltre che materiale così da favorirne una crescita serena e equilibrata<sup>30</sup>.

Il diritto di ricevere assistenza morale e materiale è previsto non solo dagli articoli del codice civile già ricordati, ma anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale esplicita più efficacemente la rilevanza del rapporto genitoriale all'art. 24, comma 3°: «Il minore ha diritto di mantenere regolarmente *relazioni personali e contatti diretti con i due genitori*, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

Quanto al secondo profilo, il danno consiste «nelle *ripercussioni personali e sociali* derivanti dalla consapevolezza di non essere stato desiderato e accolto come figlio». Un tale danno, di natura non patrimoniale, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, è autonomo rispetto alla lesione della salute e dovrà essere allegato e provato (per presunzioni), poiché il sistema della responsabilità civile non ammette il danno-evento (o danno *in re ipsa*)<sup>31</sup>. Ciò significa che ove la

<sup>30</sup> Cass., 16.02.2015, n. 3079, in *Giur. it.*, 2015, 11, 2333 ss., con nota di D. MARCELLO, *La responsabilità genitoriale e il danno endofamiliare*; Cass., 22.07.2014, n. 16657, in *Foro it.*, 2015, 6, 1, 2149; CASS., 22.11.2013, n. 26205, in *Giur. it.*, 2014, 7, 1593 ss., con nota di B. TASSONE, *Mancato riconoscimento del figlio naturale e danno non patrimoniale*; in *Danno es resp.*, 2014, 7, 716 ss., con nota di D. AMRAM, *Il danno intrafamiliare e la sua quantificazione. Conferme per l'adozione di una tabella?* afferma che la formula «diritto di essere educato e mantenuto», ben lungi dall'essere meramente descrittiva, «contiene e presuppone il più ampio ed immanente diritto, desumibile dalla lettura coordinata degli artt. 2 e 30 Cost., di condividere fin dalla nascita con il proprio genitore la relazione filiale, sia nella sfera intima ed affettiva, di primario rilievo nella costituzione e sviluppo dell'equilibrio psicofisico di ogni persona, sia nella sfera sociale, mediante la condivisione ed il riconoscimento esterno dello status conseguente alla procreazione. Entrambi i profili integrano il nucleo costitutivo originario dell'identità personale e relazionale dell'individuo e la comunità familiare costituisce la prima formazione sociale che il minore riconosce come proprio riferimento affettivo e protettivo». Cfr. analogamente Cass., 10.04.2012, n. 5652, in *Danno e resp.*, 2012, 8-9, 867 ss., con note di D. AMRAM, *Ambo della Cassazione in tema di danno intrafamiliare. La responsabilità civile nelle relazioni familiari A.D. 2012*, e di S. OLIARI, *Lui, lei e l'altra: dimostrato l'adulterio, va provato il danno*. Qualche critica nei confronti di questa giurisprudenza viene sollevata da M. PALADINI, *L'illecito dei genitori nei confronti dei figli*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 7, 488 ss. (§ 3), soprattutto rispetto al carattere obbligatorio o meno del riconoscimento.

<sup>31</sup> Trib. Torino, 5.06.2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), su un caso di abbandono del figlio dopo la nascita da parte del padre coniugato. Durante la crescita vi erano stati sporadici contatti tra i due terminati con una nuova brusca chiusura di ogni rapporto per volontà del padre quando il figlio era divenuto maggiorenne. Secondo il Trib. è stata fornita la prova,

condotta del genitore assente non abbia leso la salute del figlio, vi sarà tendenzialmente un danno risarcibile che consiste, da un lato, nella sofferenza interiore patita, generata dal disinteresse di un genitore, dall'altro, nel danno cosiddetto esistenziale attinente alla maggiori difficoltà e privazioni incontrate nella crescita.

Il sintagma danno esistenziale è oramai penetrato nel lessico giurisprudenziale, dopo il chiarimento da parte della Suprema Corte del suo rilievo quale conseguenza risarcibile. Esso consiste nelle ricadute negative sulla vita di relazione cagionate dalla lesione di un diritto fondamentale qual è il diritto del figlio di essere accudito dal genitore; si pensi al peggioramento del rendimento scolastico derivante dal reiterato rifiuto di occuparsi del figlio, allo scadimento delle relazioni con i coetanei e alla riduzione significativa delle proprie consuete attività. Tutte circostanze, queste, da allegare e provare in giudizio.

La fase istruttoria del processo civile è decisiva per i riflessi che ha in ordine alla liquidazione del danno. La giurisprudenza ha ritenuto applicabile, per analogia, le tabelle di Milano nella voce sul danno ai figli per decesso del genitore a causa della condotta illecita di un terzo<sup>32</sup>. Occorre, tuttavia, un correttivo, non potendosi equiparare il danno da morte al danno da abbandono. La somma prevista dalle Tabelle va, pertanto, rideterminata secondo equità e ciò necessita dell'allegazione di talune circostanze di fatto da porre a fondamento dell'importo liquidato. La giurisprudenza ne ha indicate alcune: il tempo trascorso dalla nascita, l'inosservanza del provvedimento giudiziale sul mantenimento del figlio, il totale o parziale abbandono materiale e morale e le condizioni psichiche e di vita del figlio<sup>33</sup>.

Sempre sotto il profilo dei danni risarcibili, il figlio non riconosciuto che agisce con l'azione volta

attraverso la testimonianza dei compagni di classe e degli insegnanti, dei riflessi negativi dell'abbandono paterno sotto il profilo dell'umore, della socialità e del rendimento scolastico. Cfr. Anche Trib. Trib. Modena, 22.04.2020, in *Fam. e dir.*, 2021, 2, 208 ss., con nota di E. ANDREOLA, *Il danno da mancato riconoscimento del figlio*, su un caso di mancato riconoscimento da parte del padre, consapevole della nascita, rispetto a una dichiarazione giudiziale di paternità intervenuta trentuno anni dopo la nascita stessa.

<sup>32</sup> Cass., 22.07.2014, n. 16657, cit.

<sup>33</sup> Trib. Torino, 5.06.2014, cit. Analogamente cfr. Trib. Modena, 22.04.2020, cit., il quale indica tra gli elementi da considerare in funzione correttiva della misura prevista dalle Tabelle milanesi i seguenti: «la durata e il livello dell'assenza tanto materiale quanto affettiva del padre (...); la rimediabilità del danno, vale a dire la possibilità di recupero del rapporto genitoriale (...); l'effettiva consapevolezza da parte del figlio dell'abbandono paterno (...); la presenza di altre figure parentali».



a ottenere la dichiarazione giudiziale può domandare il danno patrimoniale da perdita delle *chances* di istruzione e di progressione lavorativa. È, questo, un altro possibile danno-conseguenza derivante dalla violazione del diritto del figlio di essere assistito dai propri genitori. Occorre però allegare e provare i fatti noti da cui inferire il danno, quali ad esempio il profilo scolastico dell'attore, le sue inclinazioni e le ragionevoli aspirazioni professionali che si assumono frustrate dalla condotta omissiva del genitore<sup>34</sup>.

C'è un altro aspetto più generale da considerare: la giurisprudenza, poiché ha qualificato la responsabilità del genitore assente come aquiliana, si è premurata di stabilire quando sussista l'elemento soggettivo della colpa richiesto dall'art. 2043 cod. civ. La colpevolezza del genitore che non abbia riconosciuto il figlio non si identifica con la certezza assoluta della paternità; certezza che maturerebbe solo a fronte dell'esito positivo della prova ematologica cui dovrebbe sottoporsi il supposto genitore. È sufficiente, invece, il ragionevole dubbio di essere padre, nonostante il quale si sia deciso di non approfondire la propria posizione rispetto a una nascita che sembra ascrivibile a un proprio atto generativo. Quest'orientamento, che tra l'altro esclude il concorso colposo del creditore<sup>35</sup>, garantisce una maggiore effettività del diritto del figlio all'assistenza morale, responsabilizzando colui che possa anche solo dubitare di aver procreato<sup>36</sup>.

Ciò che desta perplessità è la reiterata e ferma convinzione da parte della giurisprudenza della natura extracontrattuale della responsabilità del

genitore che non abbia effettuato il riconoscimento. In verità si potrebbe qui richiamare quanto rilevato sopra a proposito dell'attitudine dei doveri matrimoniali a costituire la cornice di regole del rapporto matrimoniale all'interno della quale operano due specifici soggetti, i coniugi. Ebbene, anche la filiazione è governata da diritti e doveri che legano due persone *specifiche*, vincolandone le condotte. Il riconoscimento, il mantenimento e, più in generale, il dovere di favorire la crescita soprattutto psicologica del figlio sono obblighi di legge che, se violati, generano una responsabilità da inadempimento, almeno secondo quell'impostazione dottrinale<sup>37</sup> che, in tale fattispecie, ritiene oltretutto superfluo invocare la teoria del contatto sociale.

Di grande rilievo è in questo ragionamento l'art. 27 della Convenzione di New York del 1989 (ratificata con legge n. 176/1991) sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, il quale sancisce «il diritto di ogni fanciullo a un livello di vita sufficiente per consentire il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale. Spetta ai genitori (...) la responsabilità fondamentale di assicurare (...) le condizioni necessarie allo sviluppo del fanciullo». Tale diritto esige condotte doverose da parte dei genitori connotanti il rapporto con il figlio; il che implica l'applicazione, in caso d'inosservanza del dovere, della disciplina di cui agli artt. 1218 ss. cod. civ.

#### 4. Ostacolo alla genitorialità: art. 709-ter c.p.c. e art. 2059 cod. civ.

Il diritto del nato di essere accudito da entrambi i genitori, previsto dall'art. 315-*bis*, comma 1, cod. civ. e dall'art. 7 della citata Convenzione di New York, è rilevante non solo, come abbiamo visto, con riguardo alla costituzione dello stato di figlio, ma anche durante il rapporto di filiazione. Esso è funzionale alla formazione dell'identità del figlio (art. 8 Conv. New York) e a una sua crescita sana ed equilibrata. Specularmente, il genitore ha il dovere di crescere il proprio figlio, ma ne ha anche il diritto (art. 30, comma 1°, Cost.).

La genitorialità, insomma, coinvolge tanto la personalità del figlio, quanto quella del genitore. Da questo punto di vista, è ben noto che crescere la prole rappresenti l'esperienza che, più di ogni altra, coinvolge l'identità e l'essere umano nella sua totalità. Ne consegue che qualora un genitore

<sup>34</sup> Trib. Modena, 22.04.2020, cit., ai fini della prova di questo danno, non ritiene sufficiente affermare da parte del figlio che le difficoltà economiche della madre lo hanno indotto a entrare nel mondo del lavoro subito dopo il conseguimento del diploma. Opinando diversamente si avrebbe un «inammissibile automatismo» tra le difficoltà del genitore che ha riconosciuto e il livello di istruzione e di professionalità conseguito dal figlio.

<sup>35</sup> Cass., 22.07.2014, n. 16657, cit. Non è ipotizzabile il concorso del fatto colposo del creditore ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., consistente nel non aver proposto tempestivamente l'azione volta al pronunciamento della dichiarazione giudiziale di paternità. Sono due gli argomenti a sostegno: 1) il figlio è libero di decidere quando agire in giudizio ai sensi dell'art. 269 c.c. (art. 270, comma 1°, cod. civ.); 2) l'inerzia del figlio non elimina né diminuisce l'antigiuridicità della condotta omissiva del genitore. Opinando diversamente, l'attuazione dei doveri genitoriali dipenderebbe da una condotta attiva e tempestiva del nato, espressa con un'azione giudiziale, volta a supplire alla mancanza del riconoscimento. Piuttosto chi non riconosce lede un diritto fondamentale del nato, senza che la condotta di quest'ultimo possa eliminare o affievolire la lesione.

<sup>36</sup> Cass., 22.11.2013, n. 26205, cit. Il fatto che il padre sospetti la propria genitorialità in ragione di indizi univoci, da allegare e provare da parte di chi richiama il risarcimento del danno, fa sì che egli sia ritenuto colpevole di non aver ricercato la verità.

<sup>37</sup> C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, Eur. e dir. priv., 2011, 66 ss.





impedisca all'altro o di riconoscere il figlio ovvero, nell'ipotesi in cui lo *status filiationis* sia già costituito, o di esercitare la responsabilità genitoriale e il diritto di visita<sup>38</sup>, vi potrà essere la lesione della sfera soggettiva tanto dell'adulto quanto del minore.

Il legislatore ha colto questa doppia valenza lesiva del contrasto alla genitorialità, tant'è che all'art. 709-ter, comma 2° nn. 2 e 3, c.p.c., in caso di «gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento», prevede il risarcimento del danno a carico di uno dei genitori e a beneficio del minore e/o dell'altro genitore. Tali fattispecie pregiudicano il rapporto tra un genitore e il figlio, in contrasto con quanto disposto dal provvedimento giudiziale o dagli accordi tra i genitori, con conseguente lesione, da un lato, del diritto di svolgere il ruolo di genitore, dall'altro, del diritto del figlio di «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascun genitore».

Ora l'art. 709-ter c.p.c., nel prevedere ai nn. 2 e 3 la risarcibilità del danno, non è stato sufficientemente chiaro in ordine alla funzione di tale misura. Secondo la più recente giurisprudenza<sup>39</sup>, il risarcimento del danno ivi

<sup>38</sup> Cass., 16.12.2020, n. 28723, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, con riferimento a un caso in cui si contesta alla madre di aver ostacolato il rapporto tra il padre e il figlio, afferma che il giudice del merito deve approfondire diversi aspetti: le ragioni per le quali il figlio rifiuta la figura paterna, l'esistenza o meno di comportamenti volti all'allontanamento fisico e psichico del figlio dall'altro genitore (*Parental alienation Syndrome-PAS*), le ragioni che inducono a escludere un ampliamento del diritto di visita più assiduo tra il padre e il figlio (per queste omissioni viene cassata la sentenza d'appello). La tutela del diritto del minore alla bigenitorialità dipende da questi accertamenti e da un giudizio prognostico sulla capacità dei genitori di crescere e di educare la prole nella nuova situazione determinata dalla crisi; giudizio, questo, «formulato tenuto 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».

<sup>39</sup> Cass., 27.06.2018, n. 16980, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, afferma che «avere ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali relative alle modalità di affidamento dei figli è un fatto che giustifica di per sé l'applicazione di una delle misure previste dall'art. 709-ter c.p.c., pure in mancanza di un pregiudizio in concreto accertato a carico del minore. Questa interpretazione è coerente con la funzione deterrente e sanzionatoria delle misure previste dall'art. 709-ter c.p.c. e, in particolare, di quella consistente nella condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria». Cfr. in senso conforme: Cass., 17.06.2019, n. 13400, in *Banca dati-Leggi d'Italia*. Più di recente Corte Cost., 10.07.2020, n. 145, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, la quale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 709-ter, comma 2° n. 4), c.p.c. rispetto all'art. 570 c.p., sembra

previsto avrebbe funzione sanzionatoria dell'inosservanza del provvedimento del giudice o degli accordi raggiunti dai genitori. Di talché il giudice adito potrebbe condannare il genitore per il solo fatto di aver integrato una delle fattispecie legali previste dal comma 2°, a prescindere dal verificarsi di un danno in capo al genitore o al figlio.

Al di là delle diverse opinioni dottrinali sul punto<sup>40</sup>, preme osservare come lo stesso legislatore si sia reso conto dell'insufficienza dei rimedi tipicamente familiari per governare la crisi di coppia (cfr. anche art. 337-sexies ult. co, cod. civ.). Soprattutto perché una tale crisi coinvolge diritti fondamentali delle parti interessate, la cui tutela è senz'altro più incisiva in chiave deterrente, attraverso la previsione di un risarcimento in funzione sanzionatorio-punitiva.

Va rilevato però che, ove si accolga la tesi della natura sanzionatoria del risarcimento del danno, a fronte del medesimo comportamento - ad esempio di violazione del diritto-dovere di visita del genitore collocatario<sup>41</sup> o di ostacolo da parte del genitore collocatario agli incontri con l'altro - oltre all'art. 709-ter comma 2° nn. 2 e 3 c.p.c. si applicheranno anche gli artt. 2043 e 2059 cod. civ., al fine di risarcire, secondo la funzione compensativo-riparatoria della responsabilità civile, i danni, soprattutto non patrimoniali, subiti dal minore e/o dal genitore.

accogliere la tesi della funzione sanzionatoria delle misure di cui all'art. 709-ter c.p.c. giacché viene richiamata Cass. n. 16980/2018, cit.

<sup>40</sup> F. SCIA, *Responsabilità civile e doveri genitoriali: le persistenti problematicità dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *Persona e mercato*, 2020, 4, 418-419 ss., dopo aver ripreso in modo puntuale i diversi orientamenti sulla funzione del risarcimento del danno previsto dall'art. 709-ter, comma 2°, nn. 2 e 3 c.p.c., sostiene la tesi della natura sanzionatoria.

<sup>41</sup> Qualora il genitore non collocatario, in violazione del provvedimento del giudice, rifiuti di incontrare il figlio, si discute se sia applicabile l'art. 709-ter c.p.c. Si è pronunciata negativamente Cass., 6.03.2020, n. 6471, in *Corr. giur.*, 2020, 11, 1394 ss., con nota di D. NOVIELLO, *Un criticabile regime di attuazione a "doppio binario" per l'obbligo di visita del genitore non collocatario*; in *Fam e dir.*, 2020, 8-9, 792 ss., con nota di E. VULLO, *Non coercibilità del diritto-dovere di visita del figlio minore spettante al genitore non collocatario*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 4, 775 ss., con nota di A. NASCOSI, *Il dovere di visita del genitore, secondo la Corte, non è coercibile*. La Suprema Corte, facendo leva sulla natura di potere-funzione del diritto-dovere di visita del minore, ha ritenuto di escluderne la coercibilità anche indiretta; sarebbero altri, secondo quest'impostazione, i rimedi applicabili in tale fattispecie (*id est*: gli artt. 330 ss cod. civ.). *Contra*, in modo condivisibile, F. SCIA, *Responsabilità civile e doveri genitoriali*, cit., 430-431, la quale ritiene applicabile al diritto di visita non solo l'art. 709-ter c.p.c., ma anche l'art. 614-bis c.p.c., in funzione di tutela del prioritario interesse del minore.

È evidente che il genitore separato, divorziato o che abbia interrotto la convivenza di fatto non debba tenere condotte lesive del rapporto tra l'altro genitore e il figlio, altrimenti egli viola un diritto fondamentale di entrambi. Questa doppia violazione si verifica, ad esempio, nel caso della sindrome da alienazione parentale (PAS) in cui un genitore, attraverso un'opera denigratoria più o meno esplicita dell'altro genitore rivolta al figlio, finisce con l'allontanare quest'ultimo dal denigrato. Tale fattispecie, particolarmente grave per i danni che produce, sebbene sia di incerta sistemazione da parte della scienza medica, è senz'altro rilevante sul versante civilistico. Non fosse altro perché, al di là della denominazione e dell'esistenza di una vera e propria sindrome, aver causato l'allontanamento del proprio figlio dall'altro genitore per ragioni attinenti al sentimento di rivalsa verso quest'ultimo<sup>42</sup> viola il diritto alla bigenitorialità e il diritto di svolgere il ruolo di genitore

Decisivo sul piano probatorio della PAS può rivelarsi l'ascolto del minore (art. 315-bis, 3° comma, cod. civ.), quale strumento volto a rendere effettivo il diritto di esprimere la propria opinione sulle questioni che lo riguardano<sup>43</sup>. L'ascolto svela

<sup>42</sup> In questo senso si è pronunciata la giurisprudenza di legittimità più recente (CASS., 08.04.2016, n. 6919, in *Foro it.*, 2016, 5, 1, 1655 e CASS., 16.05.2019, n. 13274, in *Corr. giur.*, 2020, 2, 159 ss., con nota di G. CASSANO-I. GRIMALDI, *L'alienazione parentale nelle aule giudiziarie: ragioni dei minori e decisioni irragionevoli tra giurisprudenza e normativa sovranazionale*), la quale ha affermato che il giudice del merito deve accertare la veridicità dei comportamenti addotti quale causa della rottura del rapporto tra un genitore - quello in tesi denigrato - e il figlio. Inoltre, se un figlio rifiuta uno dei genitori, anche le ragioni di un tale atteggiamento devono essere indagate dal giudice.

<sup>43</sup> La Cassazione ha chiarito diversi aspetti dell'ascolto del minore: 1) le dichiarazioni del minore non vincolano il giudice, potendo egli discostarsene e adottare una decisione diversa in attuazione del superiore interesse del medesimo, purché tale decisione sia motivata in modo puntuale a specifico, altrimenti la sentenza è impugnabile. Ed è evidente che sia così, poiché l'ascolto è lo strumento attuativo più rilevante del diritto fondamentale del minore di esprimere liberamente la propria opinione (art. 24, 1° comma, Carta dir. UE); tuttavia, se l'opinione è falsata e irragionevole, essa non deve essere seguita dal giudice; 2) se il giudice non procede all'audizione del minore nei casi obbligatori, senza fornire una delle giustificazioni di legge (non necessità o contrarietà al suo interesse), la sentenza è nulla; 3) l'ascolto, oltre che diretto, può essere delegato dal giudice o al consulente tecnico d'ufficio, il quale lo effettuerà durante o fuori dalle indagini peritali, o a un esperto (come il neuropsichiatra infantile); 4) il fatto che l'ascolto sia stato effettuato in primo grado non comporta necessariamente che esso non debba essere rinnovato in secondo grado (tale conclusione vale anche nell'ipotesi di un ascolto ritenuto superfluo in primo grado). Il giudice dell'impugnazione dovrà esplicitare le ragioni della mancata audizione. Cfr.: Cass., 16.05.2019, n. 13274, cit.; CASS., 13.12.2018, n. 32309, in *Fam. e dir.*, 2019, 10, 873 ss., con nota di C. GUERRA, *Sulla nullità per omesso e immotivato ascolto del*

elementi significativi in ordine alla spontaneità o meno del rifiuto di un genitore.

Qualora sia accertata la PAS o comunque un atteggiamento proteso a ostacolare la genitorialità, vi potranno essere conseguenze non solo sul piano risarcitorio - danno non patrimoniale al figlio privato del genitore e danno non patrimoniale al genitore allontanato - ma anche su quello dell'affidamento al punto da legittimare una modifica giudiziale dell'affidamento condiviso in affidamento esclusivo al genitore denigrato. Non solo: la PAS integra solitamente abuso dei poteri genitoriali, ciò che costituisce il presupposto della decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330, comma 1°, cod. civ.).

Del resto se il minore ha diritto alla bigenitorialità, se la sua identità personale e il suo equilibrio interiore dipendono dal rapporto con entrambi i genitori, finanche nel caso di semiabbandono<sup>44</sup>, e se egli ha diritto di essere educato «nell'ambito della propria famiglia» [il che postula ancora una volta la presenza dei propri genitori (art. 1, 1° comma, l. n. 184/1983)], è evidente - come ha ritenuto la giurisprudenza - che tra i requisiti di idoneità genitoriale vi sia anche la

*minore ultradodocenne*; Cass., n. 12957/2018, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, sull'ascolto indiretto e sull'obbligo di ascoltare il minore nelle cause di separazione giudiziale. Anche la presunzione è un mezzo di prova potenzialmente incisivo; si pensi alla presenza di un legame patologico connotato da sentimenti eccessivi, a tendenza possessiva tra il figlio e uno dei genitori, oppure all'utilizzo da parte del minore nel corso della sua audizione di una terminologia denigratoria di un genitore espressa con il linguaggio di un adulto. In tale ultimo caso si presume che il minore sia stato indotto a pronunciare certe parole.

<sup>44</sup> Cass., 25.01.2021, n. 1476, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, afferma che l'adozione c.d. mite in base alla quale non si elidono i rapporti con la famiglia di origine (art. 44 let d) l. n. 184/1983) si lega al diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 Cedu. Tale diritto implica, secondo l'interpretazione della Corte Edu, che gli Stati Parte della Cedu debbano ricercare, tramite misure adeguate, «l'unità e il ricongiungimento familiare». Nei casi di gravi difficoltà da parte dei genitori a svolgere il proprio ruolo rileva sia la posizione giuridica del genitore responsabile del semiabbandono, condizione quest'ultima in cui residua comunque un rapporto affettivo tra genitore e figlio, sia quella del figlio. Il giudice del merito è chiamato a una delicata valutazione volta a scegliere tra l'adozione legittimante (*rectius*: piena) e quella in casi particolari; la linea guida è quella dell'adozione legittimante quale *extrema ratio* a tutela del diritto del figlio di non perdere il rapporto con i genitori di sangue (nel caso di specie con la madre); diritto che scaturisce non solo, come si diceva, dal diritto al rispetto della vita familiare, ma anche dal diritto di «crescere e di essere educato nell'ambito della propria famiglia» (art. 1, co. 1, l. n. 184/1983).





«capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore»<sup>45</sup>.

La capacità di essere un buon genitore comporta un dovere non solo negativo (di non denigrare l'altro), ma anche propositivo nel senso di saper aiutare il proprio figlio, compatibilmente con il contesto di riferimento, a recuperare un rapporto regolare con l'altro genitore. Non a caso la Corte europea dei diritti dell'uomo è da tempo attenta ed esigente nel pretendere dagli Stati Parti l'applicazione di tutte le misure necessarie - c.d. obblighi positivi ex art. 8 Cedu - atte a garantire, effettivamente, la bigenitorialità quale elemento fondamentale del rispetto del diritto alla vita familiare sancito dall'art. 8 Cedu<sup>46</sup>.

Se fino ad ora il discorso si è concentrato sul rapporto di filiazione già in essere, occorre adesso soffermarsi brevemente su un'altra fattispecie, che si determina quando la madre ostacoli il secondo riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio per ragioni attinenti al mancato accordo su profili economici e modalità dell'affidamento. Il rifiuto del consenso richiesto dall'art. 250, 3° comma cod. civ. è legittimo solo se rispondente all'interesse del figlio e un tale interesse non è certo ravvisabile nel mancato preventivo accordo sui precitati aspetti della filiazione.

La via corretta, qualora vi siano contrasti tra chi abbia riconosciuto e chi no, è un'altra: anzitutto acconsentire al secondo riconoscimento in assenza di seri motivi riguardanti le capacità genitoriali dell'altro; successivamente i genitori regolamenteranno, ai sensi degli artt. 337-bis ss. cod. civ., l'affidamento e il mantenimento della

prole. Diversamente, l'ostacolo immotivato alla genitorialità, frapposto tramite il diniego del consenso, determinerà una lesione del diritto alla genitorialità del padre naturale, con conseguente risarcibilità del danno da perdita del rapporto con il proprio figlio<sup>47</sup>.

Ai fini della quantificazione di un tale danno, in giurisprudenza si è fatto riferimento ora alla Tabelle di Milano, prendendo a base del calcolo la voce minima del danno da uccisione del figlio opportunamente corretta<sup>48</sup>, ora all'equità ancorata a parametri - da esplicitare in sentenza - quali la gravità dei fatti, la loro durata, i rapporti tra le parti, l'età e la condizione socio-culturale<sup>49</sup>.

### 5. Parentela di fatto e illecito aquiliano: bene leso e danni.

Dopo aver posto l'accento sul coniugio e sulla filiazione basata sulla procreazione, le cui dinamiche - quelle sopra analizzate - sono spesso innescate dalla lesione di diritti fondamentali del figlio o del genitore, non si può ignorare che la filiazione, più di altri ambiti del diritto di famiglia, è stata interessata da un processo evolutivo considerevole che ha portato a riconoscere la giuridicità del rapporto di fatto di tipo genitoriale.

Non solo la Corte europea dei diritti dell'uomo, attraverso un'interpretazione dell'art. 8 Cedu più inclusiva delle nuove realtà familiari, ha

<sup>45</sup> Cass., 16.05.2019, n. 13274, cit. e Cass., 16.12.2020, n. 28723, cit., § 9.3.

<sup>46</sup> Corte eur. dir. uomo, 2.11.2010, ric. n. 76171/13 e Corte eur. dir. uomo, 29.1.2013, ric. n. 25704/11 entrambe in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int). In quest'ultima pronuncia (causa *Lombardo c. Italia* sul mancato esercizio del diritto alla genitorialità paterna a causa di condotte ostruzionistiche operate dalla madre), la Corte chiarisce la duplice valenza prescrittiva dell'art. 8 Cedu, consistente nel porre, da un lato, a carico dello Stato un obbligo negativo di non ingerenza nella vita familiare, dall'altro, un obbligo positivo attinente a un effettivo rispetto della vita familiare. L'obbligo positivo deve tradursi in misure «adeguate» volte a riunire il genitore al figlio e l'adeguatezza esige un'attuazione rapida di esse (cfr. anche Corte eur. dir. uomo, 2.11.2010, ric. n. 36168/09). Naturalmente il ravvicinamento tra genitore e figlio non è un risultato da perseguire in ogni caso; il criterio guida è la ragionevolezza e l'efficienza delle misure disposte. Certo è che i giudici nazionali non possono limitarsi a constatare la mancata esecuzione dei provvedimenti giudiziali, a richiedere continuamente informazioni e a delegare i Servizi sociali a un'attività di controllo - quali «misure automatiche e stereotipate» - dovendo piuttosto adottare, tempestivamente, «misure pratiche al fine di indurre gli interessati a una migliore collaborazione, tenendo comunque conto del superiore interesse della minore».

<sup>47</sup> Trib. Milano, 5.10.2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), stigmatizza la volontà della madre di subordinare il proprio consenso al riconoscimento da parte del padre, ai sensi dell'art. 250, comma 2°, cod. civ., alla previa sottoscrizione di accordi sui doveri genitoriali, in particolare, nella specie, quanto al mantenimento della figlia.

<sup>48</sup> Il Trib. Milano, 5.10.2016, cit., ai fini della liquidazione del danno, per un verso, effettua un calcolo matematico dividendo la somma base nel valore minimo, non trattandosi di decesso del figlio, per gli anni di vita media di una persona, così da poter calcolare «il "valore" della perdita della relazione con il figlio rapportato al singolo anno di vita del figlio di cui il genitore non ha potuto godere». Per altro verso, il trib. va oltre il risultato del nero calcolo aritmetico, attribuendo rilievo alla particolare importanza ai primi anni di vita di un bambino, sotto il profilo relazionale e di godimento della genitorialità (nel caso di specie la condotta ostacolante della madre al riconoscimento da parte del padre aveva privato quest'ultimo dei primi due anni di vita della figlia). Così la madre è stata condannata a corrispondere al padre € 15.000 a titolo di perdita del rapporto genitoriale.

<sup>49</sup> Trib. Roma, 3.09.2011, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it). Nel caso di specie la donna, separata giudizialmente dal marito, aveva ostacolato pervicacemente il rapporto tra padre e figlio, oltre ad aver promosso azioni, anche penali, tutte senza esito favorevole. Il Trib. ha ravvisato una lesione del diritto alla genitorialità del padre, il cui fondamento è rintracciabile negli artt. 2 e 29 Cost.; più esplicitamente, a mio avviso, il fondamento del diritto in parola andrebbe ravvisato nell'art. 30, 1° comma, Cost.

riconosciuto la rilevanza del rapporto tra il minore e il cosiddetto «genitore d'intenzione»<sup>50</sup>, ma anche alcune fonti di diritto interno contengono indici significativi della parentela di fatto, adeguatamente valorizzati dalla dottrina<sup>51</sup> e dalla giurisprudenza.

Talune disposizioni esprimono l'importanza della relazione di tipo genitoriale, pur in mancanza della derivazione genetica. L'art. 4, comma 5-*bis*, l. n. 184/1983 (introdotto dalla l. n. 173/2015) attribuisce alla famiglia affidataria una priorità nell'adozione del minore ad essa affidato ai sensi dell'art. 2 l. n. 184/1983, in ragione dell'esistenza di «legami affettivi *significativi*». La stessa attenzione alla relazione, con riguardo a un'altra fattispecie, è espressa dall'art. 4, comma 5-*ter*, l. n. 184/1983, che tutela «la continuità delle positive relazioni socio affettive consolidate durante l'affidamento». Inoltre, la presenza di un parente di quarto grado con «rapporti *significativi* con il minore» preclude la dichiarazione dello stato di adottabilità (art. 11, comma 1°, l. n. 184/1983); ciò a dimostrazione, ancora una volta, dell'importanza di una seria relazione affettiva.

Più in generale, secondo la Cassazione<sup>52</sup> e la Corte costituzionale<sup>53</sup>, la valutazione del superiore interesse del minore deve orientare la decisione giudiziale sull'azione di stato. Con riguardo all'art. 263 cod. civ. e al cosiddetto riconoscimento di compiacenza, secondo la Consulta, il giudice deve bilanciare l'interesse pubblico sotteso alla verità della filiazione con l'interesse concreto del figlio,

falsamente riconosciuto, alla conservazione o meno dello *status filiationis*<sup>54</sup>.

Alla luce del quadro delle fonti tratteggiato, non si può oggi seriamente dubitare della rilevanza giuridica della filiazione di fatto, ossia del rapporto instauratosi tra chi si sia comportato come fosse genitore pur non essendolo formalmente e il figlio del proprio convivente di fatto, coniuge o unito civilemente. Così si è assistito a un ampliamento dell'orientamento sul danno da perdita del rapporto parentale, nel senso che questo sintagma ricomprende anche il danno da perdita o da lesione della parentela di fatto.

È legittimo, quindi, porre l'accento, a fini risarcitori, sulla sussistenza di una relazione familiare, nella specie, di filiazione, ossia di un legame anche non biologico bensì incentrato sull'affetto e sull'assunzione *de facto* dei doveri genitoriali.

L'annientamento di un tale rapporto per mano di un terzo - c.d. illecito esofamiliare - lede non solo l'identità e la personalità del genitore sociale, il quale si vede privato di quella relazione che più lo arricchiva, ma anche, più specificamente, il diritto di conservare il rapporto genitoriale di fatto che, in quanto tale, assume a valore giuridico di primaria importanza. La filiazione è, dunque, rilevante sia che origini da un atto procreativo, sia che scaturisca dall'assunzione di responsabilità del nato all'interno

<sup>50</sup> Corte eur. dir uomo, 19.02.2013, ric. n. 19010/07 e Corte eur. dir uomo, 27.04.2010, ric. n. 16318/07 entrambe in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

<sup>51</sup> VERONESI, *Genitore "sociale" e relazioni di fatto: riconosciuta la rilevanza dell'interesse del minore a mantenere un rapporto stabile e significativo con il convivente del genitore biologico*, in *Corr. giur.* 2015, 12, 1549; G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016; G. COLLURA, «*Le famiglie degli affetti*» e le nuove genitorialità, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1, 37 ss.; A. MENDOLA, *Le mobili frontiere della filiazione*, in *Quaderni di Famiglia* a cura di S. PATTI, 2020, 2, 113 ss. e G. SALVI, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Napoli, 2018, 55 ss.; E. AL MUREDEN, *La nozione di "congiunti" tra emergenza sanitaria e pluralità di modelli*, in *Fam. e dir.*, 2020, 6, 623 ss., nell'analizzare il termine «coniugi» presente nel D.P.C.M. del 20.04.2020, argomenta, giustamente, la rilevanza giuridica «di una sorta di affinità affettiva».

<sup>52</sup> Cass., 3.04.2017, n. 8617, in *Fam. dir.*, 2017, p. 845 ss., con nota di M. N. BUGETTI, *Favor vitatis, favor stabilitatis, favor minoris: disorientamenti applicativi*.

<sup>53</sup> Corte cost., 18.12. 2017, n. 272, in *Corr. giur.*, 2018, 446 ss., con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2018, 540 ss., con nota di A. GORGONI, *Art. 263 c.c.: tra verità e conservazione dello status filiationis*, e *ivi* con commento di U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, 552 ss.

<sup>54</sup> Corte Cost., 25.06.2020, n. 127, in *Fam. e dir.*, 2020, 11, 1001 ss., con nota di M. N. BUGETTI, *La legittimazione all'azione ex art. 263 c.c. dell'autore del riconoscimento non è incostituzionale*; in *Fam. e dir.*, 2021, 3, 258 ss., con nota di A. CORDIANO, *Legami affettivi (in)sicuri e biologicamente (ir)reali: le regole per contestarli ancora all'esame della Corte costituzionale*. La Corte, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ. nella parte in cui non esclude la legittimazione a impugnare il riconoscimento del figlio da parte di chi lo abbia effettuato nella consapevolezza della sua non veridicità, afferma, tuttavia, che la mancanza del legame genetico non comporta, *sic et simpliciter*, l'accoglimento della domanda. Il giudice deve valutare il concreto interesse del minore considerando i seguenti aspetti: 1) «il legame del soggetto riconosciuto con l'altro genitore»; 2) «la possibilità di instaurare tale legame con il genitore biologico»; 3) la durata del rapporto di filiazione e del consolidamento della condizione identitaria acquisita per effetto del falso riconoscimento; 4) «l'idoneità dell'autore del riconoscimento allo svolgimento del ruolo del genitore». Si noti che nel caso di specie era applicabile l'art. 263 cod. civ. nella versione antecedente all'entrata in vigore del D. lgs n. 154/2013. Con riguardo, invece, ai casi in cui si applica l'art. 263 cod. civ. nella versione riformata, mi pare si possa ritenere che l'introduzione del termine annuale di improprietà dell'azione ridimensioni la problematica del riconoscimento di compiacenza. In questo caso, infatti, il termine di un anno dovrebbe decorrere dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita, come accade nell'ipotesi in cui il riconoscimento sia avvenuto nella consapevolezza della propria impotenza *generandi*. Essere sicuri della falsità del riconoscimento è condizione della decorrenza del termine.

della famiglia ricomposta o dall'attuazione di un progetto procreativo realizzato all'estero<sup>55</sup>.

La questione si appunta allora sulle condizioni di rilevanza della relazione familiare. In mancanza di una norma di fattispecie sulla genitorialità sociale, la giurisprudenza ha tratto dal sistema ordinamentale, compresi quegli articoli sopra richiamati, gli elementi che la connotano. Sono stati individuati la durata della convivenza (non predeterminata ma secondo ragionevolezza), la «*diuturnitas* delle frequentazioni», il «*mutuum adiutorium*», «l'assunzione concreta, da parte del genitore *de facto*, di tutti gli oneri, i doveri e le potestà [*rectius* responsabilità] incombenti sul genitore *de iure*»<sup>56</sup>.

In presenza di tutti questi elementi, l'uccisione del figlio di fatto legittima il genitore sociale - oltre naturalmente quello giuridico - ad agire con l'azione di risarcimento del danno non patrimoniale per perdita del rapporto (parentale) di fatto<sup>57</sup>. Il bene giuridico leso è, secondo la giurisprudenza, il

rapporto affettivo familiare tutelato dall'art. 2 Cost. e dall'art. 8 Cedu<sup>58</sup>.

Invero, a mio avviso, si dovrebbe richiamare l'art. 30, comma 1° Cost., da intendere, per effetto degli sviluppi legislativi e giurisprudenziali qui ricordati, ben oltre l'interpretazione tradizionale che lega diritto e dovere al fatto della procreazione naturale. Il diritto e il dovere si impongono anche quando la genitorialità sia sorta dal fatto relazionale qualificato dalle predette circostanze.

Le ricadute sono alquanto significative. Oltre alla risarcibilità del danno in caso di uccisione del figlio di fatto, altre ve ne sono, come si dirà meglio nel prosieguo, scaturenti dalla necessità di rileggere alcuni istituti della crisi familiare applicati solitamente soltanto alla filiazione genetica, quando, invece, occorrerebbe riferirli anche alla filiazione di fatto. Prima di svolgere questa tematica, preme per completezza svolgere qualche precisazione sui danni risarcibili.

Il danno da perdita del rapporto parentale è diverso dal danno biologico. A fronte dell'uccisione del figlio, il primo pregiudizio vi sarà pressoché sempre<sup>59</sup>; il secondo è, invece, eventuale, poiché non è ineluttabile che la perdita del figlio cagioni una lesione dell'integrità psico-fisica del genitore (anche di fatto) medicalmente accertabile. Perdere il rapporto di parentela implica essenzialmente non disporre più di un bene tutelato dalla Costituzione, consistente nella filiazione di diritto o di fatto (art. 30 Cost.).

Per la quantificazione del danno i tribunali applicano solitamente le Tabelle di Milano, che prevedono una forbice di valori all'interno della quale il giudice individua l'importo specifico da porre a carico del danneggiante<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> Sulla problematica del riconoscimento da parte dell'Italia dello stato di figlio nei confronti del genitore di intenzione rispetto alla surroga biologica di maternità praticata all'estero, molti sono i contributi della dottrina. Cfr. più di recente: G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. e fam.*, 2019, 2, 317 ss.; ivi anche G. RECINTO, *La decisione delle sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere filiazione*, 347 ss.; E. DEL PRATO, *Status di figlio: autoresponsabilità e verità*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 4, 746-749, sottolinea, analizzando il diritto spagnolo rispetto al problema della trascrivibilità dell'atto di nascita in Italia, la rilevanza del legame affettivo; M. TESCARO, *The notion of international public order and the worthy of approval recent decisions of the United Sections of the Cassation*, in *Eurojus*, 2020, 4, 329 ss.

<sup>56</sup> Cass., 21.04.2016, n. 8037, in *Fam. e dir.*, 2017, 4, 329 ss., con nota di L. LA BATTAGLIA, *Il danno non patrimoniale da perdita del figlio del partner: variazioni sul tema della famiglia di fatto*; in *Danno e resp.*, 2017, 1, 30 ss., con nota di A. GARIBOTTI, *Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e nella unioni civili*. Non è sufficiente la mera convivenza con il figlio del convivente di fatto o del coniuge. Una tale condizione, di per sé sola, non consente di raggiungere quella ragionevole probabilità (secondo la regola giurisprudenziale del "più probabile che non") che vi sia una genitorialità di fatto.

<sup>57</sup> Cass., 21.04.2016, n. 8037, cit. Nel caso di specie la Cassazione ha cassato la pronuncia d'Appello, la quale, a fronte della morte della figlia della propria compagna, aveva condannato l'autore della condotta lesiva a risarcire il danno non patrimoniale subito dal genitore sociale a causa del decesso semplicemente in ragione della convivenza. In verità, come sostiene la Cassazione, la genitorialità di fatto non si fonda sulla mera convivenza, occorrendo, come si diceva nel testo, qualcosa in più. La prova a carico dell'attore è piuttosto articolata; è soprattutto quella testimoniale a essere più incisiva. Testimoni utili potranno essere gli amici di famiglia e gli insegnanti della scuola e dei corsi frequentati dalla vittima dell'illecito.

<sup>58</sup> Trib. Reggio Emilia, 2.03.2016, n. 315, [www.ex parte creditoris](http://www.ex parte creditoris), sottolinea come l'art. 2 Cost., nel dare rilievo alle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo, tutela necessariamente ogni relazione salda e duratura. Non tutte le relazioni, quindi, ma solo quelle in cui è coinvolta la personalità dell'individuo. L'esistenza di «un saldo e duraturo legame affettivo con la vittima» esige un risarcimento qualora un siffatto legame venga spezzato. Nel caso della filiazione di fatto (come pure della convivenza di fatto), il giudice verificherà in concreto l'intensità e i caratteri della comunanza di vita e di affetti. Nel caso di specie - morte di un diciottenne convivente con la madre e con la di lei compagna da quando aveva 5 anni - i testimoni hanno riferito che la vittima considerava la donna come una «seconda madre».

<sup>59</sup> Una volta che l'attore abbia allegato il normale rapporto tra genitore e figlio e lo sconvolgimento conseguente alla perdita, spetterà al danneggiante fornire la prova contraria idonea a vincere la presunzione dello sconvolgimento esistenziale che, secondo l'*id quod plerunque accidit*, interessa il genitore (Cass. sez. un., 11.11.2008, n. 26972, con nota di F. D. BUSNELLI, *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*).

<sup>60</sup> Trib. Reggio Emilia, 2.03.2016, n. 315, cit., riconosce alla madre giuridica, a titolo di danno da perdita del rapporto





La lesione della salute, invece, qualora vi sia, esige un risarcimento ulteriore rispetto a quello da perdita del rapporto parentale<sup>61</sup>, la cui quantificazione si basa sul punto percentuale di invalidità indicato nelle apposite tabelle; punto percentuale cui corrisponde, in considerazione dell'età della vittima, una determinata somma di denaro.

Non è corretto in caso di perdita del rapporto parentale richiedere anche il risarcimento del danno esistenziale. Quest'ultimo, infatti, da un lato, esprime lo stesso contenuto del danno già risarcito come danno da perdita del rapporto parentale, dall'altro, come ha ben chiarito la Cassazione, l'accertamento del danno biologico preclude la risarcibilità di ulteriori pregiudizi attinenti alle dinamiche relazionali della persona<sup>62</sup>. Semmai, a fronte di «conseguenze dannose del tutto anomale e affatto peculiari» dell'illecito, vi potrà essere una personalizzazione della voce risarcitoria a titolo di danno biologico<sup>63</sup>.

---

parentale, la somma di € 350.191,25 e alla sua compagna, convivente di fatto e madre sociale la somma di € 233.460,82. Anche al padre il tribunale attribuisce una somma - sempre 233.460,8 - per il medesimo danno, sebbene egli non convivesse più con il figlio dal quinto anno di età, essendo stato provato un positivo legame affettivo tra i due (qui la convivenza non è decisiva).

<sup>61</sup> Trib. Reggio Emilia, 2.03.2016, n. 315, cit., condanna il danneggiante al risarcimento del danno biologico subito dalle due madri - giuridica (€ 58.051,22) e sociale (€ 45.215,00) - quale conseguenza di una malattia psichica riscontrata dal CTU. Il trib. sottolinea come non si debba procedere ad alcuna personalizzazione di tale danno «tenuto conto che i profili esistenziali e il danno morale sono stati già valutati con riferimento al danno parentale».

<sup>62</sup> Cass., 27.03.2018, n. 7513, in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di G. PONZANELLI, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione*, afferma che «In presenza d'un danno permanente alla salute, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e l'attribuzione d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi di cui è già espressione il grado percentuale di invalidità permanente (quali i pregiudizi alle attività quotidiane, personali e relazionali, indefettibilmente dipendenti dalla perdita anatomico o funzionale: ovvero il danno dinamico relazionale)». Quest'ultimo riferimento richiama proprio il danno esistenziale, perciò vi è una tendenziale sovrapposizione tra quest'ultimo e il danno biologico.

<sup>63</sup> La Cass., 27.03.2018, n. 7513, cit., rispetto al danno biologico, è attenta a contenere il potere del giudice di personalizzare la somma risultante dalla Tabelle: «In presenza d'un danno permanente alla salute, la misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari di merito (oggi secondo il sistema c.d. del punto variabile) può essere aumentata solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale ed affatto peculiari. Le conseguenze dannose da ritenersi normali e indefettibili secondo l'*id quod plerumque accidit* (ovvero quelle che qualunque persona con la medesima

## 6. (Segue) La rilevanza del rapporto con il nonno o con la nonna di fatto.

Se la vita familiare esiste in fatto qualora sussistano quelle condizioni di stabilità, significatività e affettività della relazione, appare quanto mai urgente un intervento legislativo di ammodernamento del libro primo del codice civile. Non che, nel frattempo, non vi sia margine interpretativo per far valere la rilevanza della relazione tra l'ascendente di fatto e il nipote di fatto. Si tratta, ad esempio, dell'ipotesi in cui la nuova compagna o la seconda moglie del nonno si sia comportata come fosse un ascendente, assumendo su di sé quei compiti propri di una nonna, con la conseguenza di porsi quale riferimento affettivo per il nipote.

Vero è che gli ostacoli normativi all'accoglimento di un'interpretazione che riconosca rilevanza giuridica alla parentela di fatto - nella specie nonna/nipote - non sono di poco conto. L'art. 317-bis, comma 2°, cod. civ. stabilisce che il figlio «ha diritto di mantenere rapporti significativi con i *parenti*». Ma questi ultimi, com'è noto, sono tali se «discendono da uno stesso stipite» (art. 74 cod. civ.). Ne conseguirebbe, secondo un'interpretazione letterale dell'art. 317-bis cod. civ., che la nonna di fatto non potrebbe adire il tribunale per i minorenni, essendo priva della legittimazione processuale. Ella, infatti, non essendo titolare del diritto di «mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni» (art. 317, comma 1°, cod. civ.), non ha azione in giudizio.

La domanda che si impone è se, in assenza di una specifica disposizione sull'ascendente di fatto, si possa superare l'accezione tecnica di ascendente, riconoscendo rilievo giuridico alla relazione *de facto* tra nonna e nipote. La risposta deve essere positiva ove si effettui un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 317-bis cod. civ., che tenga conto dell'interpretazione dell'art. 8 Cedu<sup>64</sup>, delle disposizioni di legge ordinaria che valorizzano il rapporto con il minore [tra le quali:

---

invalidità non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento»).

<sup>64</sup> Corte eur. dir. uomo, 20.01.2015, ric. n. 107/10 e Corte eur. dir. uomo, 7.12.2017, ric. n. 63190/16. Entrambe riguardano casi di lesione del diritto dei nonni di vedere i nipoti. In entrambe l'Italia è stata condannata perché i giudici, da un lato, non hanno fornito un'adeguata motivazione sulla necessità di interrompere un tale rapporto, dall'altro, hanno emesso provvedimenti tardivi. L'Italia viene spesso condannata perché si ritiene che essa non abbia fatto abbastanza per salvaguardare il legame familiare, né abbia reagito con la diligenza richiesta rispetto alle posizioni giuridiche coinvolte.



art. 4 coo. 5-bis e 5-ter l. n. 184/1983 e art. 44 let d) come interpretato dalla Cassazione<sup>65</sup>] e del principio del preminente interesse del minore (art. 24, comma 2°, Carta dir. UE). Se a tutto ciò si aggiunge la dimensione dell'effettività del diritto alla vita familiare, garantita da quegli obblighi positivi già sopra richiamati a carico degli Stati Parti della Conv. eur. dir. uomo, si potrebbe ammettere un'accezione ampia del termine ascendente di cui all'art. 317-bis comprendente anche quello di fatto<sup>66</sup>.

Siffatta interpretazione non sembra eludere la nozione di parentela di cui all'art. 74 c.c. Ciò che, a certe condizioni, rileva, è il rapporto di fatto assimilabile a quello di parentela tra nonno/nonna e nipote. Ne consegue l'applicazione dell'art. 317-bis cod. civ., riletto nel contesto italo-europeo delle fonti nel senso di considerare come fosse un ascendente anche la persona che, sebbene non parente, abbia instaurato una relazione significativa con il minore.

Stante la rilevanza di questa relazione di tipo parentale - che assurge a bene giuridico tutelato dall'ordinamento - deve ammettersi che la sua lesione/eliminazione giustifichi la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale subito dal "parente" di fatto. Si pensi al caso in cui i genitori impediscano ogni contatto del figlio con la nonna di fatto o all'uccisione di quest'ultima da parte di un terzo. Nella prima ipotesi si ha una lesione della sfera giuridica soggettiva tanto dell'ascendente di fatto quanto del nipote di fatto; nella seconda si determina una lesione del diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 Cedu.

Si deve ammettere che la vita familiare si costituisce oltre che sulla base della parentela in senso tecnico e del coniugio, anche dei rapporti assimilabili alla parentela che siano meritevoli di tutela, il che, tra l'altro, impone di interpretare in senso ampio le disposizioni familiari entrate in vigore nel corso della pandemia da Covid-19<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Cass. 22.06.2016, n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, 10, 1203 ss., con nota critica di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari e la step child adoption*.

<sup>66</sup> Secondo Cass., 25.07.2018, n. 19780, in *Fam. e dir.*, 2019, 4, 378 ss., con nota di S. CAPPUCIO, *La rilevanza del rapporto affettivo con il nonno sociale: la lettura evolutiva dell'art. 317-bis c.c.* Il diritto degli ascendenti di cui all'art. 317-bis cod. civ. va riconosciuto non solo ai soggetti legati al minore da un vincolo di parentela in linea retta ascendente, «ma anche ad ogni altra persona che affianchi il nonno biologico del minore, sia esso il coniuge o il convivente di fatto, e che si sia dimostrato idoneo ad instaurare con il minore medesimo una *relazione affettiva stabile*, dalla quale quest'ultimo possa trarre un beneficio sul piano della sua formazione e del suo equilibrio psico-fisico» (corsivo mio).

<sup>67</sup> E. AL MUREDEN, *La nozione di "congiunti" tra emergenza sanitaria e pluralità di modelli familiari*, cit., 625, ammette la

Si pone nuovamente la questione della quantificazione del danno in caso di lesione del rapporto tra ascendente e nipote. Le tabelle di Milano prevedono una forbice da un minimo a un massimo di importi monetari da corrispondere al nonno in caso di uccisione del nipote. Questa forbice potrebbe essere estesa all'ipotesi di morte del nipote di fatto.

Ai fini dell'esatta liquidazione occorre allegare specifiche circostanze attinenti alla frequentazione e ai compiti assunti dal nonno - come accompagnare il nipote a scuola e nei luoghi dello sport, fargli svolgere i compiti scolastici o altro - utili per la prova presuntiva. La misura più elevata del risarcimento sarà disposta solo in caso di prova del massimo sconvolgimento della propria vita in conseguenza della perdita del rapporto di parentela anche di fatto. La misura massima del risarcimento potrà, tuttavia, essere superata qualora il reato sia doloso, poiché i valori tabellari si basano su reati colposi.

Va sottolineato come il rapporto tra nonno/nonna e nipote di fatto sia rilevante anche dal lato di quest'ultimo, pertanto in caso di uccisione del primo o di impedimento alla frequentazione si deve ammettere il risarcimento del danno non patrimoniale subito dal secondo. Occorrerà dimostrare la lesione del diritto al rispetto della vita familiare, il che postula la prova dell'esistenza di quegli elementi, già sopra posti in rilievo, costitutivi della "parentela" di fatto.

Le Tabelle non menzionano l'ipotesi dell'uccisione dell'ascendente, perciò manca un valore monetario da applicare per analogia. Il giudice, sulla base delle circostanze del caso concreto, dovrà liquidare il danno con valutazione equitativa (artt. 2056 e 1226 cod. civ.).

## 7. L'irretrattabile qualifica di genitore di sociale. Ma in quali limiti?

Come abbiamo visto, sul versante della giurisprudenza, l'emersione della genitorialità sociale è dipesa dal tentativo del genitore giuridico di impedire ogni rapporto tra il proprio figlio e l'ex convivente divenuto genitore sociale durante la fisiologia del legame di coppia. Un'altra fattispecie ha riguardato, invece, l'uccisione del genitore sociale ad opera del terzo.

frequentazione tra il minore e i genitori e i fratelli del genitore sociale «che, seppur non giuridicamente qualificabili come nonni o zii, occupano non di rado una posizione di fatto corrispondente a queste figure e quindi tale da poter essere inclusa nella nozione di congiunto».

In entrambe vi è un punto in comune: chi si è assunto la responsabilità di crescere un bambino, magari *ab origine* nell'ambito di un progetto di genitorialità attuato all'estero<sup>68</sup>, viene privato per mano altrui delle prerogative del ruolo assunto. Un tale esito - lo si è rilevato sopra - è antiggiuridico a condizione che possa ritenersi esistente la genitorialità sociale secondo i parametri desunti dal sistema ordinamentale.

Interessa adesso analizzare un'ipotesi diversa: quella in cui è il genitore sociale che, all'improvviso, solitamente in conseguenza della crisi di coppia, dismetta il proprio ruolo, privando il figlio di fatto, all'improvviso, della continuità della relazione con sé. In tal caso la domanda da porsi è se ed entro quali limiti si possano "svestire" i panni del genitore sociale senza conseguenze giuridiche.

È mia convinzione che ciò non sia sempre legittimo, non fosse altro perché è forte l'analogia con il vincolo che avvince il genitore biologico al figlio, laddove il primo non può certo disconoscere la paternità né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità<sup>69</sup>. Vi è una sorta di irretrattabilità della condizione di genitore sociale, che necessita di argomenti ulteriori per essere affermata, oltre a un chiarimento su quale sia il momento del "non ritorno".

È proficuo attingere dalla disciplina delle azioni di stato, la quale esprime un bilanciamento ragionevole tra la verità della procreazione e la stabilità dello *status filiationis*. Lo si riscontra nella regola secondo cui, dopo un certo tempo, lo stato di figlio non è più eliminabile (art. 244, comma 4° e 263, commi 3° e 4°, cod. civ.), se non per iniziativa del figlio stesso (artt. 244, comma 5° e 263, comma 2°, cod. civ.). La ragione sta nell'esigenza di salvaguardare il rapporto genitoriale duraturo nel quale il minore si identifica; una condizione, questa, prevalente rispetto sia all'identità personale del

genitore, al quale è impedito di far emergere la verità biologica, sia all'interesse pubblico alla certezza dei rapporti di filiazione basati sulla procreazione<sup>70</sup>.

Un interesse, quest'ultimo, rimesso oltre che al legislatore anche al giudice, il quale, nell'attività di bilanciamento, oltrepassa la dicotomia *favor legitimitatis/favor veritatis*, tenendo conto del *favor stabilitatis*<sup>71</sup>.

Se in queste fattispecie protagonista è il decorso del tempo di per sé, in altre prevale l'elemento dell'assunzione della responsabilità. L'art. 244, commi 1° e 2° e l'art. 263, comma 3°, cod. civ., entrambi nella parte in cui prevedono la decorrenza del termine di prescrizione della rispettiva azione dalla scoperta di certe circostanze, attribuiscono un valore non tanto al rapporto genitoriale in funzione del decorso del tempo, quanto piuttosto all'assunzione consapevole di responsabilità del ruolo genitoriale<sup>72</sup>. Far decorrere volontariamente il termine di prescrizione dell'azione di stato, equivale ad assumersi scientemente la responsabilità della nascita e dei doveri genitoriali.

A tale dato normativo si aggiunga quella giurisprudenza, già sopra ricordata, secondo cui il preminente interesse del minore è connaturato all'esercizio e all'esito di ogni azione di stato. Ciò comporta - non senza perplessità espresse in dottrina<sup>73</sup> - che, sebbene non sia decorso il termine di proponibilità dell'azione eliminativa dello stato di figlio, questa possa essere respinta pur mancando il legame genetico.

Insomma, a proposito del problema posto in questo paragrafo, in assenza di una disposizione specifica, non resta che valorizzare i predetti indici normativi. Da essi si deduce che l'assunzione di fatto della responsabilità genitoriale, un'assunzione

<sup>68</sup> Il riferimento è soprattutto alla surroga biologica di maternità (Cass. sez. un., 8.05.2018, n. 12193, in *Fam e dir.*, 2019, 7, 653 ss., con note di DOGLIOTTI e FERRANDO) e alla procreazione eterologa richiesta da una coppia di donne una delle quali - la donataria dei gameti maschili - porta avanti la gravidanza (Cass., 22.04.2020, n. 8029, in *Banca dati-leggi d'Italia*). In entrambe la fattispecie vi è la figura del c.d. genitore intenzionale, ossia di un membro della coppia che, pur non essendo legato geneticamente al nato, si assume la responsabilità della crescita nell'ambito di un progetto di genitorialità condiviso ed irrealizzabile in Italia in ragione dei divieti di surroga biologica di maternità (art. 12 comma 6°, l. n. 40/2004) e di accesso alla procreazione assistita per le coppie dello stesso sesso (art. 5 l. n. 40/2004).

<sup>69</sup> Spunti in questo senso si traggono da A. GORASSINI, *Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?*, cit., 330, *il quale sottolinea come la famiglia non possa essere intesa «solo in funzione della realizzazione egoitaria del soggetto».*

<sup>70</sup> Per un'attenta disamina sui profili dei diversi interessi coinvolti nelle azioni di stato cfr: G. CHIAPPETTA, *Riflessioni sul novellato sistema delle azioni di stato*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di R. Pane, Napoli, 2015, 116 ss.; G. FERRANDO, *Riconoscimento dello stato di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2017, 7, 946 ss.; G. RECINTO, *La genitorilità tra favor legitimitatis, veritatis e affectionis*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di R. Pane, Napoli, 2017, 61 ss.; A. CORDIANO, *Legami affettivamente (in)sicuri e biologicamente (ir)reali: le regole per contestarli ancora all'esame della Corte Costituzionale*, cit., 258 ss.

<sup>71</sup> Lo sottolinea opportunamente A. CORDIANO, *Legami affettivamente (in)sicuri e biologicamente (ir)reali: le regole per contestarli ancora all'esame della Corte costituzionale*, cit., 260.

<sup>72</sup> Un altro caso di assunzione definitiva della responsabilità è contenuto nell'art. 9 della legge n. 40/2004 sul quale si diffonde A. CORDIANO, *op. cit.*, 260 ss., soprattutto per muovere qualche critica alla pronuncia annotata della Corte Cost. n. 127/2020.

<sup>73</sup> In particolare da U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, cit., 558.







che la legge desume dal decorso - consapevole o inconsapevole - del tempo e la giurisprudenza dal principio del preminente interesse del minore, impedisce di eliminare in un secondo momento lo stato di figlio<sup>74</sup>.

Se così è rispetto al figlio il cui stato, nei limiti previsti dalla legge, è incontestabile, non è pensabile che il genitore sociale possa dismettere, *ad libitum* e senza conseguenze, il ruolo assunto. L'interesse alla stabilità, che è alla base dell'improponibilità dell'azione di stato, deve sussistere anche a fronte di un genitore sociale che voglia liberarsi dell'impegno (genitoriale) assunto nei confronti del figlio del convivente (coniuge o unito civilmente). Si determina allora l'altro problema di cui si diceva, riassumibile nella seguente domanda: chi si è comportato come fosse genitore non può mai dismettere questo ruolo?

Per analogia con le disposizioni citate, si potrebbe affermare che dopo cinque anni dall'assunzione di responsabilità, il genitore sociale rimane tale; egli, di conseguenza, qualora cessasse di mantenere, educare ed istruire, si esporrebbe a responsabilità. Anzitutto sarebbe configurabile una responsabilità per lesione del diritto al rispetto della vita familiare, cui consegue la risarcibilità del danno non patrimoniale. Inoltre, sotto il profilo patrimoniale, al fine di dare attuazione alla regola del concorso al mantenimento del figlio, si profila l'applicabilità per analogia dell'art. 316-*bis*, comma 2° cod. civ.

Mi preme però sottolineare che sul profilo temporale inerente alla genitorialità sociale non si possa essere rigidi. La regola dell'improponibilità dell'azione dopo 5 anni, espressiva del *favor stabilitatis*, deve essere integrata dal principio del preminente interesse del minore. Pertanto non è da escludere in assoluto che la filiazione di fatto possa dirsi esistente anche prima dei cinque anni. Del resto, la Corte europea dei diritti dell'uomo, che considera la durata uno degli indici più significativi della vita familiare e del rapporto di filiazione, ha affermato che non vi deve essere un tempo prestabilito; piuttosto il giudice dovrà decidere in modo ragionevole, bilanciando le posizioni

<sup>74</sup> E. DEL PRATO, *Status id filio: autoresponsabilità e verità*, cit., 745, trae dalle preclusioni sulle azioni di stato poste con riguardo alla procreazione eterologa dall'art. 9 l. n. 40/2004 il rilievo dell'assunzione di responsabilità senza procreazione. Ciò dovrebbe valere - a mio avviso - anche rispetto alla procreazione naturale: «perno dell'effetto [preclusivo] è l'intento [di chi non ha procreato, ma si è assunto la responsabilità genitoriale], non il metodo procreativo. È verosimile che sia più affievolita la possibilità di fornire la prova, ma ciò non toglie che, raggiuntala, se ne debbano trarre le stesse conseguenze a prescindere dal modo di concepimento».

coinvolte con il vincolo del preminente interesse del minore.

Vero è che su un tema così delicato e attuale qual è la genitorialità sociale, il legislatore dovrebbe intervenire senza schematismi eccessivi, lasciando un certo spazio alla valutazione del giudice. I modelli stranieri da cui trarre spunti regolatori non mancano<sup>75</sup>.

## 8. L'Affidamento del figlio in presenza del genitore sociale.

Il tema del mantenimento del figlio di fatto irrompe nella disciplina della crisi di coppia, con particolare riferimento all'assegnazione della casa familiare (art. 337-*sexies* cod. civ.).

Da questo angolo visuale, il silenzio della legge ribalta ancora una volta sull'interprete il compito di trovare una soluzione al problema del se e come valorizzare l'interesse del figlio di fatto a permanere nella casa familiare<sup>76</sup>. Un tale interesse non trova agevole attuazione, poiché l'assegnazione della casa familiare si lega all'istituto dell'affidamento<sup>77</sup>.

Diviene allora prioritario chiarire se il giudice possa disporre l'affidamento condiviso in presenza di un genitore sociale o l'affidamento esclusivo a favore di quest'ultimo. Successivamente, ove se ne ammetta la legittimità, occorre stabilire quanto segue: a) se, in caso di affidamento condiviso, la casa familiare di proprietà esclusiva del genitore sociale possa essere assegnata al genitore giuridico, collocatario del minore (o viceversa); b) se, in caso di affidamento esclusivo al genitore sociale, la casa familiare di proprietà esclusiva del genitore giuridico possa essere assegnata al primo.

Non ci sono precedenti giurisprudenziali, sebbene i giudici del merito abbiano conosciuto il problema delle ripercussioni della crisi di coppia

<sup>75</sup> Per un approfondimento anche sui modelli stranieri di riferimento cfr. M. CINQUE, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Riv. dir. civ.* 2017, 6, 1475 ss. e E. AL MUREDEN, *op. cit.*, 628-629, in particolare sulla figura del c.d. terzo genitore.

<sup>76</sup> E. AL MUREDEN, *Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi*, in *Fam.e dir.*, 2021, 1 28, rileva come sia inevitabile che l'interprete debba «elaborare soluzioni che riempiano di contenuto il principio generale dell'interesse del minore valorizzando la complessità e la flessibilità che caratterizzano l'attuale panorama delle relazioni familiari».

<sup>77</sup> M. PALADINI, *Assegnazione convenzionale della casa familiare e opponibilità al terzo acquirente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 6, 1330 ss.; ID., *Limiti all'opponibilità del diritto dell'assegnatario della casa familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 2, 247 ss.; C. IRTI, *La revoca dell'assegnazione della casa familiare: dalle critiche della dottrina al giudizio della Consulta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1, 1411 ss.

sulla genitorialità sociale. Essi sono stati sollecitati da un ricorso promosso dal genitore di fatto con cui si chiedeva di regolare i rapporti con il figlio di fatto, giacché l'altro genitore, facendo leva sullo stato di figlio costituitosi solo nei suoi confronti, si opponeva a ogni frequentazione tra i due. Nel caso di specie, dall'assunzione dei mezzi di prova era emerso che la ricorrente aveva assunto il ruolo di seconda madre delle gemelle nate dalla procreazione eterologa praticata all'estero di comune accordo tra le due donne. Vi era stato, quindi, un progetto condiviso di genitorialità, sebbene soltanto la donna che aveva partorito fosse legata biologicamente alle nate<sup>78</sup>.

È agevole osservare come, in questa fattispecie, la disciplina della crisi genitoriale non preveda una disposizione specifica. L'interprete si scontra con il significato da sempre attribuito alle parole della legge. L'art. 337-ter, comma 1°, cod. civ., rispetto al diritto alla bigenitorialità, adoperando il termine «genitori», indica coloro che hanno procreato, nei cui confronti sia costituito lo stato di figlio. Ugualmente è a dirsi per il termine «genitori» di cui al comma 2° del medesimo articolo, i quali soltanto sarebbero assoggettati alla regola dell'affidamento condiviso.

Se questa è l'unica interpretazione possibile, il genitore sociale non potrebbe agire ai sensi dell'art. 337-ter cod. civ. per chiedere l'affidamento condiviso. Ciò comporta che egli, pur considerato dal minore come fosse un (secondo) genitore, dovrà all'improvviso, per effetto della crisi di coppia, dismettere il proprio ruolo. Un tale esito lede la vita familiare e l'identità del minore, in netto contrasto con il principio del suo preminente interesse.

Ebbene se siamo in presenza di una relazione di *tipo genitoriale*, quest'ultima va riconosciuta e trattata giuridicamente come tale. E allora non appare soddisfacente la soluzione prospettata dalla Corte costituzionale di applicare l'art. 333 cod. civ. qualora il genitore giuridico, come nel caso sopra ricordato, impedisca al figlio di conservare un «rapporto significativo» con il genitore sociale<sup>79</sup>. Il

<sup>78</sup> Trib. Palermo, 6.04.2015, in *Fam. e dir.*, 2016, 1, 40 ss., con nota di A. ARDIZZONE, *La convivenza omosessuale e il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*. Cfr. anche Trib. Como, 13.04.2019, in *Fam. e dir.*, 2020, 2, 137 ss. con nota di C. DIQUATTRO, *La tutela del diritto del minore alla conservazione del rapporto affettivo con il genitore sociale*.

<sup>79</sup> Corte cost., 20.10.2016, n. 225, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 175 ss., con nota di G. DE MARZO, *Sul diritto del minore a conservare rapporti significativi con l'ex compagna della genitrice*, afferma che il tribunale per i minorenni, adito ai sensi dell'art. 333 c.c., può, attraverso i «provvedimenti convenienti», stabilire tempi di frequentazione tra il minore e la persona che abbia assunto un ruolo significativo nella sua vita. Ciò qualora l'impedimento frapposto dai genitori o da quello

quale non è semplicemente una persona che abbia rivestito un ruolo significativo nella vita del minore (come sembra lasciar intendere la Consulta), ma è un altro genitore sia pur di fatto. Da questo punto di vista ha poco senso escluderlo dalla legittimazione ad agire; ciò che avverrebbe applicando l'art. 333 cod. civ., potendo egli semmai sollecitare l'attenzione del pubblico ministero ai fini dell'esercizio dell'azione (cfr. art. 336 cod. civ.).

La soluzione della Corte costituzionale è incongrua anche rispetto al caso in cui la coppia di genitori - uno di diritto l'altro in fatto - in crisi sia d'accordo sull'affidamento condiviso, ritenendo così di garantire al meglio il diritto del figlio di «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori». È il lemma «genitori» che, ove inteso nell'accezione più ampia di colui che genera, ossia nel senso di comprendere anche colui che accudisce e che abbia accudito, svela l'inadeguatezza dell'art. 333 c.c. a regolare la genitorialità sociale.

La crisi del nucleo familiare composto da due genitori di cui uno sociale, in assenza di una normativa specifica, deve, pertanto, essere regolamentata, quanto ai rapporti tra genitori e figli, dagli artt. 337-bis ss. cod. civ. Il giudice accerterà l'esistenza della genitorialità sociale e, ove questa sussista, varrà la regola primaria dell'affidamento condiviso. Opinando diversamente si lederebbe non solo il diritto del minore al rispetto della vita familiare - garantito soprattutto in caso di crisi dei genitori - ma anche, come si diceva, il diritto all'identità personale da intendersi come diritto a costruire progressivamente la propria personalità.

## 9. (Segue) Assegnazione della casa familiare rispetto alla filiazione di fatto

Ove si ammetta l'affidamento condiviso tra due genitori di cui uno sociale, non sembrano esservi ostacoli all'applicazione dell'art. 337-sexies cod. civ. sull'assegnazione della casa familiare. È questo un istituto che, com'è noto, tutela l'interesse della prole minore o maggiorenne non economicamente autosufficiente a permanere nell'ambiente domestico in cui si è cresciuti<sup>80</sup>. Esso

che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale sia contrario all'interesse del minore.

<sup>80</sup> Cass., 12.10.2018, n. 25604, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, ribadisce che l'assegnazione della casa familiare ha la propria ragione d'essere nella protezione dei figli, «tutelandone l'interesse a permanere nell'ambiente domestico in cui sono cresciuti, per mantenere le consuetudini di vita e le relazioni sociali che in esso si radicano». Questo orientamento deve valere anche a tutela della filiazione di fatto rispetto al genitore sociale. Pertanto se il figlio di fatto ha nella casa in cui vive il

postula, come si diceva, l'affidamento condiviso o esclusivo<sup>81</sup>.

In caso di affidamento condiviso, la casa verrà assegnata al genitore che abbia la collocazione - *rectius*: domiciliazione prevalente - del figlio presso di sé. La casa di proprietà esclusiva del genitore giuridico potrà essere assegnata al genitore sociale a fronte sia dell'affidamento condiviso sia dell'affidamento esclusivo a favore di quest'ultimo. Anche il contrario sarebbe ammissibile, laddove si abbia un provvedimento di assegnazione della casa familiare di proprietà esclusiva del genitore sociale all'altro genitore, qualora sia quest'ultimo colui che abbia la domiciliazione del figlio ovvero sia destinatario di un provvedimento di affidamento esclusivo.

A questa soluzione, favorevole all'applicabilità dell'art. 337-*sexies* cod. civ. in presenza di un genitore sociale, non osta quella giurisprudenza di legittimità secondo cui presupposto dell'assegnazione della casa familiare è la ricorrenza dello stato di figlio nei confronti di *entrambe* le persone che hanno vissuto nel medesimo ambiente domestico. Non fosse altro perché i casi sottesi a tale giurisprudenza si riferivano a figli nati da una relazione precedente o successiva a quella con riguardo alla quale era stata disposta l'assegnazione della casa familiare<sup>82</sup>.

centro della propria vita, tale abitazione deve essergli garantita, sebbene la proprietà di essa sia del genitore sociale o sia in comune con il genitore giuridico.

<sup>81</sup> Secondo Cass., 12.10.2018, n. 25604, cit., «la scelta cui il giudice è chiamato non può prescindere dall'affidamento dei figli minori o dalla convivenza con i figli maggiorenni non ancora autosufficienti che funge da presupposto inderogabile dell'assegnazione». La Suprema Corte aggiunge che la valutazione giudiziale sull'assegnazione «non può essere condizionata dalla ponderazione tra gli interessi di natura solo economica dei coniugi o tanto meno degli stessi figli [nel caso di specie uno dei due figli, quello minorenni, da tempo viveva con la nonna], in cui non entrino in gioco le esigenze della permanenza di questi ultimi nel quotidiano loro habitat domestico; l'assegnazione (...) è uno strumento di protezione della prole e non può conseguire altre e diverse finalità».

<sup>82</sup> Cass., 2.10.2007, n. 20688, in *Corr. giur.*, 2007, 11, 1499 ss., con nota redazionale di Carbone e Cass., 15.09.2011, n. 18863, in *Fam. e dir.*, 2012, 6, 579 ss., con nota di A. VESTO, *Affidamento condiviso e assegnazione della casa familiare in caso di rottura della convivenza more uxorio*. E. AL MUREDEN, *Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi*, cit., 28, afferma che, in ragione della rilevanza della genitorialità sociale e del principio del preminente interesse del minore, occorre rimeditare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «l'assegnazione della casa familiare può essere disposta solo a favore dei figli biologici (o adottivi) del proprietario». Secondo l'Autore «sembra possibile affermare che non si possa far dipendere il diritto del minore a permanere nell'habitat domestico dalla presenza di un mero legame biologico con il proprietario, pretermettendo in linea di principio la rilevanza di eventuali legami affettivi che da soli siano capaci di giustificare la

La fattispecie della genitorialità sociale è completamente diversa: essa origina dall'assunzione di responsabilità della crescita del figlio del partner e implica la comune convivenza nella stessa abitazione. Di tal ché solo in questo caso si pone un problema di applicabilità dell'art. 337-*sexies* cod. civ. e non anche nell'eventualità in cui più famiglie, diversamente composte (in ragione di un secondo matrimonio con nuovi figli), si siano avvicinate nella medesima casa. L'assegnazione postula l'attualità dell'interesse del figlio a permanere nell'abitazione in cui vive.

È quest'ultimo interesse l'elemento decisivo al fine dell'assegnazione della casa familiare e non già la circostanza esclusiva che il figlio sia legato geneticamente a entrambi i genitori<sup>83</sup>. Si aggiunga che il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 Cedu esige, in una prospettiva di effettività, che il giudice italiano sia congruente rispetto all'assegnazione della casa familiare, considerando anche la filiazione di fatto.

In sostanza, quando sotto lo stesso tetto convivano una coppia con un figlio che sia soltanto di uno dei due adulti nei cui confronti soltanto sia costituito il relativo *status*, può essere necessario chiarire quale tipo di rapporto intercorra con chi formalmente non è genitore. Ciò anche ai fini applicativi dell'art. 1, comma 42, l. n. 76/2016 (unione civile e convivenze), il quale, nel regolare la posizione del *convivente superstite*, da un lato, fa «salvo quanto previsto dall'art. 337-*sexies* del codice civile», dall'altro, regola il caso in cui nella casa coabitino figli *del solo* convivente superstite.

In tale ultima eventualità, si prevede che il diritto di abitazione del convivente abbia una durata minima di tre anni (massima di cinque). Ma va sottolineato che l'art. 1, comma 42 non contempla l'ipotesi in cui i figli del convivente superstite siano stati cresciuti anche dall'ex convivente defunto quale genitore sociale. In questo caso se prima della morte del convivente di fatto sia intervenuto - seguendo la tesi qui argomentata - un provvedimento di assegnazione della casa familiare all'altro convivente, la durata del diritto di abitazione seguirà le regole di cui all'art. 337-*sexies* cod. civ. e non già quelle contenute nell'art. 1 comma 42 l. n. 76/2016.

sussistenza di un interesse del minore alla permanenza nel luogo in cui la vita familiare si è radicata».

<sup>83</sup> A. CORDIANO, *op. cit.*, 264-265, valorizza soprattutto il maggior rilievo normativo assunto dai legami identitari, affettivi e personali del figlio. Ebbene un'altra ricaduta di questo dato lo si potrebbe riscontrare proprio nell'ammettere l'assegnazione della casa familiare in presenza del genitore sociale.



Si deve in conclusione affermare che la rilevanza giuridica della genitorialità sociale, desumibile da indici normativi espressivi della stabilità della filiazione, dai diritti fondamentali qui richiamati e dal principio del preminente interesse del minore, esige di essere conseguenti, ritenendo applicabile la normativa di cui agli artt. 337-*bis* ss. cod. civ., nell'attesa che il legislatore intervenga su una realtà sociale di grandissimo rilievo.

| 140