

lawtech<sub>trento</sub>

<http://www.lawtech.jus.unitn.it>



UNIVERSITY OF TRENTO  
FACULTY OF LAW

IL RUOLO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE NELLA  
FAMIGLIA: UNA COMPARAZIONE TRA ITALIA E  
FRANCIA

THE ROLE OF TORT LAW WITHIN THE FAMILY: A  
COMPARISON BETWEEN ITALY AND FRANCE

*Marta Sartor*

NOVEMBER 2010

ISBN: 978-88-8443-351-0  
COPYRIGHT © 2010 MARTA SARTOR

This paper can be downloaded without charge at:

The Trento Law and Technology Research Group  
Student Papers Series Index  
<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

Unitn-eprints:  
<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001910/>

Questo paper © Copyright 2010 by Marta Sartor è pubblicato con  
Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate  
2.5 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:  
<<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/>>

THE ROLE OF TORT LAW WITHIN THE FAMILY:  
A COMPARISON BETWEEN ITALY AND FRANCE

ABSTRACT

The social evolution of the family has strongly influenced the legal regime of the relationships taking place within this institution. Law has gained momentum in the regulation of these relationships like never before. Several factors count for this evolution which is at the center of a growing debate between courts and scholars in several jurisdictions: the decline of the traditional hierarchical conception of the family; the increased legal protection given to the interests which within this institution may be endangered and which may find compensation through the operation of tort law. In this context the big question is: to which extent tort law may function as a mechanism of regulation of the interests which traditionally are present within the family, without jeopardizing and perhaps destroying the real nature of those same interests?

This research is aimed at answering to this question by sketching a comparative analysis which takes in consideration in an historical perspective the evolution of the law on the subject in two jurisdictions belonging to the civil law tradition like Italy and France.

The work is divided in four chapters.

The first focus on Italy and analyzes historically the evolution of two concepts which are central in order to understand the place today assumed by tort law within the family in Italy and France, namely the evolving set of rules which has followed the social evolution of the notion of family over the last century, and the concepts which historically have played the role of gatekeepers to prevent the uncontrolled compensation of non pecuniary damages. Needless to say, the recoverability of this kind of damages is the engine of the penetration of tort law within the family.

The second chapter focuses more closely on the evolution of the Italian case law concerning the operation of tort law within the family, paying attention to the collateral role played by a host of other remedies provided in Italian family law to the various components of the family in order to

prevent the violation of their rights from other relatives (from the prenuptial promise, to the duties reciprocally imposed to the spouses, and the duties of these latter towards the children, both during the marriage and after the separation, as well as, eventually, after the divorce). The role of tort law as a flexible tool available in order to provide redress when other family law remedies are not available is here described and analyzed.

The third chapter focuses on the French experience. Several rules which characterize the French system of family law are explored, taking in consideration the case law evolution (from the *divorce pour faute* to the so called *PACS*, to the *autorité parentale*). It is then described the role played by the French general clause of tort law in the regulation of family-related issues. What seems to emerge from this analysis is a system of civil sanctions which are flexibly interpreted by the courts, both as regard to the possibility of bringing a successful tort action concerning the violation of a given family-related interest, and as regards the measure of the damages which eventually are awarded at the end of such an action.

The final chapter develops a comparison of the main characteristics of the French and Italian models of family-related torts. Highly debated issues, central in the assessment of the optimal role which should be given to tort law within the family, are here analyzed. Among them, the problem of incommensurability of the damages typically at stake in a family-related tort action, and more generally the possible, undesirable social consequences to which the intensified application of tort law within the family may lead in the long run.

#### KEYWORDS

Tort law, Family, Non Pecuniary Damages, Comparative Law,  
Italy, France

## About the Author

Marta Sartor (e-mail [martasartor@hotmail.com](mailto:martasartor@hotmail.com)), J.D. (June 2009), graduated under the supervision of prof. Roberto Caso; she is currently attending the second year of the Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali di Trento e Verona; she is member of the Trento Bar with the status of “praticante” (Studio Legale de Bertolini). The views and the possible errors of this paper are the Author’s only.

IL RUOLO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE NELLA FAMIGLIA:  
UNA COMPARAZIONE TRA ITALIA E FRANCIA

ABSTRACT

L'evoluzione sociale della famiglia ha profondamente influito sulla regolamentazione dei rapporti che si esplicano all'interno di questa istituzione, determinando un'ingerenza sempre più intensa del diritto sulle relazioni familiari. L'abbandono della tradizionale concezione gerarchica della famiglia e l'ampliamento della sfera degli interessi ad essa collegati, che possono ricevere tutela giuridica mediante il risarcimento del danno, hanno generato un dialogo crescente tra i vari formanti in merito alla possibilità di trasporre le regole dell'illecito civile nell'area del diritto di famiglia. Questo studio si prefigge di analizzare, in prospettiva comparata, gli effetti che la responsabilità extracontrattuale potrebbe produrre -e che parzialmente già produce- in un settore delicato come quello dei rapporti familiari, ove vengono in gioco conflitti ad alto tasso di coinvolgimento emotivo. Il lavoro si divide in quattro parti.

Nella prima parte del lavoro vengono tratteggiate in una prospettiva necessariamente storica le vicende che hanno accompagnato lo sviluppo di due concetti chiave per comprendere la RC endofamiliare, segnatamente l'evoluzione conosciuta dalla nozione di famiglia, nonché il ruolo del danno non patrimoniale con particolare riferimento a questa tipologia di illeciti, essendo questa voce di danno che assume una posizione preminente in questo scenario.

La seconda parte mette a fuoco la RC endofamiliare nell'esperienza giuridica italiana. Dopo una concisa trattazione sull'evoluzione dell'illecito endofamiliare tra immunità e responsabilità viene descritto il sistema rimediale predisposto dal diritto di famiglia per fronteggiare la violazione degli obblighi reciproci che incombono sui familiari nelle varie fasi del rapporto di coppia (dalla promessa nella fase prematrimoniale, ai doveri coniugali e genitoriali durante la convivenza, all'addebito in fase di rottura del vincolo coniugale). Successivamente si verifica in che modo dottrina e giurisprudenza hanno sopperito alle lacune del sistema rimediale

giusfamiliare dando ingresso alla disciplina aquiliana nella cerchia domestica.

La terza parte della ricerca è dedicata allo sviluppo storico che il sistema di RC endofamiliare ha conosciuto nell'ordinamento francese. Ad un'analisi degli istituti peculiari del diritto di famiglia d'oltralpe (il divorzio per colpa, i PACS e *l'autorité parentale*) segue una trattazione sulle modalità di applicazione del diritto comune di RC nel terreno familiare ove vengono definiti i contributi legislativi e giurisprudenziali al riconoscimento del risarcimento del danno endofamiliare. Emergono i tratti di un sistema di RC endofamiliare tendenzialmente sanzionatorio che affida per lo più all'equità del giudice la valutazione dell'*an* e del *quantum* risarcitorio.

La parte finale dello studio si concentra sulla comparazione tra le linee portanti dei modelli di RC endofamiliare nostrano e transalpino, il cui esito offre il destro per ripensare alle funzioni della RC nel contesto familiare, nonché ai problemi connessi all'incommensurabilità del danno endofamiliare e alle conseguenti difficoltà di determinare i confini applicativi delle regole di RC sul terreno delle dispute giuridico-affettive.

#### PAROLE CHIAVE

Responsabilità civile, Famiglia, Danno non patrimoniale,  
Diritto comparato, Italia, Francia

## Informazioni sull'autrice

Marta Sartor (e-mail [martasartor@hotmail.com](mailto:martasartor@hotmail.com)), ha conseguito la laurea specialistica in giurisprudenza presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento nel giugno 2009 discutendo una tesi elaborata con la supervisione del prof. Roberto Caso. Questo paper ne costituisce una evoluzione. L'autrice frequenta il secondo anno della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali di Trento e Verona ed è iscritta presso l'albo dei praticanti dell'Ordine degli Avvocati di Trento (Studio Legale de Bertolini). Le opinioni espresse, così come gli eventuali errori o imprecisioni dello scritto, sono imputabili esclusivamente all'autrice.



LA RESPONSABILITÀ ENDOFAMILIARE:  
UNA COMPARAZIONE TRA ITALIA E FRANCIA

*Marta Sartor*

	Pag.
<b>INTRODUZIONE</b>	1
<b>PARTE PRIMA</b>	
<b>Libertà e responsabilità nella vita familiare</b>	5
1.1 Analisi sociologica del concetto di <i>famiglia</i> in prospettiva diacronica	6
1.1.1. Il superamento della famiglia patriarcale e l'autonomia del singolo all'interno del gruppo	6
1.1.2. La frammentazione dello stare insieme e i problemi nascenti da una famiglia percepita come luogo di conseguenze risarcitorie	14
1.2. Il ruolo del danno non patrimoniale nel sistema degli illeciti endofamiliari	18
1.2.1. L'incommensurabilità della lesione degli interessi in gioco: i mai sopiti dilemmi sulla prova e sulla liquidazione del danno non patrimoniale	20
1.2.2. Il danno non patrimoniale dopo il “ <i>restatement</i> ” delle Sezioni Unite del novembre 2008	37
1.2.2.1. Cosa dicono le sentenze	37
1.2.2.2. I problemi sollevati dalla dottrina	42
1.2.3. Danno e funzioni della RC nel contesto familiare: rinvio	50
<b>PARTE SECONDA</b>	
<b>La responsabilità endofamiliare in Italia</b>	61
2.1. L'illecito endofamiliare tra immunità e responsabilità	62
2.1.1. Quando il diritto di famiglia era un'isola	62
2.1.2. Applicazione del principio del <i>neminem laedere</i> nei rapporti familiari: teorie a confronto	68

2.1.3. Autonomia tra RC e diritto di famiglia	75
2.2. Obblighi familiari e sistema sanzionatorio: la disciplina codicistica e le sue lacune	79
2.2.1. La fase prematrimoniale: promessa e nullità del matrimonio	83
2.2.2. La fase di costanza della convivenza matrimoniale	90
2.2.3. La fase di rottura del matrimonio	106
2.3. L'evoluzione giurisprudenziale dell'art. 2043 c.c. nella famiglia tra aperture e dinieghi risarcitori	121
2.3.1. I casi di risarcimento del danno <i>ex art.</i> 2043 c.c.	121
2.3.2. I dinieghi della giurisprudenza	137
2.3.3. La necessità di filtri per scongiurare il dilagare dell'automatismo risarcitorio	142

## **PARTE TERZA**

<b>La responsabilità endofamiliare in Francia</b>	145
3.1. Introduzione	146
3.2. Istituti e funzioni del diritto di famiglia: l'adeguamento repentino del legislatore	147
3.2.1. Evoluzione e sociologia del divorzio: dal <i>divorce-sanction</i> al <i>divorce-faillite</i>	149
3.2.2. I PACS e la tutela delle coppie di fatto	157
3.2.3. La <i>coparentalité</i> e la rivalutazione dell' <i>autorité parentale</i>	166
3.3. Tutela risarcitoria da illecito endofamiliare: un punto fermo	171
3.3.1. Il contributo del legislatore: il risarcimento del danno a causa dello scioglimento del matrimonio	175
3.3.2. Il contributo delle corti: il riconoscimento della <i>faute familiale</i> e del <i>prejudice familiale</i> <i>ex art.</i> 1382 <i>cod. civ.</i>	182
3.3.2.1. La sanzione della <i>faute</i> endofamiliare	183
3.3.2.2. La riparazione del danno endofamiliare	206
3.3.3. L'ineliminabile ruolo interpretativo del giudice	214

<b>PARTE QUARTA</b>	
<b>L'esito della comparazione</b>	216
4.1. Linee portanti dei modelli analizzati a confronto	217
4.2. Danno e funzioni della RC nel contesto familiare: verso dove stiamo andando	221
4.3. Diritto e amore: un problema di misura	225
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	229

## INTRODUZIONE

*“Progetti per il futuro: non sottovalutare le conseguenze dell’amore”.*

[appunto inquadrato sul taccuino di Titta di Girolamo (Toni Servillo), personaggio principale del film “Le conseguenze dell’amore” di Paolo Sorrentino, Italia, 2004]

L’evoluzione sociale della famiglia ha profondamente influito sulla regolamentazione dei rapporti che si esplicano all’interno di questa istituzione, determinando un’ingerenza sempre più intensa del diritto sulle relazioni familiari. L’abbandono della tradizionale concezione gerarchica della famiglia e l’ampliamento della sfera degli interessi ad essa collegati, che possono ricevere tutela giuridica mediante il risarcimento del danno, hanno generato un dialogo crescente tra i vari formanti in merito alla possibilità di trasporre le regole dell’illecito civile nell’area del diritto di famiglia.

Questo studio si prefigge di analizzare, in prospettiva comparata, gli effetti che lo strumento aquiliano potrebbe produrre - e che parzialmente già produce - in un settore delicato come quello dei rapporti familiari, ove vengono in gioco conflitti ad alto tasso di coinvolgimento emotivo, in un contesto ove per tradizione la considerazione (anche giuridica) dell’individuo vive in una dimensione spiccatamente solidaristica, nella quale le posizioni e gli interessi del singolo sono necessariamente ripensati in funzione dell’esigenza di garantire la possibilità e lo sviluppo della *societas* familiare.

La trattazione si articola in tre parti e si completa con alcune conclusioni di taglio comparatistico.

Il ruolo preminente assunto dal danno non patrimoniale nell'evoluzione del rapporto tra RC ed illeciti endofamiliari renderà preliminare tratteggiare in una prospettiva necessariamente storica le vicende che hanno accompagnato lo sviluppo di tale tipologia di danno nell'ordinamento italiano, i cui problemi sono legati essenzialmente alla sua incommensurabilità e non parametrabilità (Parte I).

La seconda parte della ricerca si concentrerà sull'esperienza giuridica italiana, descrivendo in chiave diacronica il sistema rimediario predisposto dal diritto di famiglia per fronteggiare la violazione degli obblighi reciproci che incombono sui familiari (rimedi sanzionatori attivabili in fase di crisi coniugale, *in primis*), e i tentativi - sempre più effettivi - di dottrina e giurisprudenza, miranti a colmare le lacune attraverso la predisposizione di meccanismi sanzionatori dettati dal diritto di famiglia e/o dall'applicazione - in forma riadattata alle peculiarità dei conflitti endofamiliari - dell'art. 2043 c.c.

Al secolare rifiuto degli interpreti di dare ingresso, nel silenzio della legge, all'applicazione del diritto comune aquiliano nella cerchia domestica, si contrappone in tempi recenti l'emersione di una giurisprudenza filoriparatrice che ha scatenato un generale ripensamento sulle funzioni che la RC potrebbe svolgere nei rapporti coniugali e parentali e sui possibili filtri da applicare alla disciplina aquiliana per scongiurare il dilagare di pericolosi automatismi risarcitori.

Una conferma - seppur di carattere eccezionale - della tendenza ad ammettere una generale riparazione del danno non patrimoniale (che certamente nelle relazioni familiari costituisce il profilo di lesione eminente) è pervenuta anche a livello legislativo, attraverso l'introduzione di speciali ipotesi di responsabilità all'interno del diritto di famiglia, dotate di peculiarità proprie ed atte ad integrare i rimedi sanzionatori già previsti dalla disciplina giusfamiliare (si pensi alla recente introduzione dell'art. 709 *ter* c.p.c.).

Alla disamina del panorama giuridico nostrano, i cui contorni restano ancora tutti da definire, seguirà un'analisi dell'evoluzione che il

sistema di RC endofamiliare ha conosciuto nell'ordinamento francese (Parte III).

L'ormai pacifica applicazione dell'art. 1382 *cod. civ.* in famiglia consente oggi di constatare come il contenzioso da RC familiare si differenzi dal contenzioso classico e meriti un approfondimento a parte.

La naturalezza con cui la giurisprudenza d'oltralpe ha fatto uso della disciplina di diritto comune si lega a fattori culturali e strutturali ed ha permesso all'esperienza francese di rispondere con maggior facilità e rapidità al bisogno di giustizia invocato da figli e coniugi danneggiati a fronte di strumenti giusfamiliari previsti dal legislatore che a lungo sono sembrati carenti o poco efficaci.

Tuttavia, a differenza del modello italiano, ove, fino all'apparizione della norma conchiusa nell'art. 709 *ter* c.p.c., non si riscontravano rimedi sanzionatori tipici dettati per il diritto di famiglia, nell'*Héxagone* le vetuste disposizioni in tema di divorzio per colpa e di responsabilità per danni derivanti dallo scioglimento del matrimonio, hanno da sempre accompagnato e in qualche modo favorito la RC endofamiliare, giacché seppur parzialmente, il legislatore si era espresso circa l'utilità di ammettere il risarcimento da illecito in presenza di un nesso eziologico tra la condotta grave del danneggiante e l'altrettanto serio danno procurato al proprio familiare.

Le recenti riforme intervenute a ridimensionare la portata degli istituti giusfamiliari citati hanno tuttavia rafforzato l'esigenza di applicare un rimedio alternativo ad essi e lo strumento aquiliano è parso essere all'altezza della situazione.

La profondità (o sensibilità) con cui i giuristi francesi hanno ripensato a modelli e funzioni della RC nell'area familiare ha agevolato alla giurisprudenza il compito di individuare con precisione le fattispecie suscettibili di risarcimento e di determinare i criteri per la liquidazione del danno, allo scopo di evitare un uso improprio od eccessivo dello strumento aquiliano.

Ne è derivata la costruzione di un sistema di RC endofamiliare tendenzialmente sanzionatorio, ove la definizione dell'*an* e del *quantum*

risarcitorio è per lo più rimesso alla valutazione della gravità della condotta tenuta dal danneggiante.

La rapida evoluzione dei costumi, unitamente al più generale affermarsi di un'ideologia della riparazione nel contesto della RC transalpina, minaccia di abbattere i paletti faticosamente innalzati dalle corti per contenere la RC endofamiliare entro dimensioni ragionevoli, favorendo un'assai pericolosa commercializzazione dei sentimenti.

L'impossibilità di parametrare i danni di tipo endofamiliare, nonché la delicatezza che permea la sfera delle dinamiche familiari rendono assai complicata la determinazione dei confini applicativi delle regole di RC sul terreno delle dispute giuridico affettive.

Si vedrà nel corso della ricerca quanto è essenziale affidarsi alla sensibilità del giudice, il quale, ora più che mai, si trova a fare i conti con la necessità di liquidare un danno in via equitativa, nella consapevolezza che le soluzioni razionali avanzate dal diritto non potranno mai fotografare in modo esatto le mille sfumature soggettive che caratterizzano le pretese di natura familiare.

**Parte prima**

**LIBERTÀ E RESPONSABILITÀ  
NELLA VITA FAMILIARE**



## 1.1. Analisi sociologica del concetto di *famiglia* in prospettiva diacronica

### 1.1.1. Il superamento della famiglia patriarcale e l'autonomia del singolo all'interno del gruppo

Tra i settori del diritto privato, quello inerente alla famiglia è quello nel quale si manifesta più intensamente il rapporto tra costumi e regolamentazione normativa: l'evoluzione continua dell'istituto familiare costringe il giurista a verificare costantemente l'attualità della *regula juris*, per confrontarsi con interrogativi sempre nuovi<sup>1</sup>.

Si tratta di un aspetto che risalta ancor più se lo si inserisce in una prospettiva che attribuisce considerazione alla dimensione antropologica del diritto<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 10; R. TORINO, *Illeciti familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, in *Famiglia, Quaderni*, Milano, 2006, 81, il quale ricorda che la famiglia è un ente collettivo che mal si adatta a una definizione univoca ed immutabile. Testimonianza di ciò è l'art. 29 Cost., in cui il riconoscimento dei diritti della famiglia, quale società naturale, evidenzia la realtà di un fenomeno preesistente allo Stato ed estraneo al rigido concettualismo giuridico. Dello stesso parere anche M. BESSONE-E. ROPPO, *Il diritto di famiglia, evoluzione storica, principi costituzionali, prospettive di riforma*, II ed., Genova, ECIG, 1975, 6 ss., ove si parla della famiglia in termini di istituto storicamente e giuridicamente "condizionato". Gli stessi autori riportano una sintesi sul ruolo istituzionale assolto dalla famiglia e dal matrimonio, a suo tempo offerta da R.S. REDMOUNT, *An Analysis of Marriage Trends and Divorce Policies*, in 10 *Vand. L. Rev.* 513 (1957), *non vidi*, citato da BESSONE, ROPPO, *Il diritto di famiglia, op. cit.*, 5, che merita di essere ricordata perché tuttora attuale: "[...] il matrimonio è un mezzo di organizzazione e controllo del comportamento umano nell'ambito della società. È servito a formalizzare modelli di rapporto sessuale e a canalizzare l'espressione di esigenze biologiche, così come a minimizzare la minaccia all'ordine sociale dalle forti tendenze alla competizione e alla conflittualità. Ha costituito un mezzo per [...] la determinazione dei privilegi e delle responsabilità collegati al suo uso. È stato generalmente lo strumento primario per l'acculturazione dell'individuo ed il suo sviluppo sociale, morale ed etico. Ha fornito l'educazione e gli strumenti necessari per il processo di socializzazione. Inoltre, il matrimonio ha rappresentato un accordo, con Dio o con la società, per regolarizzare la funzione della procreazione ed assicurare il perpetuarsi della razza umana".

<sup>2</sup> Fin d'ora R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano, 1992.

Questa ricerca indaga un tema che può dirsi ormai ben caratterizzato in dottrina<sup>3</sup>, ma che in realtà le corti hanno preso a conoscere in tempi relativamente recenti, e che appare ancora sostanzialmente non toccato da interventi *ad hoc* di natura legislativa<sup>4</sup>.

Le problematiche sottese alla responsabilità endofamiliare sono assai delicate e complesse, perché coinvolgono dinamiche che prendono luogo all'interno di una formazione sociale di cui a lungo si è predicata la sostanziale autonomia, ritenendo che tali dinamiche non dovessero essere sorrette dal diritto espresso dai codici, diversamente da quanto accade per altre formazioni sociali<sup>5</sup>.

Il dilemma oggi sempre più insistentemente sottoposto alle nostre corti riguarda la possibilità di “trasporre” le regole dell'illecito civile nell'area del diritto di famiglia<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> A tal proposito può essere opportuno distinguere la RC endofamiliare (di cui si tratterà) dalla RC esofamiliare: questa attiene alla responsabilità del terzo verso uno o più componenti della famiglia; la prima invece tutela la persona nei confronti degli altri componenti della famiglia, valorizzando il profilo “esistenziale” dei rapporti familiari e l'individuo all'interno della famiglia. È agevole riscontrare che le maggiori problematiche relative alla risoluzione delle controversie sorgono se l'illecito si consuma all'interno delle mura domestiche, poiché in ambito esofamiliare è ordinariamente riconosciuto dalle corti il risarcimento del danno commesso da un terzo (si pensi al risarcimento in caso di lesioni gravi al familiare o di errate diagnosi mediche), senza che la questione sollevi problematiche peculiari in relazione all'istituzione famiglia. Che la famiglia e i legami familiari possano essere tutelati attraverso la RC non è questione nuova. Ciò che qui interessa, invece, è chiedersi se, e fino a che punto, la RC possa “entrare” nella famiglia. Per ampi richiami di dottrina e giurisprudenza in materia v. fin d'ora P. CENDON-G. SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, in *Resp. civ.*, 2002, 1257.

<sup>4</sup> L'unico intervento legislativo *ad hoc* in tema di responsabilità endofamiliare lo si deve alla l. 8 febbraio 2006, n. 54 recante “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli”, la quale ha introdotto il novello art. 709 *ter* c.p.c.

<sup>5</sup> Mi riferisco a P. RESCIGNO, *L'individuo e la comunità familiare*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, vol. II (1967-1978), Bologna, 1988, 237 ss., secondo il quale, in una società pluralista, l'ordinamento dovrebbe rimettere alle formazioni sociali il regolamento della vita interna e la scelta dei fini da perseguire, riducendo il più possibile la pretesa di intervenire dall'esterno. Tra le molteplici formazioni sociali esaminate la famiglia rimane certamente l'organismo meno permeabile all'intervento statale.

<sup>6</sup> L. GAUDINO, *La responsabilità civile endofamiliare*, in *Resp. civ.*, 2008, 1238.

Tale orientamento è giustificato principalmente da due tendenze che si sono fatte strada nel sentire sociale e giuridico: l'abbandono della tradizionale concezione gerarchica della famiglia e l'ampliamento della sfera degli interessi collegati alla famiglia, che ricevono tutela giuridica mediante il risarcimento del danno<sup>7</sup>.

Della seconda di queste tendenze si discuterà a tempo debito<sup>8</sup>. Per adesso è utile soffermarsi sulla prima tendenza, per delineare le tappe che, attraverso le varie riforme del diritto di famiglia succedutesi negli ultimi decenni, hanno scandito l'evoluzione dei rapporti familiari, consacrando il riconoscimento della personalità dei singoli all'interno del gruppo familiare<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Vedi già F.D. BUSNELLI, *Libertà e responsabilità nella vita familiare*, in *Jus*, 1974, 57, come richiamato da G. CIPRIANI, *La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli*, in *Fam. dir.*, 2008, 5, 520.

<sup>8</sup> Il problema della tutela risarcitoria degli interessi familiari è antico e si pone generalmente sotto il profilo della possibilità e dei limiti al risarcimento: F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, 38 ss., quasi ottant'anni fa avvertiva che "il risarcimento non serve per riparare la lesione di quegli interessi che non hanno equivalenti". Sul tema in tempi anteriori al codice del 1942 v. fin d'ora A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (Danno morale)*, II ed., Milano, 1909; C.F. GABBA, *Risarcimento dei danni morali*, in *Questioni di diritto civile*, II, Torino, 1911; ID., *Contributi alla teorica del danno e del risarcimento – IV – Nuove considerazioni intorno al risarcimento dei cosiddetti danni morali*, in *Nuove questioni di diritto civile*, II ed., I, Torino, 1912; G.P. CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, II, Torino, 1906, p. 320 ss.; G. PACCHIONI, *Della irrisarcibilità dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, 178 ss.

<sup>9</sup> Riforme che hanno visto luce in numerosi Paesi europei negli anni Settanta (Italia e Francia condividono l'anno di attuazione: il 1975) e, come sottolinea E. JAYME, in *Die Entwicklung des europäischen Familienrechts. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, in *FamRZ*, 1981, 221 ss., hanno innovato così fortemente il sistema da lasciare in vita ben poco del diritto previgente. BUSNELLI, *Libertà e responsabilità nella vita familiare*, cit., 57, ricorda che già nel 1966, anno di presentazione del progetto per la "riforma del rapporto matrimoniale e degli stati di filiazione" -coincidenza questa che non sembra del tutto casuale- la Corte costituzionale si era espressa in base all'art. 3 Cost. vietando al legislatore qualsiasi diversità di trattamento giuridico per ragioni di sesso e statuendo come unica deroga a quel divieto l'ambito dei rapporti familiari, "a garanzia dell'unità della famiglia" (sent. Corte cost., n. 46 del 1966). L'evoluzione del pensiero della Corte culmina con la pronuncia n. 133 del 1970 ove si riconosce che l'unità della famiglia "si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti tra coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità".

È risaputo che l'opera del legislatore reca i segni del tempo in cui l'elaborazione è avvenuta e che una codificazione rappresenta l'espressione più notevole di una cultura giuridica<sup>10</sup>. Anche la disciplina dedicata alla famiglia dal Codice civile del 1942 rispettava una logica unitaria, dipendente da precise condizioni economiche e strutturali che conformavano l'idea di famiglia nell'ultimo segmento di vita dell'Italia fascista<sup>11</sup>.

Il discorso peraltro può generalizzarsi anche oltre il modello italiano. La famiglia europea ha presentato a lungo, pur con differenze di cultura e religione, un rilevante sostrato di valori comuni che trovavano riflesso nelle regole individuanti il tipo di comunità familiare, l'ordinamento interno dell'ente familiare e i rapporti di questo ente con i soggetti ad esso estranei. Caratterizzando la cellula base di un tessuto sociale prevalentemente agricolo, questa idea comune di famiglia europea tendeva all'autosufficienza, esprimendo una entità unitaria e indissolubile<sup>12</sup>, imperniata sulla posizione preminente del marito, "punto di convergenza dell'unità familiare"<sup>13</sup>.

All'uomo spettavano poteri quasi assoluti di indirizzo e governo della famiglia, rispetto ai quali la moglie e i figli si trovavano in una posizione di totale dipendenza e soggezione sul piano patrimoniale e personale. Inoltre, funzioni oggi svolte in gran parte dallo Stato, quali quelle educative e assistenziali, erano un tempo di competenza pressoché esclusiva della famiglia. Tutto ciò non faceva che accentuare i legami tra familiari, mantenendo su orbite distinte famiglia e società<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> A. GAMBARO, voce *Codice civile*, in *Digesto disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, 442.

<sup>11</sup> PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 18.

<sup>12</sup> Cfr. tra gli scritti di A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1915, 106 ss.; ID., *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 3 ss.; ID., *Principii generali del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 1 ss. V. anche P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia: 1796-1975*, Bologna, 2002, 54 ss.

<sup>13</sup> L'espressione è ricorrente nelle sentenze della Corte cost., n. 64 del 1961, n. 102 del 1967 e n. 126 del 1968.

<sup>14</sup> U. MAJELLO, nella sua *Relazione introduttiva*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Atti del Convegno di Napoli, 14-15 dicembre 1973, Napoli, 1974, rammenta come in conseguenza allo sviluppo industriale, la famiglia non

Per lungo tempo la disciplina del Codice italiano ha faticosamente convissuto con il principio di parità dei coniugi, temperato da quello dell'unità familiare, enunciato dalla Carta costituzionale del 1948. Non sono però mancati tentativi di erigere l'unità familiare a principio in grado di giustificare un superiore interesse della famiglia in ossequio al quale legittimare il sacrificio della parità dei coniugi<sup>15</sup>.

La dottrina più sensibile, tuttavia, scorgeva nel dettato costituzionale le tracce di una complementarità dialettica tra valori individuali e di gruppo, che solo molti anni dopo avrebbe avuto modo di essere riconosciuta a chiare lettere<sup>16</sup>.

---

rappresenti più un'unità produttiva e oltre il lavoro anche l'assistenza e l'istruzione si svolgono fuori dalle pareti domestiche. Sul dissolvimento della funzione economica della famiglia v. anche BESSONE-ROPPO, *Il diritto di famiglia, evoluzione storica, principi costituzionali, prospettive di riforma, cit.*, 8 ss.; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de famille*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, 223 ss. Accanto alla trasformazione funzionale corrispondente alla perdita dell'originario ruolo economico, l'analisi storica dell'istituto familiare registra una rilevante trasformazione di ordine strutturale: la tendenza della famiglia alla «contrazione», comunemente descritta anche in termini di «passaggio dalla famiglia estesa alla famiglia nucleare».

<sup>15</sup> Si fa riferimento all'art. 29 Cost. relativo alla famiglia quale “società naturale fondata sul matrimonio” e al principio di *self-restraint* ivi contenuto. Tuttavia, se oggetto di primaria tutela è il matrimonio, è opportuno leggere la Costituzione con la consapevolezza che la forza del costume è in grado di far evolvere il concetto di famiglia e dunque salvaguardare anche le nuove modalità di relazione familiare a mano a mano che vengono socialmente legittimate. V. P. ZATTI, *Introduzione*, in *Trattato dir. fam.* ZATTI, 1, Milano, 2002, 20.

<sup>16</sup> RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale, cit.*, 348 ss.; G. TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, 1978, 77; C. GRASSETTI, voce *Famiglia* (dir. priv.), in *Noviss. Digesto it.*, Appendice, Utet, 1980, 639; M. PINI, *I rapporti personali tra i coniugi*, intervento al Congresso Nazionale AIAF, Frascati, 18-19 febbraio 2000, 4, ove si afferma che, a partire dagli anni Settanta, l'art. 29 Cost. ha conosciuto due diverse fasi sotto il profilo della sua interpretazione: in un primo periodo si è ritenuto che tale norma sancisse la superiorità dell'unità della famiglia, e delle esigenze connesse a tale fulcro di interessi, sui diritti dei coniugi; in un secondo momento, l'interpretazione è venuta a collocarsi in un contesto più ampio, al cui centro si è posto il riconoscimento e la garanzia dei diritti del singolo, anche nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.). Oggi dunque il sistema ruota attorno a due cardini che si pongono ormai sullo stesso piano in una logica dialettica: da un lato vi è il rispetto dei diritti di ciascun coniuge; dall'altro l'uguaglianza, la solidarietà e l'assistenza reciproca. Sul punto v. anche VINCENTI

Infatti fu solo con l'epocale riforma del 1975 che il concetto di famiglia mutò nella prospettiva segnata dall'art. 2 della Costituzione, venendo in rilievo non più come istituzione, ma come formazione sociale<sup>17</sup>.

In questa nuova ottica la garanzia dei diritti individuali e il rispetto della personalità di ogni membro della famiglia divengono preminenti nella concezione del legislatore: si guarda alla famiglia sempre meno come fondamento dell'ordine sociale e sempre più come luogo in cui le persone realizzano un'esperienza di vita condivisa<sup>18</sup>.

Al suo interno si promuovono e tutelano i diritti delle persone, a scapito di quelli dell'istituzione: i rapporti di famiglia si affrancano sempre più da una dimensione pubblicistica, propria del Codice civile e della tradizione napoleonica<sup>19</sup>, e si colorano di sfumature private<sup>20</sup>.

---

AMATO, *Trasformazioni della famiglia e ordinamento giuridico*, in *La famiglia – trasformazioni, tendenze, interpretazioni*, a cura del Centro Studi Giuridici sulla persona, Roma, 1998, ove aspetti di responsabilità individuale ed aspetti comunitari si fondono in modo armonico, rendendo la famiglia un organismo che funziona nel pieno rispetto della individualità ed autonomia dei suoi membri, e nella consapevolezza che non vi sono interessi familiari superiori, ma solo interessi di ciascuno correlati con quelli degli altri.

<sup>17</sup> Come sottolinea TORINO, *Illeciti familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, cit., 51, è a causa di un costume sociale profondamente condizionato dalla cultura religiosa che in Italia l'interpretazione del dettato costituzionale è stata per lungo tempo orientata a sacrificare la tutela della persona a vantaggio dell'unità familiare. Sulle contraddizioni del Codice civile del 1942, v. anche G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici: appunti*, Milano, 1978, 85.

<sup>18</sup> G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 590.

<sup>19</sup> Tale concezione è da noi espressa nell'opera di A. CICU, *Lo spirito del diritto familiare*, in *Scritti minori*, I, 1, Milano, 1965, 124-143, ove la famiglia è concepita come un aggregato sociale che opera non tanto in funzione dell'interesse dei suoi membri, ma in funzione dell'interesse statale. L'organismo familiare non è dunque autonomo e non può reggersi secondo principi di autogoverno, ma si trova al contrario in posizione di forte dipendenza e soggezione nei confronti dello Stato. Ne consegue la necessità di una penetrante ingerenza del potere pubblico e del suo diritto nella disciplina dei rapporti familiari.

<sup>20</sup> Come rileva ZATTI, *Trattato dir. fam.*, cit., questo processo di privatizzazione del diritto di famiglia ha determinato una sua maggior permeabilità alle regole del diritto comune, del contratto e della RC. Parla di "privatizzazione" del diritto di famiglia anche G. FERRANDO, *Manuale di diritto di*

Riprova di questo fenomeno è l'introduzione del divorzio nel nostro ordinamento nel 1970, assieme alla depenalizzazione di alcuni illeciti endofamiliari (primo tra tutti l'infedeltà) e alla previsione di una fattispecie di reato per la violenza carnale del marito verso la moglie.

Nei rapporti tra i coniugi, il principio di uguaglianza e quello dell'accordo si pongono a fondamento della nuova disciplina. Più ampi spazi riguardo al matrimonio e al rapporto coniugale sono lasciati all'autonomia individuale nei momenti di costituzione e scioglimento del vincolo<sup>21</sup>.

Il consenso diventa anche la regola di governo della famiglia (essendo demandate all'accordo dei coniugi le decisioni nell'interesse della famiglia) e il criterio di gestione della potestà genitoriale<sup>22</sup>. La regola dell'accordo va, d'altra parte, coordinata col principio di libertà della persona. Lo stato coniugale prevede il rispetto dell'altro, ma non sopprime le libertà fondamentali. Contribuisce all'attuazione della parità morale e giuridica dei coniugi e alla rivalutazione del ruolo della donna la previsione normativa della comunione come regime patrimoniale legale, segno del riconoscimento del contributo economico e personale che la casalinga offre alla formazione del patrimonio familiare<sup>23</sup>.

---

*famiglia*, Bari, 2005, 12 ss.

<sup>21</sup> È da respingere la visione puramente contrattualistica dei rapporti di coniugio sostenuta da parte della dottrina postreformistica. Questo giudizio coglie infatti solo un aspetto dell'evoluzione, ma ne riduce certamente lo spessore. Infatti, mal si comprenderebbe la prospettiva della privatizzazione dei rapporti familiari se non si tenesse conto dei movimenti più profondi, segnatamente il rapporto di implicazione, e non solo di conflitto, tra esigenze del gruppo e interessi individuali, v. P. RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare"*, in *Giur. it.*, 1995, IV, 73.

<sup>22</sup> Per F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Commento SCHLESINGER*, Milano, 1966, 141, è logico che il principio dell'accordo tra genitori vada commisurato all'interesse del figlio, sì da rendersi strumentale alla realizzazione della prole.

<sup>23</sup> Secondo G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia*, in *Trattato dir. fam. ZATTI*, 143, con questa previsione si verrebbe a superare la dimensione di una mera uguaglianza formale dei coniugi, per trascorrere in quella di una eguaglianza di natura sostanziale, tesa alla tutela economica della casalinga. In tema di emancipazione femminile v. anche LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de famille*, cit., 223 ss., ove la parità tra coniugi si lega agli effetti



Le conseguenze che quest'evoluzione determina sui rapporti coniugali e la materia dell'illecito civile possono convenientemente analizzarsi attraverso la visuale della cause di separazione e divorzio, che per decenni rappresenteranno l'unico rimedio disponibile per reagire agli illeciti endofamiliari, obbligata valvola di sfogo giuridica delle situazioni di conflitto che all'interno della famiglia determinano il sacrificio di interessi individuali. Questa dinamica storica trova conferma se si sposta l'attenzione sull'esperienza francese, essendo consapevoli che anche in tema di famiglia la disciplina d'oltralpe ha storicamente rappresentato il modello ispiratore della normativa codicistica italiana postunitaria.

Se in Francia l'abolizione del divorzio nel 1816 soddisfa esigenze di stabilità della società familiare, la sua reintroduzione nel 1884 conferma per molti aspetti una specifica visione dei rapporti familiari. Il divorzio è visto in primo luogo quale sanzione di *injures graves* (art. 231 *cod. civ.*); formula con la quale si riassumono tutti gli atti che rendono insopportabile la vita comune<sup>24</sup>. Si accoglie la concezione secondo cui la sanzione all'abuso dell'esercizio del potere del capo della famiglia, a prescindere da eventuali aspetti penalistici, va cercata all'interno delle norme che disciplinano i rapporti familiari. Essa si concretizza nella dissoluzione del gruppo, cioè in una conseguenza che tocca in pari misura responsabile e vittima<sup>25</sup>.

Si può concludere quindi che, almeno nella fase patologica dei rapporti, la visione della famiglia quale entità chiusa non perde completamente vigore nemmeno nel "dopo riforma", poiché il comportamento illecito rileva ancora e unicamente quale comportamento del familiare a danno del familiare e non come condotta lesiva compiuta da un consociato a danno di un altro consociato.

Il paradosso è immediato: il ricorso al foro esterno per risolvere la controversia suggella inevitabilmente la fine della vita familiare. Ciò ha

---

dell'industrializzazione e viene introdotta dapprima in Inghilterra e Germania, e solo successivamente nell'esperienza giuridica «latina».

<sup>24</sup> Sull'indeterminatezza dell'espressione, tale da far rientrare nei suoi confini i fatti più diversi, v. A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, 153.

<sup>25</sup> PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 25.



consigliato a lungo (e per certi versi potrebbe consigliare ancora oggi) di evitare intromissioni del giudice nel ménage familiare, onde far sì che, come ricorda un'espressione d'uso corrente, “i panni sporchi si lavino in famiglia”<sup>26</sup>.

### **1.1.2. La frammentazione dello stare insieme e i problemi nascenti da una famiglia percepita come luogo di conseguenze risarcitorie**

Il pensiero pessimista di un autorevole autore invita alla riflessione: scomparsa la funzione tradizionale della famiglia sul piano dei rapporti economici e delle relazioni sociali, può dirsi lo stesso per il suo contenuto e alimento spirituale, cioè l'amore<sup>27</sup>? Si tratta di una provocazione, che però induce a ponderare le inevitabili conseguenze che la logica individualista reca con sé, nel tentativo di bilanciare i contrapposti interessi in gioco: la libertà e l'autodeterminazione, nonché la solidarietà e la responsabilità<sup>28</sup>.

La problematica non è affatto nuova. A lungo la dottrina l'ha affrontata con atteggiamento difensivo, nella consapevolezza che l'intervento del giudice in materia avrebbe significato attentare

---

<sup>26</sup> Così l'espressione in BUSNELLI, *Libertà e responsabilità nella vita familiare*, cit., 76: la dottrina ha reiteratamente sostenuto l'illegittimità dell'intervento giudiziario nel contesto familiare, poiché esso vulnera l'autonomia garantita alla famiglia dagli artt. 2, 29 comma 1°, e 30 comma 1°, Cost., e finisce col provocare, come Savatier ricorda, un innaturale *ménage à trois* in cui l'organo decidente porta nei suoi giudizi l'eco delle sue esperienze familiari, rischiando di compromettere l'armonia tra i coniugi. Questa critica tuttavia non può generalizzarsi fino al punto di ritenere più conveniente un vuoto di tutela da parte dello Stato. Si auspica dunque un intervento di tipo preventivo, con funzione conciliativa o di mero accertamento, magari affidato a un giudice specializzato e condotto attraverso una procedura semplificata e svincolata da ogni profilo contenzioso. Siffatto intervento appare non solo legittimo (poiché rispettoso dell'autonomia della famiglia in quanto non impone un regolamento esteriore), ma anche opportuno (perché elimina il rischio di istituzionalizzare in famiglia la ragione del più forte). V. anche G. OPPO, *Intervento*, in *La riforma del diritto di famiglia*, I, Padova, 1967.

<sup>27</sup> RESCIGNO, *Persona e comunità*, cit., 54.

<sup>28</sup> Parla di “coppia di opposti” G. SEBASTIO, *La responsabilità endofamiliare*, in *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, Torino, 2004, 178.

ulteriormente al valore dell'autonomia familiare. Timide aperture al risarcimento del danno venivano ammesse solo in presenza di danni patrimoniali. Il carattere patrimoniale dei rapporti risultava infatti prevalente rispetto al compresente carattere familiare, che pur incideva sulla valutazione della vicenda<sup>29</sup>. Altri autori, in un'ottica di maggior chiusura, legittimavano il risarcimento solo in presenza di dolo da parte del familiare danneggiante<sup>30</sup>.

L'ideologia della riparazione impostasi sulla scena in questi anni, se in linea generale va accolta favorevolmente perché esalta la centralità della persona, in linea con le politiche normative miranti a salvaguardare le libertà fondamentali, non può però accogliersi con altrettanto entusiasmo se ci si addentra su un terreno, quello dei rapporti familiari, ove vengono in gioco conflitti ad alto tasso di coinvolgimento emotivo<sup>31</sup>.

A un primo sguardo, due sono gli aspetti problematici che l'ingresso incontrollato dell'illecito civile nel diritto di famiglia reca con sé: innanzi tutto la moltiplicazione delle fattispecie di illecito rilevanti per l'ordinamento, con la conseguente traslazione del centro deputato alla risoluzione dei conflitti dalle mura domestiche al tribunale; in secondo

---

<sup>29</sup> A. D'AVACK, *Prolusione*, in *Un nuovo giudice per la famiglia*, Atti del Convegno nazionale di Studi (Lucca, 24-26 ottobre 1975), Lucca, 1977, 14; G. FURGIUELE, *Libertà di manifestazione del pensiero e famiglia*, in *Dir. fam.*, 1976, 1826.

<sup>30</sup> P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 430, avverte che determinati comportamenti nei rapporti di parentela ben possono essere "causa di danno anche patrimoniale (soprattutto nella forma del danno patrimoniale indirettamente causato dai patemi d'animo)", ma che tuttavia l'intervento giudiziario è di regola escluso per ragioni di opportunità, mentre "può essere tranquillamente ammesso quando l'ingiustizia dell'atto sia così macroscopica che questo non possa ragionevolmente intendersi se non come dettato esclusivamente dall'intenzione di nuocere". In altra sede - ID., voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 102 - l'A. aggiunge: "una certa cautela nell'intervento contro determinati tipi di atti dannosi può dipendere dal timore di incoraggiare una litigiosità eccessiva in campi nei quali l'intervento del giudice sarebbe comunque poco efficace... e... rischierebbe di essere lesivo di libertà fondamentali". V. anche P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976.

<sup>31</sup> S. PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2007.

luogo, lo sfaldamento pressoché automatico dei rapporti familiari alla prima insorgenza di una crisi.

Il rischio connesso alla prima problematica è quello non solo di intasare una macchina giudiziaria di per sé già sovraccarica, ma, ciò che è peggio, di infondere nel sentire comune l'idea socialmente distruttiva che giustiziare le controversie endofamiliari attraverso poste risarcitorie rientri in un canone di normalità sociale.

Quanto al secondo rilievo, va da sé che, nel momento in cui i coniugi ricorrono al giudice, essi hanno già abbandonato l'idea di risolvere il conflitto privatamente e si sono ormai rassegnati ad accogliere una soluzione (peraltro imposta dall'esterno) quali “parti avverse”, poste l'una contro l'altra<sup>32</sup>.

Se si tiene presente che la peculiarità della famiglia consiste nella solidarietà, nell'intento cioè di assicurare l'aiuto reciproco tra i suoi membri, ci si chiede fino a che punto un sistema di RC applicato alla famiglia possa dirsi coerente con questa finalità<sup>33</sup>. Si rischia in questo modo di incoraggiare condotte lassiste o irresponsabili, alimentate dalla consapevolezza che per ogni torto subito si può ottenere una riparazione. Si apre una prospettiva nella quale sempre meno persone saranno disposte ad assumersi il “rischio” di far funzionare la famiglia, con un chiaro disincentivo alla scelta di unirsi in matrimonio.

C'è chi considera il risarcimento come un meccanismo teso alla “monetizzazione dei sentimenti”, fautore di ambiguità non solo all'interno del rapporto, ma anche nella sfera esterna alla famiglia. Infatti, in considerazione del carattere tipicamente extrapatrimoniale dei danni endofamiliari, la quantificazione degli stessi è rimessa all'equità. Essa quindi rischia di essere rimessa all'“arbitrio” del giudice e oltretutto di non

---

<sup>32</sup> SACCO, *Antropologia giuridica, cit.*, 100 ss., rileva che negli enti sociali ristretti il ricorso alla “giustizia pubblica” è spesso inteso quale *extrema ratio*, via ultima da percorrere per risolvere un conflitto che ha per sempre reciso il legame di fiducia e/o affetto che legava le parti.

<sup>33</sup> G. SEBASTIO, *La responsabilità civile endofamiliare*, in TORINO, *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, Torino, 2004, 196.

corrispondere alla lesione concretamente subita dalla vittima, visto che la percezione della stessa è soggettiva.

A fronte di queste considerazioni occorre nel contempo riconoscere che non sempre all'interno della famiglia la via dell'armonia e della pace risulta in concreto percorribile. A volte la *vocatio in jus* si presenta come un passaggio disdicevole, e tuttavia necessario. Il danno può essere percepito dalla vittima come una lesione incancellabile. La vittima risentita che esclama: "hai distrutto i migliori anni della mia vita!", può avere i suoi buoni motivi (sociali o psicologici) per non desiderare una risoluzione pacifica del conflitto<sup>34</sup>.

A ben vedere, la crisi della famiglia può spesso derivare dalla tolleranza della sopraffazione patita dal singolo, più che da una equilibrata risoluzione del conflitto secondo regole che in ipotesi analoghe dettano un adeguato temperamento degli interessi per tutti i consociati. Come avviene in ogni comunità, è la mancata sanzione dell'illecito che favorisce il ripetersi della condotta oggetto di riprovazione giuridica fino alla definitiva distruzione dei legami esistenti tra i suoi membri<sup>35</sup>.

Ma qual è la sottile linea di confine che all'interno della famiglia separa i torti risarcibili da quelli non risarcibili? È necessario temperare le esigenze di ognuno e verificare che non ci siano rapporti endofamiliari da proteggere più di altri, a causa della particolare debolezza di un membro della famiglia<sup>36</sup>. Proprio con riferimento ai conflitti genitore-figlio si nota come la giurisprudenza si mostri particolarmente propensa ad applicare le regole aquiliane per salvaguardare gli interessi del minore, rivelandosi assai più cauta quando si tratta di tutelare un coniuge nei confronti dell'altro<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> TORINO, *Illeciti familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, cit.

<sup>35</sup> PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 33-34.

<sup>36</sup> Anche il legislatore ne è consapevole: infatti ha predisposto un sistema legale di tutela del minore (Legge n. 54 del 2006), una sorta di ibrido che la dottrina più attenta definisce "risarcitorio-sanzionatorio" (A. D'ANGELO, *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, in *Danno e Resp.*, 2008, 1993). Si tratta forse della prima fattispecie tipizzata di risarcimento del danno causato dal genitore al figlio.

<sup>37</sup> M. DI MARZIO, *La responsabilità endofamiliare: gli illeciti tra genitori e figli*, in *Illeciti familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, cit., 61-62. C'è da sottolineare tuttavia una scarsità di precedenti in tema di risarcimento del danno

Un'adeguata tutela minorile non implica in ogni caso il mantenimento della materiale unità di fatto della famiglia, ma a volte ne presuppone la rottura, senza tuttavia determinarne l'estinzione<sup>38</sup>. Ciò che importa è la tutela della stabilità familiare, la quale va mantenuta anche oltre la convivenza proprio per proteggere la prole; in questo contesto, dunque, la figura del giudice riacquista centralità e dignità<sup>39</sup>.

Da queste considerazioni emerge una consapevolezza che accompagnerà il prosieguo della mia ricerca: se è vero, infatti che in linea di principio il giurista è chiamato a determinare (e giustificare) i confini applicativi delle regole di RC sul terreno delle delicate dispute giuridico-affettive, occorre essere consapevoli che, come il familiare non deve sottovalutare le conseguenze risarcitorie dell'amore, così il giurista non deve sottovalutare le conseguenze che la RC può avere sull'amore<sup>40</sup>.

## **1.2. Il ruolo del danno non patrimoniale nel sistema degli illeciti endofamiliari**

Il ruolo preminente assunto dal danno non patrimoniale nell'evoluzione del rapporto tra RC ed illeciti endofamiliari rende preliminare, nell'economia di questo studio, tratteggiare le vicende che da un punto di vista generale hanno accompagnato l'evoluzione del danno non patrimoniale nell'ordinamento italiano<sup>41</sup>.

---

cagionato dal genitore al figlio, legata sia alla difficoltà dell'azione in giudizio da parte di un soggetto minore (esiste anche l'art. 78 c.p.c. che prevede la nomina di un curatore speciale, ma il ricorso a quella disposizione presuppone di fatto che il figlio sia già uscito dall'ambito familiare), sia alla disdicevolezza con cui una tale azione è considerata nel costume sociale (soprattutto se la famiglia in questione è sempre stata in armonia), sia infine alla circostanza che fino a poco fa il sistema della RC non possedeva gli strumenti concettuali per cogliere la peculiarità dei profili di danno che possono presentarsi nel rapporto genitori-figli (mi riferisco all'ormai defunto *danno esistenziale*).

<sup>38</sup> C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 142.

<sup>39</sup> BUSNELLI, *Libertà e responsabilità nella vita familiare*, cit., 76.

<sup>40</sup> Parafrasando il bel finale di GAUDINO, *La responsabilità civile endofamiliare*, cit., 1265.

<sup>41</sup> G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 59-65, parla di "danno non oggettivamente valutabile in denaro giacché lesivo di beni non

Tale voce di danno infatti si rivela fondamentale nella commisurazione del risarcimento dei torti endofamiliari ed anche in questo settore rivela tutta la sua problematicità, stante la sua ontologica inidoneità a prestarsi ad una valutazione ancorata a parametri oggettivi e la mancanza, in molte occasioni, di indici obiettivi atti a segnalare l'esistenza stessa del pregiudizio<sup>42</sup>.

Al contrario, i pregiudizi di natura patrimoniale non hanno mai rappresentato un terreno scivoloso in sede di accertamento e liquidazione del danno, neanche quando prendono corpo all'interno della famiglia. Nei casi della moglie derubata o truffata dal marito, oppure vittima di illeciti bancari, i rimedi di cui all'art. 184 c.c. non bastano a neutralizzare la perdita, che viene pertanto risarcita in virtù della clausola generale di RC. Inoltre, nel settore del diritto di famiglia esiste una specifica ipotesi di danno patrimoniale risarcibile tra i coniugi, prevista dall'art. 217 c.c. in tema di illegittima amministrazione dei beni dell'altro coniuge quando si versa in regime di separazione dei beni<sup>43</sup>.

---

monetizzabili". La definizione è ricavata dall'Autore a contrario dalla formula con la quale l'art. 1174 c.c. definisce il danno patrimoniale, inteso come "suscettibile di valutazione economica". Questa norma non è di certo stata specificatamente dettata per offrire il punto di distinzione tra bene patrimoniale e bene non patrimoniale, ma è ragionevole sostenere che la concezione legislativa della patrimonialità offerta in quella sede si mostra utilizzabile anche a tale fine.

<sup>42</sup> BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 375.

<sup>43</sup> L'art. 217 c.c., rinviando alla disciplina del mandato per amministrare il godimento dei beni dell'altro coniuge, consente l'azionabilità della domanda risarcitoria in caso di *mala gestio* del mandatario. Lo stesso vale in caso di ingerenza illecita di un coniuge nell'amministrazione dei beni di cui è titolare esclusivo l'altro coniuge o nel caso in cui un coniuge compia atti di disposizione dei beni di proprietà esclusiva dell'altro. Si tratta di casi che rendono evidente come la tutela specifica prevista nella disciplina del libro I presuppone l'operatività dell'ordinario rimedio risarcitorio a tutela del coniuge leso, v. CENDON-SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, in TORINO, *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, cit., 138-140. Invero in altri casi, pur in presenza di danno patrimoniale, l'appiglio dell'art. 2043 c.c. sarebbe inutile, giacché gli strumenti offerti dal libro I (art. 156 c.c.) permettono di coprire la perdita (in termini pecuniari) sofferta dal coniuge a cui la separazione non è addebitata. Questo è il motivo per cui, finché il danno ex art. 2043 restava confinato entro i limiti della patrimonialità, non era avvertita l'esigenza di trovare uno strumento di protezione alternativo alla disciplina, di per sé abbastanza garantistica, del diritto di famiglia.

Prima di indagare i problemi posti dal risarcimento del danno extrapatrimoniale sul terreno domestico è opportuno affrontare in via generale i tormentati profili che il risarcimento di tale voce di danno presenta, giacché i problemi che esso solleva sono gli stessi, indipendentemente dal contesto in cui si manifestano.

La complessa nozione di danno non patrimoniale ha assunto nel tempo significati e dimensioni mutevoli, determinando la necessità di analizzarne definizione, possibili modelli e diversi criteri di valutazione.

La centralità dell'individuo all'interno della società e l'aumentato interesse per l'identità della persona, ancor prima che per il suo status, hanno infatti rivoluzionato il significato dei concetti e delle regole poste in tema di liquidazione del danno, nello sforzo di salvaguardare posizioni soggettive che tradizionalmente non trovavano protezione da parte dell'ordinamento, poiché mal si prestavano ad essere oggetto di una tutela (quella risarcitoria) avente natura puramente pecuniaria.

La prospettiva comparata dell'analisi aiuterà a comprendere ulteriormente i limiti del nostro sistema di RC che, è opportuno anticiparlo, sembra essere stato l'unico ad avviare una disputa così complessa e problematica tra i suoi formanti sul tema della risarcibilità del danno extrapatrimoniale.

### **1.2.1. L'incommensurabilità della lesione degli interessi in gioco: i mai sopiti dilemmi sulla prova e sulla liquidazione del danno non patrimoniale**

Com'è noto, il sistema di RC municipale ha una storia che affonda le sue radici nell'esperienza codicistica francese, della quale aveva mutuato nel codice postunitario la clausola generale di responsabilità di cui all'art. 1382 *cod. civ.*<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Il modello testuale dell'art. 1151 del Codice civile del 1865 - «Qualunque fatto dell'uomo che arreca danni ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno»- era offerto dall'art. 1382 *cod. civ.*: «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*».



A sua volta tale norma traeva le proprie origini da una secolare elaborazione teorica, la quale, richiamandosi al diritto Romano<sup>45</sup>, aveva condotto a considerare in termini di “danno” qualsivoglia lesione (patrimoniale, fisica o morale che fosse) e, di conseguenza, ammettere in ogni caso l'esperibilità dell'azione risarcitoria<sup>46</sup>.

Gli interpreti non hanno mai fatto mistero di richiamarsi all'ampiezza della suddetta disposizione per offrire un appoggio anche testuale alla risarcibilità del danno non patrimoniale<sup>47</sup>.

Tuttavia la facilità con cui si era sdoganata operativamente questa soluzione aveva un'ulteriore fondamento. Non si trattava di scelte nuove, ma di un *modus operandi* che faceva parte della tradizione giuridica antica e che oggi spiega la dimestichezza con cui i giudici del primo Ottocento trattavano le questioni sul danno morale.

Al contrario, la giurisprudenza italiana del secolo scorso, chiamata ad interpretare l'art. 1151 c.c. del Codice postunitario (1865), era divisa tra quanti ritenevano che tale norma consentisse soltanto il risarcimento dei

---

<sup>45</sup> R. VON JHERING, *De l'intérêt dans les contrats, et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires* (1880), in *Œuvres choisies*, trad. O. De Meulenaere, Paris, 1893, 1979; A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *Bollettino Ist. dr. Rom*, XVI, 1904, 206 ss.; J. MACQUERON, *L'intérêt moral ou d'affection dans les obligations délictuelles en droit romain*, in *Etudes offertes à A. Audinet*, Paris, 1968, 173 ss., affermano che la giurisprudenza dell'*ancien droit* francese postcodicistico traeva ispirazione direttamente dal diritto Romano, il quale già conosceva e tutelava (seppur in chiave strettamente afflittiva) la categoria giuridica del danno non patrimoniale.

<sup>46</sup> I sostenitori della totale risarcibilità del danno morale furono pienamente appoggiati dai redattori dei lavori preparatori al Codice. Nella seduta del corpo legislativo del 19 pluviôse an XII Terrible commenta in merito alla norma che diventerà l'art. 1382 *cod. civ.*: «...*Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages, et les assujettit à une réparation uniforme, qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert. Depuis l'homicide jusqu'à la simple blessure...; tout est déclaré susceptible d'une appréciation qui indemniserà la personne lésée des dommages quelconques qu'elle a éprouvés...*»

<sup>47</sup> C. DELOMBRE, *Cours de code napoléon*, t. XXXI, Paris, 1851, 575; L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV livre II du code civil*, t. III, Bruxelles, 1863, 429; A. CHAUSSE, *De l'intérêt d'affection*, in *Rév. crit. lég. jur.*, 1895, 436 ss.



danni patrimoniali, e quanti invece ammettevano in ogni caso l'esperibilità dell'azione risarcitoria<sup>48</sup>.

La tesi della risarcibilità dei danni morali dominò incontrastata per lunghi anni<sup>49</sup>, finché a fine dell'Ottocento insorse contro di essa un illustre autore, il Gabba<sup>50</sup>, il quale in una celebre nota apparsa sulle colonne del Foro italiano ne sostenne l'infondatezza<sup>51</sup>. L'insigne studioso dell'ateneo di Pisa sosteneva che al giudice non fosse dato, perché impossibile, apprezzare il danno morale, non solo a causa dell'improbabile equivalenza tra una data quantità di danno e il suo corrispettivo in denaro, ma altresì per l'impossibilità di accertare in molti casi la reale esistenza del danno morale. Gabba riteneva che tale pregiudizio non avesse carattere giuridico, giacché non produceva effetti penosi durevoli (il danno morale era infatti definito un fenomeno ad "effetti morali passeggeri") ed oltretutto mancava del requisito dell'esteriorità, manifestandosi puramente nella sfera soggettiva interna della vittima.

Di lì a qualche anno il pensiero di Gabba venne condiviso da buona parte degli interpreti, i quali subordinarono il diritto al risarcimento non all'esistenza di una lesione all'individuo in quanto tale, ma al *vulnus* inferto all'*homo faber*, cioè all'uomo capace di produrre ricchezza<sup>52</sup>. Solo se

---

<sup>48</sup> M. ROSSETTI, *Il danno da lesione della salute. Biologico - Patrimoniale - Morale*, Padova, 2001, 35.

<sup>49</sup> Cass. Palermo, 23 febbraio 1895, in *Foro it.*, 1896, I, 685; App. Torino, 20 gennaio 1900, in *Rep. Foro it.*, 1900, voce *Responsabilità civile*, 156; Cass. Napoli, 18 gennaio 1900, *Filangieri*, 1900, 769; Cass. Napoli, 25 febbraio 1906, in *Riv. giur. soc.*, 1905, 214. In dottrina questa tesi fu sostenuta, tra gli altri, da G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1882, V, 215; B. BRUGI, *Risarcimento del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, 448; A. MONTEL, *Sulla risarcibilità dei danni morali*, in *Foro it.*, 1932, I, 1522.

<sup>50</sup> I riferimenti dell'A. sul tema si trovano in *Questioni di diritto civile*, vol. II: *Diritto ereditario e Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1911, II ed., 210 ss. con il titolo di *Risarcibilità dei danni morali; Contributi alla teorica del danno e del risarcimento - IV - Nuove considerazioni intorno al risarcimento dei cosiddetti danni morali*, dapprima in *Foro it.*, 1903, I, 994 ss. ed ora in *Nuove questioni di diritto civile*, vol. I, Torino, 1912, II ed., 240 ss.

<sup>51</sup> Nota a Cass. Palermo, 23 febbraio 1895, *cit.*

<sup>52</sup> GABBA, nota ad App. Palermo, 16 marzo 1903, in *Foro it.*, 1903, I, 944; A. ASCOLI, *Atto illecito. Responsabilità. Danni morali*, in *Riv. dir. civ.*, 1909, 538; G. PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, II, 240; G.P.

il danno si fosse riflesso nelle attività patrimoniale della vittima esso sarebbe stato risarcito.

A consolidare tale orientamento contribuì non poco il fatto che l'istituto della riparazione, ammesso nel codice penale del 1889 solo per i reati che offendono l'onore della persona e della famiglia, venne col Codice di procedura penale del 1913 esteso a tutti i delitti contro la persona e a quelli che offendono la libertà individuale, l'onore, l'inviolabilità del domicilio e dei segreti.

Si ritenne pertanto risolta definitivamente la questione dei danni morali in senso negativo, in quanto si credette che con l'estendere l'istituto della riparazione il legislatore avesse provveduto ai casi più gravi, che reclamavano una soddisfazione pecuniaria, indipendentemente dal danno materiale, mentre di ciò non vi sarebbe stato bisogno se fosse stato ammissibile in generale il risarcimento del danno morale.

Un primo colpo a questo orientamento fu però inflitto dall'avvento del Codice Rocco, che sostituì l'istituto della riparazione con quello del risarcimento del danno non patrimoniale per qualsiasi fattispecie di reato (art. 185 c.p.)<sup>53</sup>.

---

CHIRONI, *Del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, 800. Seppur non bruscamente, il fascino di queste tesi ebbe ben presto presa sui giudicanti: dapprima sulla Cassazione di Roma a Sezioni Unite (Cass. Roma, 27 aprile 1912, in *Giur. it.*, 1913, I, 837), quindi sulla nuova (ed unificata) Cassazione del Regno (Cass., 20 ottobre 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 952, affermò che il turbamento dell'armonia e dell'estetica della persona dovuto ad una lesione personale poteva essere ritenuto un danno puramente morale, e perciò irrisarcibile, con criterio insindacabile dei giudici di merito; Cass., 22 dicembre 1925, in *Foro it.*, 1926, 1560, ritenne che “nota caratteristica ed essenziale dei danno morali puri sia l'assenza di ogni lesione di diritti suscettibile di reintegrazione, sotto forma d'equivalente economico”). Non a caso, dopo il 1925, furono rarissime le sentenze di merito che riconobbero e liquidarono un danno puramente morale.

<sup>53</sup> Questa forma di limitazione della risarcibilità del danno non patrimoniale era nota ed apprezzata nella prima trattatistica francese. Specialmente da AUBRY e RAU, in *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, Paris, 1871, IV éd., 748, viene segnalata l'opportunità di limitare questa ripartizione pecuniaria al danno non patrimoniale che provenga da *délit de Droit criminel*. Essi indicano oltretutto che il danno suddetto «[...] comprend, en outre, du moins lorsqu'il s'agit d'un délit de droit criminel, le tort moral que le délit a fait éprouver à la personne lésée, en la troublant dans sa sureté personnelle ou dans la jouissance de son patrimoine, ou en la blessant dans ses affections légitimes.» Questa limitazione del

L'introduzione di tale disposizione non valse tuttavia a sopire le dispute dottrinarie in tema di risarcibilità del danno non patrimoniale<sup>54</sup>.

Pervenuto il contrasto davanti alla Suprema Corte, questa vi pose fine stabilendo che l'art. 185 c.p. sarebbe stato applicabile soltanto ai danni derivanti da reato, e non anche a quelli derivanti da illecito civile<sup>55</sup>.

---

principio della risarcibilità del danno non ha avuto tuttavia alcuna fortuna nell'esperienza francese, né a livello legislativo o giurisprudenziale, né nella dottrina successiva.

<sup>54</sup> Tra gli autori che intesero la nuova norma nel senso che, per effetto di essa, dovesse ritenersi pacificamente risarcibile qualsiasi tipo di danno non patrimoniale v. P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, 171 ss.; L. COVIELLO, *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 313, il quale sostenne che quella dell'art. 185 c.p. fosse una vera e propria innovazione, la quale nessuna influenza poteva spiegare in materia civile se la questione dei danni morali fosse stata risolta dal codice in senso negativo. Nel tentativo di confutare il pensiero di Pacchioni, Coviello affermava che il risarcimento del danno morale non poteva ritenersi escluso dal Codice civile, mentre il nuovo Codice penale, abolendo l'istituto della riparazione, aveva sgombrato per i civilisti il terreno da un'obiezione che poteva fare una certa impressione, così superando le pregiudiziali sollevate da Gabba. Il permanere di ogni dubbio in proposito - sosteneva il giurista napoletano - veniva fugato ricorrendo all'analogia, possibile perché l'art. 185 c.p. non è norma penale, ed ai principi generali del diritto. L'A. concludeva circa l'insostenibilità di una diversità di trattamento ai fini del risarcimento dei danni morali tra l'illecito civile e quello penale. Della stessa opinione fu ASCOLI, *Risarcibilità del danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1934, 405, secondo il quale la norma in questione era di carattere civile. Egli ribadì come fosse logico che il Codice penale parlasse solo del danno derivante da reato, per poi sostenere che, introdotto nel Codice penale il principio della RC per i danni non patrimoniali, per identità di ragione esso si dovesse estendere alle materie puramente civili. Contrastò la risarcibilità del danno morale puro, tra gli altri, PACCHIONI, *Riv. dir. pen.*, 1931, 145 ss., il quale considerò tale disposizione ritenendola una "eccezione" e affermò che il risarcimento, presupponendo un vuoto materiale od economico, avesse il solo scopo di cancellare gli effetti patrimoniali dell'illecito dannoso, non altri effetti. Aderirono nella sostanza alla tesi di Pacchioni, M. MANDRIOLI, *Ancora sulla risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Riv. pen.*, 1932, 585; MAGGIORE, *Il risarcimento dei danno non patrimoniale e la pretesa forza espansiva dell'art. 185 c.p.*, in *Studi in onore di Ugo Conti*, Città di Castello, 1932, il quale definì il risarcimento dei danni morali una "aberrazione" e negò che il legislatore potesse trasformare un "non danno" (quale il c.d. danno morale) in danno; P.L. PEDRALI NOY, *Il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. turist.*, 1932, I, 76, ove si affermò che i danni morali erano irrisarcibili per il fatto che costituivano una conseguenza indiretta o mediata dell'offesa, ed il Codice civile escludeva la risarcibilità di quei danni che non fossero immediati e diretti.

Nonostante la propensione di numerosi scrittori per la risarcibilità del danno morale, e nonostante che il principio venisse accolto nel progetto del Codice delle obbligazioni italo-francese del 1927<sup>56</sup>, il nuovo Codice civile troncò la questione, respingendolo.<sup>57</sup>

Tale codificazione recava due importanti novità in tema di RC, che l'avrebbero portato a discostarsi in modo notevole dal previgente modello francesizzante. Da un lato si prevedeva un ulteriore requisito - l'ingiustizia - per ammettere il risarcimento del danno (art. 2043 c.c.); dall'altro si stabiliva l'inedita (nel panorama delle codificazioni civili dell'epoca) formula di limitazione della risarcibilità dei danni non patrimoniali conchiusa nell'essenziale fraseggio dell'art. 2059 c.c.

Il requisito dell'ingiustizia ha consentito col tempo alla giurisprudenza di estendere l'area del danno risarcibile a fattispecie non ritenute in precedenza suscettibili di tutela risarcitoria (prima fra tutte la lesione del diritto alla salute). Nel dopoguerra, tuttavia, la dottrina di allora non era ancora giunta a concepire che ingiusto potesse essere il danno arrecato *non jure* (cioè senza averne il diritto). Si idealizzava il danno ingiusto unicamente come danno arrecato *contra jus*, cioè in violazione di un precetto posto da una norma primaria. In altre parole, si continuava a ravvedere nell'art. 2043 c.c. una norma che andava sempre integrata con la disposizione impositrice di un divieto, dalla cui violazione era scaturito un danno.

Altrettanto cruciale nella storia del sistema di responsabilità aquiliana fu l'introduzione dell'art. 2059 c.c., il cui *background* culturale va ricercato non a caso nella paradigma tedesco, per ragioni prevalentemente politico-ideologiche<sup>58</sup>. Questa disposizione, nel vano tentativo di porre

---

<sup>55</sup> Cass., 8 maggio 1935, in *Foro it.*, 1935, I, 998.

<sup>56</sup> L'art. 85 del progetto italo-francese del libro delle obbligazioni e dei contratti si ispirava al modello del *Code Napoléon* e prevedeva espressamente che l'obbligazione risarcitoria comprendesse tutti i danni, tanto morali quanto materiali.

<sup>57</sup> T. BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Milano, 1956, 396.

<sup>58</sup> P.G. MONATERI, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.: una nozione salda o un'occasione di revisione codicistica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 523-529, ritiene che la differenza tra le discipline dei due ordinamenti (quello francese e quello tedesco),

fine alle indeterminate discussioni derivate dall'art. 185 c.p., prevedeva (e prevede testualmente) la risarcibilità del danni non patrimoniali soltanto nei casi determinati dalla legge<sup>59</sup>.

Per decenni tuttavia l'unica ipotesi di risarcibilità prevista *ex lege* rimase quella del Codice penale, determinando una rigorosa tipizzazione delle fattispecie causative di danni non patrimoniali<sup>60</sup>. Tale scelta di fondo sollevò pesanti critiche degli addetti ai lavori, i quali inveirono contro l'idea secondo cui solo in caso di reato è più intensa l'offesa di ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo<sup>61</sup>.

Questo limite, che secondo la disposizione suddetta poteva essere travalicato solo dal legislatore<sup>62</sup>, con gli anni è stato fatto letteralmente saltare dall'opera congiunta di dottrina e giurisprudenza, protese nello sforzo di accrescere il catalogo delle situazioni da tutelare attraverso la

---

sia ancorata a ragioni di opportunità. Infatti il sistema giuridico dell'*Héxagone* affianca saggiamente l'atipicità dell'art. 1382 *cod. civ.* alla regola del *non cumul* tra responsabilità contrattuale e RC. Altrettanto attento è il legislatore tedesco che ha optato per un sistema tipico di RC che ben può permettersi un cumulo delle responsabilità (cfr. § 823-286 del BGB).

<sup>59</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 309.

<sup>60</sup> G. SCALITI, *Alcuni aspetti del danno non patrimoniale nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Riv. dir e proc. civ.*, 1978, 1754.

<sup>61</sup> Sul problema v. l'ampio saggio di G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 462 ss.

<sup>62</sup> BONILINI, in *Il danno non patrimoniale, cit.*, 240 ss., benché evidenzi l'astratta bontà di una regola che riserva al potere legislativo il compito di abbozzare correttamente un sistema di tutela, non passa sotto silenzio i suoi limiti. Infatti, stante la necessità di adeguare gli strumenti normativi alle esigenze della vita, un sistema che fonda la pretesa riparatoria sulla lesione di beni tipici dovrebbe costantemente rivedersi ogni qual volta si determini l'ascesa di un bene socialmente apprezzato; ma la legislazione non è in grado di stare al passo con le esigenze della vita, per cui, delegandole poteri così ampi, si rischia di creare un sistema poco duttile e di cristallizzare norme difficilmente mutabili ed aggiornabili. Da questa osservazione sorge dunque il dubbio se non sia meglio lasciare al giudice la funzione di completare il sistema di legge, affidandogli il compito di verificare in concreto se le conseguenze non patrimoniali del danno siano meritevoli di tutela giuridica attraverso l'assegnazione al portatore di esse di una somma in qualche modo atta, seppur imperfettamente, con precisione non aritmetica, a ristorarle. V. anche P. TRIMARCHI, voce *Illecito* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 97 ss.

corresponsione di poste risarcitorie non liquidabili attraverso indici oggettivi di parametrabilità. Fenomeno questo dalla portata così vasta che si è parlato di superamento delle “frontiere nobili della RC” in direzione di altri settori del diritto, non da ultimo il diritto di famiglia<sup>63</sup>.

Infatti, dall'introduzione da quella che qualcuno ha definito una “dicotomia zoppa”<sup>64</sup>, la storia evolutiva della nostra dottrina e giurisprudenza ha avuto come filo conduttore il costante tentativo di portare l'area del danno non patrimoniale risarcibile oltre l'originario ambito di applicazione dell'art. 2059 c.c.<sup>65</sup>.

Nonostante la dottrina segnalasse fin da subito gli inconvenienti pratici del sistema codicistico di RC<sup>66</sup>, nell'immediato dopoguerra e per

---

<sup>63</sup> L'espressione è di C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 539 ss., uno tra gli autori che colsero fin dall'inizio le torsioni dogmatiche e il sovraccarico di funzioni cui l'istituto della RC era sottoposto. Su questa linea, ma con prevalente sottolineatura della “crisi della responsabilità civile come crisi funzionale da eccesso di *impul*”, fin dagli anni Ottanta, cfr. C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 128; ID., *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 83 s.; ID., *Responsabilità extracontrattuale*, (Dig. vig.), Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, 1187 ss; ID., *La responsabilità civile*, in *Trattato dir. priv.* IUDICA-ZATTI, Milano, 2005, 1 ss. Anche TRIMARCHI (*L'arricchimento derivante da fatto illecito*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994) ha criticato l'errore metodologico di “concentrare l'attenzione esclusivamente sulle ragioni che possono giustificare la responsabilità, trasudando quelle che ne richiedono la limitazione”.

<sup>64</sup> L'espressione “dicotomia zoppa” è impiegata da ROSSETTI, *Il danno da lesione della salute. Biologico - Patrimoniale - Morale*, cit., 51, per definire l'“ineguale divisione” introdotta dal codice del 1942 tra danni patrimoniali, sempre risarcibili, e danni morali, risarcibili soltanto in ipotesi di reato.

<sup>65</sup> MONATERI, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.: una nozione salda o un'occasione di revisione codicistica?*, cit., 524, afferma che nell'arco di più di sessant'anni l'ampliamento dell'area di danno risarcibile è avvenuta attraverso una “riforma conservatrice” che ha fatto saltare le peculiarità della disciplina del codice italiano del 1942, riavvicinandola sostanzialmente al modello francese.

<sup>66</sup> Tra gli Autori che, successivamente all'introduzione del Codice civile del 1942, disquisirono sulle problematiche relative al danno non patrimoniale si segnalano L. BARBARESCHI, *La risarcibilità dei danni morali*, in *Riv. it. scien. comm.*, 1943, 46; F. LICATA, *Risarcimento dei danni morali per diffamazione non querelata*, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, 53; M. NIGRO, *La riparazione del danno morale e la mancanza di querela per reato perseguibile a querela di parte*, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, 347; P. LOFFREDO, *Inazione di querela e danno morale*, in *Corte Assise*, 1951, 214; P.L. STEFANI, *Sulla risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito civile*, in *Nuovo dir.*, 1951, I, 161; A. VIGORITA, *Osservazioni in tema di prova del danno risarcibile e di danno*



oltre trent'anni la giurisprudenza restò fedele ai principi restrittivi di liquidazione previsti dal dettato normativo e insensibile al fatto che così facendo avrebbe privato ingiustamente il danneggiato della tutela risarcitoria quand'anche egli ne avesse avuto il diritto<sup>67</sup>.

Sul finire degli anni Cinquanta tuttavia il pensiero di un autorevole autore invertì la rotta. Con un saggio sul danno morale che, unitamente alle teorie di Cesare Gerin sul concetto di invalidità della persona<sup>68</sup>, costituì il fondamento teorico della prima sentenza genovese sul danno biologico<sup>69</sup>, Renato Scognamiglio superò la tradizionale distinzione tra

---

*non patrimoniale*, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1954, 831; D. ALFONSO, *Mancanza di querela e risarcimento di danno non patrimoniale*, in *Arch. ricerche giur.*, 1954, 363; E. ONDEI, *Questioni di responsabilità civile in tema di diffamazione*, in *Foro pad.*, 1955, I, 795; G. ROSSO, *Risarcimento dei danni derivanti da reato ed effetti della provocazione*, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1955, 699.

<sup>67</sup> ROSSETTI, *Il danno da lesione della salute*, cit., 55 ss., afferma che ancorare la liquidazione dei danni non patrimoniali al parametro di riferimento costituito dal reddito reca con sé numerosi inconvenienti pratici, giacché ad es., il danneggiato non è tutelato nel caso in cui non sia soggetto percettore di reddito e nemmeno nell'ipotesi in cui, nonostante la lesione, continui a percepire ugualmente il proprio reddito oppure se la lesione, quantunque sia grave, non sia suscettibile di recare nocumento alla capacità di lavorare (si pensi al caso di procurata impotenza, ovvero alla perdita di più elementi dentari).

<sup>68</sup> C. GERIN, *La valutazione medico-legale del danno alla persona in responsabilità civile*, Milano, 1973, gettò le basi per un nuovo e diverso modo di valutare il danno alla persona: facendo riferimento non più alla “capacità di lavoro generica” perduta, bensì alla “validità” perduta.

<sup>69</sup> Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 54, e in *Resp. civ.*, 1975, 416, per prima teorizzò la nozione di danno biologico. Nella sentenza si afferma che i danni morali non si identificano con i danni non patrimoniali, ma rappresentano un *genus* nell'ampia categoria dei danni non patrimoniali, pertanto possono aversi danni non patrimoniali morali, e danni non patrimoniali diversi dai danni morali, come appunto il danno alla salute. Dopo aver affermato che l'art. 2043 c.c. predica la risarcibilità di ogni tipo di danno, i giudici ritennero che l'art. 2059 c.c. non andasse inteso come se l'irrisarcibilità fosse riferita a tutti i danni non aventi contenuto patrimoniale, ma andasse inteso con riferimento soltanto al danno morale in senso stretto, cioè alle sofferenze morali soggettive. Con una lettura coordinata degli art. 32 Cost., 2043 e 2059 c.c. si pervenne ad affermare che il danno alla salute era un danno ingiusto -perché confliggente col disposto dell'art. 32 Cost.- e risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. La giurisprudenza “alternativa” inaugurata dal Tribunale di Genova venne condivisa da larga parte della dottrina, in particolar modo da quell'orientamento che tacciava il sistema tradizionale di astrattezza, fittizietà e incostituzionalità. Per approfondimenti sulle reazioni in dottrina v. ROSSETTI, *Il danno da lesione della*

danni patrimoniali e danni non patrimoniali, sostituendola con la distinzione tra danni giuridicamente rilevanti (siano essi personali o patrimoniali), e dunque risarcibili, e danni morali, rilevanti solo eccezionalmente a causa della limitazione di cui all'art. 2059 c.c. (applicabile dunque solo in caso di danni morali)<sup>70</sup>.

Siffatta concezione nasceva dall'idea che “danno risarcibile” dovesse considerarsi non quello suscettibile di riparazione economica, ma quello che colpiva beni direttamente protetti da una norma di legge, ivi compresi dunque i beni personali.

Un ruolo catalizzatore nel processo di ampliamento dell'area di danno risarcibile era stato del resto assunto dalla Costituzione del 1948, la quale aveva fatto emergere un nuovo sistema di valori, dove al centro veniva posta la persona umana, sia come bene primario dell'ordinamento che come oggetto di tutela illimitata. Infatti, la Costituzione, a differenza del Codice civile, attribuisce ai diritti della persona una chiara primazia rispetto ai rapporti economici.

Tale dicotomia tra la concezione risarcitoria codicistica e quella invece costituzionalmente orientata, nel tempo e a seguito di numerosi contributi dottrinari, ha determinato negli anni e a più riprese numerose questioni di costituzionalità, che hanno investito l'art. 2059 c.c. nella parte in cui la norma limita il danno non patrimoniale ai soli casi previsti dalla legge, cioè le ipotesi di reato.

Con la storica sentenza “Dell’Andro” (n. 184 del 1986) la Consulta prese atto della suddetta discrasia e, sebbene avesse escluso l'incostituzionalità della norma predetta per non demolire l'assetto del Codice civile, impose una reinterpretazione della figura di danno non patrimoniale alla luce del dettato costituzionale e in assoluta continuità col pensiero del Tribunale genovese<sup>71</sup>.

---

*salute. Biologico - Patrimoniale - Morale, cit.*, 104 ss.

<sup>70</sup> SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale, cit.*

<sup>71</sup> Corte cost., 14 luglio 1986, in *Foro it.*, 1986, I, 2053; *Giust. civ.*, 1986, I, 2324, ove i giudici costruiscono il seguente sillogismo: a) l'art. 2043 c.c. sanziona con l'obbligo del risarcimento la causazione di un danno ingiusto; b) l'art. 2043 c.c. non chiarisce però quando un danno sia ingiusto. Il requisito dell'ingiustizia va perciò individuato con riferimento ad altre norme dell'ordinamento; c) l'art. 32



La suddetta pronuncia portò a compimento un ripensamento radicale sulla portata precettiva e sull'estensione degli artt. 2043 e 2059 c.c., sulla nozione e sul contenuto del “danno biologico o danno alla salute” (con il quale si risarcisce la lesione dell'integrità psicofisica in sé considerata, a prescindere dalle conseguenze patrimoniali o morali che ne siano derivate) ed anche sui principi generali che devono presiedere alla liquidazione di tale tipologia di danno.

Per evitare il limite dell'art. 2059 c.c., la Corte Costituzionale specificò che questo si riferiva solo ai danni morali e che il fondamento della risarcibilità del danno biologico, invece, doveva essere ricercato nell'art 2043 c.c. letto e interpretato in combinato disposto con l'art. 32 della Costituzione, vero grimaldello atto a scardinare l'arcaico sistema tradizionale per la liquidazione del danno alla persona.

Così facendo la Consulta fornì il primo, compiuto tentativo di inquadramento dogmatico della fattispecie danno alla salute, facendo leva sul disposto dell'art. 32 Cost. La Corte inoltre, per superare le difficoltà inerenti all'onere probatorio incombente sulla vittima di danno non patrimoniale, fece proprie le costruzioni teoriche della dottrina dominante, la quale aveva cominciato ad attribuire all'illecito una struttura tripartita (costituita da condotta, evento e danno) e non più bipartita (condotta e danno).

Secondo questa teoria in ogni atto illecito occorreva distinguere tra danno-evento (inteso come risultato di una condotta di un soggetto e idoneo a determinare l'esistenza della responsabilità) e danno-conseguenza (cioè l'insieme delle ripercussioni sfavorevoli di un determinato fatto, la cui rilevanza importa l'estensione della responsabilità).

La Consulta finì per distinguere tra danno biologico (costruito come danno-evento e dunque risarcibile in quanto tale a prescindere da ripercussioni concrete dalla lesione di un valore personale<sup>72</sup>) e danno

---

Cost. riconosce -con efficacia anche nei rapporti interpretati- un diritto fondamentale dell'individuo, quello alla salute; *ergo*, è senz'altro ingiusto il danno consistente nella lesione del fondamentale diritto alla salute.

<sup>72</sup> E' utile accennare al criticatissimo binomio danno-evento/danno-conseguenza: il primo ammette il risarcimento per il solo fatto della lesione; il

morale (costruito in termini di danno-conseguenza, perciò vincolato nella sua liquidazione ad un accertamento).

La vicenda del danno alla salute non ha rappresentato una reazione isolata che la dottrina ha prodotto contro i limiti risarcitori imposti dall'art. 2059 c.c. Muovendo dalla vicenda del danno biologico alcuni autori hanno individuato nuove strade per garantire la risarcibilità di altri pregiudizi non patrimoniali lesivi di beni essenzialmente riguardanti la persona umana, diversi dalla salute, ma altrettanto considerati e tutelati da norme costituzionali.

Se una data posizione soggettiva era protetta da una garanzia costituzionale, doveva valere il medesimo ragionamento che valeva per il danno alla salute: il danno doveva essere risarcito in forza della lettura costituzionalmente orientata dell'art 2043 c.c.

La figura del danno esistenziale trae origine in quel torno di anni proprio dalla presa d'atto che i tre tipi di danno che alla fine degli anni Ottanta si erano delineati nel panorama del risarcibile (danno patrimoniale, biologico e morale) non sarebbero stati in grado di coprire tutta la gamma dei pregiudizi patiti da una vittima in conseguenza dell'illecito altrui.

Poteva accadere che l'illecito, pur non cagionando al danneggiato alcuna diminuzione o lesione del patrimonio, lesione psico-fisica e sofferenza d'animo, precludesse lo svolgimento di attività non remunerative che, sino ad allora, erano fonte di gratificazione per il

---

secondo invece richiede la prova delle conseguenze pregiudizievoli a carico dell'offeso. Sostiene la prima posizione, oltre alla sentenza in commento, Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.*, 2001, 187, con nota di D'ADDA, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*. Distingue invece chiaramente tra evento e danno Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale e il danno da morte*. In questa direzione è anche l'indirizzo della dottrina maggioritaria: R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, I, 541; G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, 51, nota 18, 393 ss.; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985, 23; BUSNELLI-PATTI, *Danno e responsabilità civile*, cit. L'annosa diatriba danno-evento/danno-conseguenza si è riproposta anche con l'avvento del danno esistenziale; parte della giurisprudenza lo ha infatti definito in termini di danno-evento, affermando che la prova della lesione di tale diritto fosse anche prova del danno, nel senso che la lesione fosse *in re ipsa*. Cfr. Cass., 10 maggio 2001, n. 6507; Cass., 3 aprile 2001, n. 4881, in *Mass.*, 2001.

danneggiato. Nasceva dunque l'idea di danno esistenziale, definita dal suo padre putativo come "la forzosa rinuncia allo svolgimento di attività non remunerative, fonte di compiacimento o di benessere per il danneggiato, indipendentemente dalla compromissione dell'integrità psicofisica"<sup>73</sup>.

Erigendosi a *tertium genus* di pregiudizio riparabile, autonomo rispetto ai danni biologico e morale, questa categoria di danno tutela le attività realizzatrici della persona, attuali o potenziali che siano, oscillanti in una zona grigia spaziente fra i confini segnati dalla lecita competizione intersoggettiva a quelli della conquista della serenità<sup>74</sup>.

L'esistenzialista guarda all'illecito aquiliano essenzialmente dal punto di vista del danneggiato e individua nuovi interessi che non possono essere lesi se non incorrendo in una responsabilità che si concretizza nella liquidazione di una somma di danaro a vantaggio del soggetto che li coltivava.

È difficile non accorgersi delle affinità tra il linguaggio del danno esistenziale e quello tipico della famiglia. Lo sviluppo della discussione sul possibile ingresso della RC entro le mura domestiche è stato favorevolmente influenzato dalle aperture giurisprudenziali, e più in generale dal dibattito sorto in dottrina, in merito alla risarcibilità di questo tipo di danno.

E' stato Cendon per primo a sottolineare come nel raggio applicativo del risarcimento del danno esistenziale ricada l'insieme delle attività realizzatrici dell'individuo, tra cui vanno sicuramente annoverate le attività svolte in ambito familiare. Per l'autore, laddove sono riscontrabili

---

<sup>73</sup> P. CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo*, Milano, 1999. Fu proprio la scuola di Paolo Cendon negli anni Novanta ad avviare il dibattito sul danno esistenziale, nonostante sia stata la giurisprudenza, negli anni seguenti, a delinearlo. In questa direzione cfr. Cass., 11 novembre 1986, n. 6607, *Foro it.*, 1987, I, 833; Cass., 19 novembre 1990, n. 11164, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Danni civili*, n. 148; Cass., 10 giugno 1994, n. 669, in *Foro it.* 1994, I, 2070; Trib. Milano, 7 luglio 1988, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *cit. n.*, 142, 143, e *Giur. it.*, 1989, I, 2, 318 ss.

<sup>74</sup> Il danno esistenziale, secondo la storica sentenza dell'11 luglio 2003, n. 233 della Corte costituzionale (in *Resp. civ.*, 2003, 1036) consisteva nella lesione di diritti o interessi, costituzionalmente protetti, inerenti alla persona umana, diversi dalla salute, che sconvolgono nel complesso le attività areddituali del soggetto leso.

tracce di un danno esistenziale risentito dalla vittima, non di rado si finisce per ritrovare nel passato della medesima vittima eventi e incidenti di natura familiare, illeciti domestici che, essendo privi di riflessi patrimoniali significativi, non potrebbero integrare un illecito civile giustiziabile se la categoria del danno esistenziale non esistesse<sup>75</sup>.

Torniamo però alla “categoria generale” danno esistenziale. La sua storia dimostra quanto possa rivelarsi delicato ragionare sul danno non patrimoniale in sede di accertamento e liquidazione.

Come abbiamo detto, l’argomentazione articolata dagli esistenzialisti guardava al percorso rivelatosi vincente con riferimento al danno biologico, per estendere il meccanismo giustificativo seguito per convalidare l’autonoma risarcibilità di questo danno anche con riferimento a situazioni esistenziali diverse dalla salute<sup>76</sup>.

Facendo propria l’evoluzione della dottrina degli anni precedenti, la Cassazione ha attribuito esplicito rilievo al danno esistenziale con la pronuncia n. 7713/2000<sup>77</sup>.

Estendendo l’applicabilità dell’art. 2043 c.c. - e non dell’art. 2059 - fino a ricomprendere il risarcimento dei danni che “almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana”, per la prima volta la SC ha affermato l’inoperatività dei limiti posti all’art. 2059 c.c. alla tutela verso il danno non patrimoniale in tutti i casi in cui fosse violata una posizione soggettiva di rilievo primario - i diritti fondamentali della persona - e fornita di garanzia costituzionale. La partita della risarcibilità - fuori dai limiti dell’art. 2059 c.c. - del pregiudizio non patrimoniale ad interessi della persona si è giocata quindi sul rilievo dell’interesse concretamente leso<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> TORINO, *Illeciti familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, cit., 24 ss. Tra le opere di CENDON v.: *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, cit., 1257; *Il danno alla persona*, Bologna, 2006; *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, in *Resp. civ.*, 2007, 2, 284.

<sup>76</sup> D’ADDA, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, cit., 189 ss.

<sup>77</sup> Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, cit., ove la lesione di tale diritto viene risarcita attraverso un’applicazione verticale della norma costituzionale (art. 2), in collegamento con la clausola generale dell’art. 2043 c.c.

<sup>78</sup> E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996,

Se appare condivisibile l'idea che la condanna alla riparazione postuli l'accertamento dell'ingiustizia del danno, sembra invece - soprattutto, come meglio si vedrà a momenti, alla luce dell'ultimo intervento della Cassazione<sup>79</sup> - più difficile aderire alla teoria "eventista" sostenuta dalla pronuncia in rassegna, con la quale si è consentita l'attivazione delle regole risarcitorie a prescindere dalla prova del danno<sup>80</sup>.

Il percorso ermeneutico iniziato dalla Cassazione con la sentenza n. 7713/2000 è stato, per così dire, interrotto dalle celebri sentenze gemelle della SC, le quali sono giunte a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona, e dunque sia il danno morale soggettivo, sia il danno biologico, sia infine il danno esistenziale, che in quella storica coppia di sentenze non veniva mai nominato: si creavano le condizioni perché la categoria dell'esistenziale fosse riportata ad un piano meramente descrittivo nella quale era la categoria dell'interesse costituzionalmente protetto a guadagnare terreno dal punto di vista operativo del filtro selettivo contemplato dall'art. 2059 c.c.<sup>81</sup>.

Questa posizione fu di lì a poco condivisa dalla Consulta, la quale però, diversamente dalle sentenze gemelle che avevano evitato (ed anzi: espressamente escluso la possibilità) di ritagliare all'interno della categoria danno non patrimoniale specifiche figure di danno, ha dichiarato l'autonomia delle tre voci di danno, racchiudendole non più nel contenitore di cui all'art. 2043 c.c., ma all'interno dell'art. 2059 c.c.<sup>82</sup>.

---

320 ss.

<sup>79</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 412 e 418; *Id.*, 2009, 1, 5; *Foro it.*, 2009, I, 126 e 131; *Danno e Resp.*, 2009, 1, 32.

<sup>80</sup> Per approfondimenti sulle critiche mosse a questa giurisprudenza v. D'ADDA, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, *cit.*, ove si afferma che l'applicazione della teoria del danno-evento ha indotto la Cassazione a risarcire un danno inesistente. La Corte per la verità sembra voler prevenire rilievi critici di questa portata, facendo ricorso all'argomento che identifica il danno risarcibile con la mera lesione del diritto, noncurante del fatto che "danno" e "lesione del diritto" sono due fenomeni diversi, anzi posti in una chiara successione.

<sup>81</sup> Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827, 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2272.

<sup>82</sup> Corte. Cost., 11 luglio 2003, n. 233, *cit.*, 1036.

Negli anni a seguire l'autonoma rilevanza al danno esistenziale è stata assai spesso negata<sup>83</sup>, registrandosi anche tentativi, da parte di alcune dibattute sentenze del consesso di legittimità, di riconoscere la categoria del danno esistenziale quale autonoma voce di danno risarcibile<sup>84</sup>.

Il riconoscimento della figura del danno esistenziale e la sua lettura in chiave consequenzialistica<sup>85</sup>, hanno indubbiamente accentuato le difficoltà connaturate alla liquidazione del danno non patrimoniale, prefigurando un incontrollato moltiplicarsi delle poste risarcitorie riconoscibili a seguito del riscontro giudiziale di un illecito civile<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Le diverse posizioni sono passate in rassegna nella relazione predisposta dall'ufficio del massimario e del ruolo, del 20 maggio 2008, n. 61, redatta da Rossetti (cfr. § 5 e 6).

<sup>84</sup> Cass. Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Resp. civ.*, 2006, 6, 1051; *Foro it.*, 2006, I, 1344, ove, discorrendo del danno da demansionamento, oltre a descrivere con precisione il contenuto della figura del danno esistenziale, la Suprema Corte conferma la ricostruzione in chiave consequenzialistica della figura in esame.

<sup>85</sup> A ben vedere, i problemi relativi alla liquidazione del danno non patrimoniale sono indipendenti dal riconoscimento o meno dell'autonomia concettuale del danno esistenziale. Anche racchiudendo danni di tal sorta nella categoria del danno biologico (come è stato fatto dagli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni, d. lgs. n. 209 del 7 settembre 2005, il quale ha esteso la nozione di danno biologico -e il corrispondente sistema risarcitorio tabellare- fino a ricomprendere il danno esistenziale), le difficoltà permangono poiché il danno esistenziale resta sempre privo dei caratteri della parametrabilità. V. D. CHINDEMI, *Danno non patrimoniale: il doppio binario del danno biologico ed esistenziale*, in *Dialoghi sul danno alla persona* (a cura di U. IZZO), *Collana Quaderni Dip. scienze giuridiche*, Università di Trento, Trento, 2006, 7-20.

<sup>86</sup> Contro il rischio di duplicazioni risarcitorie ha sempre messo in guardia la stessa Corte Costituzionale, la quale, fin da Corte cost., 14 luglio 1984, n. 186, *cit.*, ha invitato a particolare cautela nella liquidazione del danno; cautela da intendere non come ottusa contrazione quantitativa delle liquidazioni, ma nel senso di attento controllo sulla qualità delle liquidazioni stesse. Secondo i giudici di legittimità (Cass., 12 agosto 2003, n. 1214, in *Giur. it.*, 2004, 1129) ciò cui deve mirare il sistema risarcitorio -evidentemente sulla scorta dell'idea di risarcimento integrale del danno- è la “riparazione del pregiudizio effettivamente subito”, il che va letto nell'ottica di una concezione unitaria del danno non patrimoniale: la somma complessivamente attribuita alla vittima dev'essere tale da rappresentare, ancorché convenzionalmente, quanto in effetti ed in concreto subito dal danneggiato. Per un'analisi approfondita sui criteri di liquidazione delle voci di danno non patrimoniale cfr. BONA, *Il danno biologico: una veduta d'insieme*, in *Dialoghi sul danno alla persona, cit.*, 160 ss., ove si delineano pregi e difetti della valutazione (e liquidazione), in via analitica o unica, del danno non patrimoniale.

Il danno esistenziale infatti, essendo legato indissolubilmente alla persona, e quindi non essendo passibile di determinazione secondo il sistema tabellare - al quale si fa ricorso per determinare il danno biologico e in percentuale ad esso anche il danno morale -, non può essere ancorato nella sua liquidazione a dei criteri che in via oggettiva facciano corrispondere a diverse soglie di danno un diverso ammontare del risarcimento.

La liquidazione di questi pregiudizi è pertanto rimessa all'equità del giudicante che dovrà col massimo equilibrio verificare la sufficienza delle prove - per lo più di carattere presuntivo - apportate dall'attore e così calcolare il *quantum* risarcitorio. Un limite alla logica equitativa potrebbe ravvisarsi nella possibilità, anzi nell'onere, di ritenere il confronto con i precedenti analoghi in qualche modo vincolante e riferito ad una casistica nazionale<sup>87</sup>.

Comunque si ragioni sul problema probatorio e su quello immediatamente conseguente della quantificazione delle conseguenze non patrimoniali, si è destinati a imbattersi in un senso di insoddisfazione per l'innegabile sapore di indefinito, di assenza di regole univoche. Ancora una volta, assai di recente, è intervenuto il Supremo Collegio nel tentativo di

---

<sup>87</sup> E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ.*, 2008, 3, 500, ritiene che quanto meno per il valore di base del risarcimento che riflette il principio di uguaglianza formale, il confronto con i precedenti a livello nazionale non dovrebbe essere una libera scelta del giudice, bensì un onere che condiziona la ragionevolezza del giudizio proprio in relazione al principio di uguaglianza. Quanto alla concreta applicabilità del metodo, se è vero che solo per il danno biologico il confronto con i precedenti è agevolato dal riferimento alla stima monetaria di un valore omogeneo -il punto di invalidità- mentre per gli altri danni non patrimoniali occorre comparare parametri puramente descrittivi, come la gravità oggettiva dell'offesa e le condizioni della vittima, ciò nondimeno è proprio la regola del precedente a indicare la via per operare un simile raffronto. L'A. ricorda che i sistemi di *common law* si misurano quotidianamente con la diversità di un caso dall'altro e attraverso la tecnica del *distinguish* consentono di ponderare, rispetto ad indici obiettivi, le variabili in concreto rilevanti. Il metodo del precedente, in sostanza, offre la guida per verificare se nel caso concreto si presentino caratteristiche che non incidono sui parametri essenziali della quantificazione del danno rispetto a casi analoghi o che, viceversa, orientano verso un giudizio di maggiore o di minore gravità dell'offesa e, dunque, di maggiore o minore entità del risarcimento.



costruire un più saldo impianto teorico al sistema del risarcimento del danno non patrimoniale.

## 1.2.2. Il danno non patrimoniale dopo il “*restatement*” delle Sezioni Unite del novembre 2008

### 1.2.2.1. Cosa dicono le sentenze

Con l'ormai celebre schiera di sentenze del 2008 la Suprema Corte interviene a ripensare radicalmente la categoria normativa del danno non patrimoniale, al fine di arrestare l'irrimediabile contrasto giurisprudenziale che da anni arrovellava le corti in tema di danno esistenziale.

La voglia di fare chiarezza pervade gli aspetti più svariati del danno non patrimoniale, che la Cassazione non ha difficoltà a definire “unitario”, tanto nella sua struttura che nella sua funzione<sup>88</sup>.

Non c'è posto per l'autonomia concettuale del danno esistenziale<sup>89</sup>, e ancor meno per il danno morale che, insieme al danno biologico vengono con un tratto di penna degradati a concetti utili su un piano meramente descrittivo<sup>90</sup>. Con un ragionamento di chiusura infatti

---

<sup>88</sup> L'idea di recuperare ad unità le molteplici voci di danno alla persona riconducibili al c.d. danno biologico relazionale è leggibile anche nei richiami della Corte alla definizione di danno biologico di cui all'art. 138 del Codice delle assicurazioni, *cit.*

<sup>89</sup> L'estensore puntualizza che col riconoscimento di un'autonoma categoria al danno esistenziale si finirebbe per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione dell'apparente tipica figura del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno. Tale situazione non è voluta dal legislatore, né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione. Il richiamo è a Cass., 15 luglio 2005, n. 15022, in *Mass. Foro it.*, 2005; Cass., 19 maggio 2005, n. 11761, in *Mass. Foro it.*, 2006, 1246 e Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Mass. Foro it.*, 2006, 1937. Sul punto cfr. anche A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, in *Foro it.*, 2009, 126.

<sup>90</sup> La categoria del danno morale, nella sua tradizionale configurazione di *pretium doloris* transeunte, contingente e soggettivo è sicuramente quella più duramente colpita dalle sentenze. Infatti le Sezioni Unite hanno ribadito il venir meno dei due tratti di disciplina che hanno distinto fin dal suo nascere il danno morale soggettivo dalle altre due fattispecie di danno, rendendo quindi inutile il



L'estensore afferma che il danno non patrimoniale non è categoria suscettibile di divisione in sottocategorie.

Nel tentativo di ridisegnare i tratti del danno non patrimoniale<sup>91</sup>, i giudici prendono le mosse dalla constatazione di un dato ovvio, oltretutto già evidenziato dalle sentenze gemelle del 2003: il sistema bipolare prefigurato dal Codice civile non comporta una duplicità di illeciti, ma solo una duplicità di danni risarcibili; va da sé che l'accertamento del danno *ex* 2059 c.c. (sotto la cui egida vengono riportate tutte le figure di danno non patrimoniale) va fatto seguendo i criteri dell'art. 2043 c.c.

La differenza tra le due tipologie di pregiudizio pertanto va colta a livello dell'ingiustizia del danno: finché si tratta di reintegrare la consistenza patrimoniale del danneggiato è sufficiente accertare l'avvenuta lesione di un qualsivoglia interesse rilevante per l'ordinamento giuridico. Quando si passa a considerare il danno non patrimoniale, impera per contro il principio della tipicità, giacché vi è la presenza del rinvio ai "casi determinati dalla legge"<sup>92</sup>: si spazia dal danno provocato dal fatto-reato,

---

mantenimento di un ambito di autonomia dello stesso. Non solo è venuta meno la concezione del danno morale come danno *in re ipsa*, ma ne è stata anche abbandonata la connotazione punitiva (manovra già attuata con le Cass., 17 febbraio-12 maggio 2003, n. 7281 e 7283, in *Foro it.*, 2003, 2272, con nota di NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*), in quanto il danno morale corrisponde ad una lesione subita dal danneggiato e ad essa è ragguagliato l'ammontare del risarcimento (idea già presente in Cass., 17 febbraio-12 maggio 2003, n. 7282, in *Dir. giust.*, 24 maggio 2003, f. 22, 11 con nota di F. PECCENNINI; Cass., 17 febbraio-12 maggio 2003, n. 2782 e 2783, *cit.* e Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2 007, I, 1461 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi? No grazie*). Tuttavia sembra che la Corte recuperi un minimo margine di autonomia al danno morale in fase di compensazione dei pregiudizi, segnando dei criteri di differenziazione tra le varie voci di danno ed escludendo la riduzione del danno morale a mera percentuale del danno biologico. Inoltre l'opinione delle Sezioni Unite impone un non facile compito di chiarire a) quando ci sia solo sofferenza soggettiva, b) a che livello la sofferenza soggettiva diventi parte di una lesione dell'integrità psico-fisica e, in ogni caso, c) come tale lesione debba essere quantificata. V. S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, in *Danno e Resp.* 2009, 45 ss.

<sup>91</sup> Il danno non patrimoniale viene una volta e per tutte identificato col danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati di rilevanza economica.

<sup>92</sup> Già le sentenze gemelle del 2003 avevano ridefinito il rinvio di cui

all'art. 32 Cost., in tema di danno alla salute, ecc. Ovviamente quando il rinvio ai casi determinati dalla legge è pieno, cioè è diretto ad una specifica norma di legge, l'interprete non deve svolgere nessun'altra indagine; laddove questo rinvio non sia pieno, egli è chiamato ad operare con prudenza per valutare se ammettere il risarcimento del pregiudizio concretamente verificatosi.

Come il danno patrimoniale - prosegue la Corte - anche quello non patrimoniale va sottoposto non solo al giudizio attinente alla meritevolezza dell'interesse leso, sotto il profilo dell'ingiustizia del danno, ma anche a quello relativo alla sussistenza delle conseguenze di quella lesione. Lungo tale linea argomentativa si colloca infatti la negazione della qualificazione del danno non patrimoniale in termini di danno *in re ipsa* e, conseguentemente della funzione tendenzialmente punitiva della RC, funzione che tra l'altro non è mai appartenuta alla tradizione del danno alla persona<sup>93</sup>.

Va da sé che ora la vittima dell'illecito deve provare sia l'ingiustizia del danno, sia le conseguenze della lesione. La Cassazione però affianca a questa disciplina alquanto "scomoda" per la vittima la regola della prova presuntiva, che, come già da giurisprudenza costante, è parificata agli altri mezzi probatori<sup>94</sup>.

La negazione dell'autonomia risarcitoria del danno esistenziale rispetto al danno non patrimoniale è funzionale, nell'economia della

---

all'art. 2059 c.c. e attraverso questa tecnica erano giunte ad attribuire il risarcimento del danno non patrimoniale in caso di lesione degli interessi (o valori) della persona di rilievo costituzionale. Oggi la selezione tipizzata del danno *ex art. 2059 c.c.* può così sintetizzarsi: selezione *ex ante* (operata dal legislatore) o selezione *ex post* (operata dal giudice attraverso la rilevazione di un *contra jus* costituzionale, nel 2003 genericamente definito "interessi" e "valori", ora ulteriormente specificato nella locuzione "diritti inviolabili").

<sup>93</sup> Una funzione punitiva del risarcimento la si può ritrovare nei campi del torto e del danno non patrimoniale derivanti da reato (art. 185 c.p.), a riprova che nel vigente ordinamento l'idea della punizione non è del tutto estranea al risarcimento del danno, così come la condotta dell'agente non è sempre indifferente. Sicuramente però si è ben lontani dall'istituto anglo-sassone dei *punitive damages*, i quali riguardano ipotesi che travalicano le fattispecie di reato per ricollegarsi a illeciti solo civili.

<sup>94</sup> Cfr. Cass., sez. lav., 6 luglio 2002, n. 9834, in *Mass. Foro it.*, 2002.

motivazione delle S.U., ad invalidare l'uso disinvolto della categoria del danno esistenziale con la quale, in ripetute occasioni<sup>95</sup>, la giurisprudenza dei Giudici di Pace aveva ammesso la risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi sempre più “fantasiose, ed a volte risibili”<sup>96</sup>.

Il ragionamento dei Supremi giudici si concentra sulla solidarietà intesa in termini di tolleranza reciproca tra consociati: il principio di cui all'art. 2 Cost. viene utilizzato dai giudici non più per incrementare le ipotesi di risarcimento del danno, ma all'opposto per bilanciare opposte pretese e conseguentemente negare la riparazione auspicata. E gli appigli argomentativi utilizzati per approdare a tale soluzione si ritrovano sia nell'ingiustizia del danno (criterio che racchiude in sé tanto la lesione di un determinato interesse, quanto la particolare gravità dell'offesa)<sup>97</sup>, sia nella mancanza di conseguenze atte a legittimare un risarcimento.

Il dovere di tolleranza derivante dalla convivenza sociale impedisce infatti di apprezzare come pregiudizievoli alcune conseguenze che si subiscono per effetto della condotta altrui, allo scopo di arginare l'altrimenti non controllabile ondata di danni c.d. bagatellari<sup>98</sup>. Gli illeciti

---

<sup>95</sup> Cfr. ad es., Giud. di pace Bari, 22 dicembre 2003, in *Danno e Resp.*, 2004, 880, con note di L. CAPUTI, *Liti bagatellari, dal paradosso al parossismo: il danno da disappunto per illegittima introduzione di volantini pubblicitari nelle cassette di posta*, e di G. CATALANO, *Di cassette per la corrispondenza piene e danno “esistenziale” derivante*; Giud. di pace Napoli, 26 febbraio 2004, in *Danno e Resp.*, 2005, 433, con nota di F. DI BONA DE SARZANA, *Sciopero dei farmacisti e responsabilità*; Giud. di pace Caloria, 13 luglio 2005, n. 2781, in *Danno e Resp.*, 2006, 54 con il commento di G. PONZANELLI, *Le pericolose “frontiere della responsabilità civile: il caso dei danni da blackout elettrico*; Giud. di pace Napoli, sez. I civ., 27 marzo 2006, in *Dir. e giur.*, 2007, 111, con nota di M. FEOLA, *Il danno esistenziale del tifoso napoletano*.

<sup>96</sup> In questi termini si esprimono proprio le sentenze delle Sezioni Unite, 11 novembre 2008, *cit.*, nella parte comune dedicata all'“Esame della questione di particolare importanza”, § 3.2. (*in fine*). L'obiettivo era quello di impedire la formulazione dell'equazione integrale risarcimento del danno - risposta monetaria a qualsivoglia doglianza del singolo.

<sup>97</sup> Questo passaggio risente, in particolare, dell'influenza di E. NAVARRETTA, *Ripensare il sistema del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ.*, 2004, 3; ID., *Il danno non patrimoniale. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004.

<sup>98</sup> Con questa formula si intendono tanto le cause risarcitorie in cui il danno consequenziale è futile o irrisorio, quanto quelle in cui il danno, pur essendo oggettivamente serio è tuttavia, secondo la coscienza sociale,

suscettibili di determinare questo tipo di danno vengono ora espunti dal sistema di tutela e, salvi i casi determinati dalla legge ordinaria, solo la lesione di un diritto inviolabile alla persona - non astrattamente, bensì - concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale<sup>99</sup>.

In conclusione, bilanciando i principi di solidarietà e tolleranza attraverso il doppio filtro della serietà del danno e della gravità della lesione, la Suprema corte perviene ad ammettere il risarcimento solo se si è superato un certo livello di tollerabilità<sup>100</sup>, contemplando pertanto un'area entro cui i diritti inviolabili possono essere impunemente violati. Il giudice, dal canto suo, è chiamato ad accertare la presenza o meno dei suddetti filtri secondo il parametro costituito dalla “coscienza sociale in un determinato momento storico”<sup>101</sup>.

Dopo aver delineato il danno non patrimoniale in termini unitari la Corte propone un modello di liquidazione unitaria, ritagliato sulla peculiarità del caso concreto e improntato al canone secondo cui le minime lesioni vanno tollerate da chi le subisce. Per evitare duplicazioni delle poste risarcitorie, infatti, non si ragiona più in termini di sommatoria di singole voci (come accadeva nella pratica passata), da cui far scaturire il

---

insignificante o irrilevante per il livello raggiunto.

<sup>99</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, *cit.*, afferma che non sarebbe corretto, “per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva, il diritto ad essere felici”.

<sup>100</sup> Il ragionamento è espresso nel seguente passo della motivazione: non c'è ingiustizia del danno, in mancanza di gravità dell'offesa, “nel caso di un graffio superficiale dell'epidermide, del mal di testa per una sola mattinata conseguente ai fumi emessi da una fabbrica, del disagio di poche ore cagionato dall'impossibilità di uscire di casa per l'esecuzione di lavori stradali di pari durata (in quest'ultimo caso non è leso un diritto inviolabile, non spettando tale rango al diritto alla libera circolazione di cui all'art. 16 Cost., che può essere limitato per varie ragioni)”.

<sup>101</sup> Il criterio suddetto è già stato molto utilizzato, soprattutto in materia di lavoro o disciplinare: cfr. Cass., sez. lav., 4 dicembre 2002, n. 17208, in *Lavoro giur.*, 2003, 344, con nota di MANNACIO, *Gravità delle mancanze e giusta causa di licenziamento*; e in *Dir. e pratica lav.*, 2003, 341 (m), con nota di PETRUCCI, *Licenziamento per giusta causa: il disvalore ambientale della condotta*; Cass., sez. lav., 4 maggio 2005, n. 9266, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2005, 775; Cass., Sez. Un., 19 novembre 2002, n. 16265, in *Mass. Foro it.*, 2002.

*quantum* del risarcimento finale, bensì è bene muovere dalla figura che è più prossima a descrivere la perdita subita, eventualmente correggendo il calcolo del danno con criterio equitativo (si veda il § 4.9 delle quattro sentenze). Certo, se le tabelle fissate dai tribunali continueranno ad essere impiegate, esse andranno modificate, in quanto esse sono destinate a diventare il punto di riferimento per riparare tutte le fattispecie di pregiudizio e non più il solo danno biologico.

Così delineati alcuni punti chiave delle sentenze del novembre 2008, ci si chiede se e quando cambierà il sistema di risarcimento del danno alla persona, o se nulla sia cambiato, a dispetto della cancellazione del danno esistenziale e di un più rigoroso regime probatorio per il danno da sofferenza. Dopo anni di vane discussioni sarebbe auspicabile che il sistema di risarcimento del danno non patrimoniale trovi un ragionevole equilibrio. La veloce disamina dei punti salienti di un gruppo di sentenze coeve, che già a qualche mese di distanza dalla loro pubblicazione vengono spesso additate a veri e propri *grands arrêts* della materia che ci occupa, dimostra tuttavia come l'evoluzione giurisprudenziale non si fondi su argomentazioni sempre convincenti, a conferma di quanto sia difficile elaborare in via pretoria una rigorosa regola di chiusura per il sistema di riparazione del danno non patrimoniale.

#### **1.2.2.2. I problemi sollevati dalla dottrina**

Seppur apprezzabile, il contributo apportato dalle quattro sentenze non ha quindi pienamente soddisfatto né i fautori, né le voci critiche del danno esistenziale.

A dispetto di un generale apprezzamento per la rinneazione della categoria del danno esistenziale, i dubbi sollevati dalla dottrina sono numerosi e in larga parte, come vedremo, condivisibili.

Le critiche hanno raggiunto la base stessa del ragionamento delle Sezioni Unite, relativa alla contrapposizione tra atipicità del danno patrimoniale e tipicità del danno non patrimoniale. Infatti la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., attribuita già alle sentenze

gemelle del 2003<sup>102</sup>, ha reso intrinsecamente debole il riferimento - ribadito nel novembre 2008 - alla tipicità del danno non patrimoniale, dato che il catalogo delle posizioni soggettive tutelate dalla Costituzione non è caratterizzato da numero chiuso, ma è continuamente soggetto ad espansioni legate al variare delle esigenze sociali<sup>103</sup>.

Secondo un commentatore<sup>104</sup>, la visione statica e formalistica (poiché ispirata alla tipicità) della S.C. (giustificabile solo allorché il diritto, come quello penale, pone limiti e condizioni alla libertà e ai diritti della persona) sarebbe in contraddizione con la prospettiva civilistica, che, invece, sarebbe dinamica e garantistica. La critica muove dalla valorizzazione di quanto le stesse Sezioni Unite ebbero ad affermare nella sentenza n. 500 del 1999, ovvero che, non potendo l'interprete stabilire a priori quali siano gli interessi meritevoli di tutela, compito del giudice è quello di "procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, [...] ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, [...] al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta in ragione della sua prevalenza"<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 412, fa notare le dissonanze intercorse tra le sentenze gemelle del 2003 e quelle in commento. L'indirizzo inaugurato dalle prime era stato assai chiaro nell'evitare di compromettere la risarcibilità del danno non patrimoniale con l'art. 2043 c.c. (norma regolativa del danno-evento) valorizzando invece la norma di rinvio dell'art. 2059 c.c. Ora, tale linea non è più così precisa nella pronuncia delle Sezioni Unite là dove esse insistono sul collegamento con l'art. 2043 c.c., così che anche la risarcibilità del danno-conseguenza possa sottrarsi in certa misura alle forche caudine dell'art. 2059 c.c.

<sup>103</sup> M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale nel diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 5; A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, in *Foro it.*, 2009, I, 126; R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*, in *Foro it.*, 2009, I, 131; S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 418.

<sup>104</sup> A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e Resp.*, 2009, 32.

<sup>105</sup> Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, con nota di A. GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 356.

La concezione formale e statica della tipicità dei “diritti inviolabili” contrasterebbe dunque col carattere relazionale del giudizio d’ingiustizia, che si risolve nella istituzione di un ordine assiologico di prevalenza tra le contrapposte posizioni soggettive dell’agente e della vittima, attraverso l’individuazione di criteri decisori determinabili solo *a posteriori* e solo attingendo al sistema, esplorato nella globalità dei suoi valori e principi<sup>106</sup>.

L’ambiguità sottesa ad una forzosa categorizzazione dei danni risarcibili (tra patrimoniali e non) è altresì dimostrata dal fatto che, a ben vedere, una forma di tipicità, sia pure relativa, è anche propria dei danni patrimoniali, se è vero che l’ingiustizia del danno presuppone la lesione di una situazione soggettiva o comunque un interesse ritenuto giuridicamente rilevante<sup>107</sup>.

Infatti, in un dato momento storico è teoricamente possibile individuare tutti gli interessi tutelati, che risultano quindi tipizzati poiché necessariamente collegati ad una norma che ne prevede la tutela<sup>108</sup>.

La tesi della tipicità del danno non patrimoniale viene ulteriormente criticata poiché si fonda su un’antinomica correlazione tra il “fatto illecito atipico” e la presunta “tipicità del danno non patrimoniale risarcibile”, così confondendo tra norma di fattispecie (art. 2059 c.c.) e norma di disciplina (art. 2043 c.c.) che quella fattispecie presuppone. Il fatto generatore del danno ingiusto - si aggiunge - appartiene a una struttura aperta dell’illecito civile, e in questo senso il fatto è sempre “atipico”, quale che sia la specie di danni (patrimoniali e non) ad esso collegata<sup>109</sup>.

In realtà, la bipolarità non può riguardare il danno, inteso come pregiudizio, ma la predeterminazione, o meno, del catalogo degli interessi ammessi a tutela, pena lo scivolamento dal piano dell’evento a quello delle

---

<sup>106</sup> SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 49.

<sup>107</sup> DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l’esito?*, *cit.*, 411.

<sup>108</sup> PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, *cit.*, 418.

<sup>109</sup> M. DI MARZIO, *Danno esistenziale, ancora contrasti nonostante il “conforto” costituzionale*, in *Dir. e giust.*, 2005, 17; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un “de profundis” per il danno esistenziale*, *cit.*, 36.



conseguenze, che è proprio l'addebito mosso dagli esistenzialisti (§ 3.6, Cass. 11 novembre 2008, n. 26973)<sup>110</sup>.

L'attacco rivolto dai primi commentatori non risparmia un ulteriore criterio di selezione dei danni risarcibili, segnatamente quello della serietà del danno, sdoganato in parallelo con quello della gravità della condotta lesiva<sup>111</sup>.

La pretesa di eccettuare i pregiudizi non gravi implica che i diritti costituzionalmente inviolabili possano essere impunemente violati, se il pregiudizio è contenuto (e nonostante l'ingiustizia della lesione). Ma i diritti inviolabili, se sono tali, dovrebbero essere sempre risarciti, dunque gravità dell'offesa e serietà del danno dovrebbero operare come criteri di risarcimento e non come criteri di selezione dei danno non patrimoniale<sup>112</sup>.

Se si volesse accettare la tesi della Cassazione, lo sbandamento sarebbe ancor più plateale, ove si pensi che in presenza di diritti inviolabili un futile danno non sarebbe risarcito, mentre dinnanzi a un reato, indipendentemente dalla gravità del pregiudizio, il risarcimento sarebbe concesso<sup>113</sup>.

A conti fatti, nell'escogitare l'endiadi serietà-gravità, la Corte vorrebbe valersi della minima gravità dell'offesa e della futilità del danno-conseguenza per affermare i principi di solidarietà e tolleranza di cui all'art. 2 Cost. La formula, a prima lettura affascina poiché rivela il tentativo di ancorare il risarcimento del danno non patrimoniale a criteri esteriori e parametrabili<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> PARDOLESI-SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*, cit., 131.

<sup>111</sup> Secondo DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?*, cit. 414, di tipicità del danno non patrimoniale potrebbe parlarsi, proprio ancorando l'esistenza del danno ai criteri di gravità e serietà.

<sup>112</sup> G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2009, I, 138.

<sup>113</sup> PARDOLESI-SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile)*, cit., 132.

<sup>114</sup> Per DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?*, cit., 414, i limiti fissati dalla Cassazione, nel silenzio della legge al riguardo, rappresentano il vero apporto creativo del giudice e possono essere ricondotti al principio, non scritto, secondo cui devono essere risarcibili solo i pregiudizi dotati di



Infatti, la considerazione posta sul criterio di gravità della lesione implica che il relativo risarcimento risponda non solo alla funzione compensativa (soddisfatta di per sé dall'attenzione rivolta al danno), ma anche alla deterrenza sottesa all'operare della RC. Tuttavia la tecnica utilizzata dalla Corte per affermare tale assunto può essere censurata sotto un altro profilo che qui può solo accennarsi, ma che meriterebbe ben altri approfondimenti. Ritengo infatti che l'appiglio normativo dell'art. 2 Cost. non possa reggere il compito affidatogli dalla Cassazione, giacché, fino a prova contraria, la solidarietà a cui fa riferimento la norma primaria si indirizza alle istituzioni ed è destinata ad essere mediata dal diritto pubblico attraverso le leve dell'imposizione fiscale, senza venire in rilievo sul piano privato *tout-court*<sup>115</sup>.

Accettare la logica della tolleranza implica il dovere di riflettere sui risvolti che essa produce. Innanzi tutto, ci si dovrebbe chiedere se la tutela costituzionale della famiglia sancita agli art. 29 e 30 Cost. sia rilevante non solo in ambito eso-, ma anche endo-familiare. In tal caso infatti, il principio di tolleranza andrebbe applicato per analogia ai rapporti tra familiari. Anzi, a maggior ragione esso potrebbe giustificare il pregiudizio arrecato a un membro della famiglia, giacché nel terreno domestico sembra più facilmente accettabile il fatto di subire un torto - non connotato da notevole gravità - dal proprio parente. Inoltre, per il principio di cui all'art. 2 Cost. anche i danni patrimoniali da contratto, se futuri, dovrebbero andare esenti da risarcimento. Ma, come ben si sa, così non è.

Volgendo lo sguardo alla tendenza “riduzionista” delle Sezioni Unite e alle sue conseguenze, qualcuno ha messo in luce la diversità qualitativa tra le varie sotto-voci del c.d. danno biologico relazionale e la

---

significanza e rilevanza sociali, e non disagi o stati d'animo, molto spesso frutto di fantasie delle vittime di illeciti. È questo in definitiva il vero limite che può incontrare un danno definito “esistenziale”, che spesso si rivela di dubbia consistenza in termini fattuali e la cui risarcibilità si espone facilmente a strumentalizzazioni di ogni sorta.

<sup>115</sup> A. BARBERA, *sub.* art. 2 Costituzione, in Commentario BRANCA, Bologna, 1975.

conseguente difficoltà di liquidarne il danno mediante un calcolo unitario<sup>116</sup>.

Il problema sussiste soprattutto in caso di distinzione tra danno biologico e danno morale<sup>117</sup>. Esclusa la possibilità di liquidare il danno morale in percentuale di quello biologico la Cassazione propone di risarcire il primo attuando una personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze patite dalla vittima. In concreto però i parametri che i giudici dovrebbero adottare per la valutazione del danno morale sono del tutto diversi da quelli utilizzati per il danno biologico.

Inoltre, la mancata individuazione dell'esatto ammontare di ciascuna voce significa non poter controllare, anche da parte del giudice di legittimità, l'esistenza di una risposta motivata sui diversi capi del dispositivo della sentenza di merito. La Corte, adottando un modello di *globalisation* (peraltro conosciuto dal diritto francese<sup>118</sup>), ma già rigettato

---

<sup>116</sup> PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, cit., 42. Il fronte dei commentatori non è però compatto: PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, cit., 419, ritiene che il risultato a cui è pervenuta la sentenza non appare di grande rilievo sistematico ma soprattutto risulta privo di conseguenze di ordine pratico dal punto di vista dell'ammissibilità del risarcimento.

<sup>117</sup> DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?*, cit., 413, specifica che il danno morale andrà pertanto ricondotto alla sua valenza meramente soggettiva, laddove, ove complicato da degenerazioni patologiche, è destinato a confluire nel danno biologico. Sarà invece quest'ultimo pregiudizio, nel suo aspetto dinamico, a doversi espandere, a scapito di altre voci di danno.

<sup>118</sup> P. RESCIGNO, *Il danno non patrimoniale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1985, 21, spiega che all'avviso della dottrina francese più qualificata, l'adozione di un regime normativo indifferenziato conduce alla perdita d'autonomia delle singole voci di danno, favorita dalle tendenze giurisprudenziali a *globaliser* tutte le conseguenze dannose del fatto lesivo. Così, i *préjudices physiologiques* vengono piegati a una totalizzante logica produttivistica quando si tende a inglobarli artificialmente nel calcolo delle *pertes de revenus*. Altrimenti, essi vengono appiattiti al livello di meri *préjudices moraux*, per i quali, a loro volta, si prospetta una risarcibilità teoricamente illimitata e ancorata a criteri compensativi, senza che si possa, almeno in teoria (in pratica viene già fatto, seppur senza ostentarlo, dalle corti), tener conto dell'illecito in consonanza con la funzione punitiva propria di tali danni. Le conclusioni tratte dal sistema francese potrebbero condurre pertanto al paradosso: il sistema teoricamente più aperto alla risarcibilità dei danni che sono di difficile (*préjudices physiologiques*) o addirittura

dalla giurisprudenza esagonale) pare pertanto creare un sistema che, non consentendo di poter verificare ipotesi di *over-compensation* o di *under-compensation*, si pone in conflitto col principio-base della RC, ovvero quello della riparazione integrale<sup>119</sup>.

La Suprema Corte d'oltralpe, all'opposto della nostra, considera oggi la tecnica di valutazione c.d. "*toutes causes de préjudices confondues*" come una prassi che giustifica la cassazione della decisione di merito, nella misura in cui non consente di discernere l'indennità allocata a titolo di danno biologico da quella "di carattere personale, corrispondente alle sofferenze fisiche e morali" (artt. L. 397 e L. 470 *Code séc. soc.*).

Per completare il quadro delle critiche levatesi all'indirizzo delle sentenze in commento va inquadrato il problema inerente ai mezzi di prova del danno non patrimoniale. La ritenuta legittimità delle prove presuntive da parte della Corte sembra aver distrutto l'argine artificiale al risarcimento dei danni esistenziali che era stato costruito dai consequenzialisti, rendendo puramente illusoria la soluzione sdoganata dalle Sezioni Unite attraverso la negazione del danno *in re ipsa*<sup>120</sup>.

---

impossibile (*préjudices moraux*) parametrizzazione, diverrebbe in pratica un sistema dominato dalla concezione economica e più puntualmente pecuniaria del danno.

<sup>119</sup> L'incongruo modello della "globalizzazione" era già stato proposto da Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 *cit.*, 824, ma non aveva avuto seguito in giurisprudenza, merito anche delle feroci critiche apportate da F.D. BUSNELLI (in *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e Resp.*, 2003, 828 ss.). Tra le attuali soluzioni proposte in dottrina spicca quella di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, *cit.*, 42, che opta per mantenere distinti i criteri di liquidazione del danno non patrimoniale: metodo del *calcul au point* per il danno biologico (peraltro già fatto proprio dal legislatore nel Codice delle assicurazioni) e di un calcolo affidato a parametri standard per il danno morale. Per liquidare quest'ultimo, prevede di suddividere il dolore in varie "classi" in funzione della loro intensità e durata, in modo da contemperare la valutazione in astratto con quella in concreto. Ciascuna delle classi scalari (*très léger – léger – modéré – moyen – assez important – important – très important*) è poi collegata ad una *fourchette* che individua, sulla base dei precedenti, i valori minimo e massimo del danno. Tale valutazione può essere oltremodo personalizzata in funzione dell'età, del sesso e, in generale, dell'effettiva incidenza sulla complessiva personalità del soggetto leso.

<sup>120</sup> FEOLA-PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 461; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il*

I dubbi espressi dalla dottrina in merito alla validità delle presunzioni consentono di disquisire in tale sede sui caratteri e le finalità applicative di tale mezzo probatorio.

La presunzione è infatti “un mezzo di prova che non si presta ad essere guidato da regole risolutive e che, per sua natura, sottostà alla mutevolezza delle situazioni del caso concreto, operando per far fronte all’incompletezza dei dati disponibili e così realizzare, o meno, un giudizio di derivazione causale volto a ritenere integrata l’esistenza del fatto rimasto ignoto”. L’indeterminatezza di cui si ammanta tale strumento è palese, poiché il giudice ha libera scelta sulla possibilità di applicare o meno una certa regola al caso di specie per integrare il giudizio sul fatto. Ora, la prova del danno non patrimoniale si rivela spesso di dubbia consistenza in termini fattuali e di conseguenza la presunzione diventa un mezzo probatorio opportuno. Tuttavia, proprio a causa di siffatte caratteristiche, la risarcibilità del danno si espone facilmente a strumentalizzazioni di ogni sorta. Infatti, sfruttando lo strumento presuntivo il giudice ha il potere di stabilire con quali criteri valutare il caso di specie e di conseguenza determinare i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale. E tale facoltà gli deriva direttamente dalla natura argomentativa della presunzione semplice per cui attraverso la presunzione “le argomentazioni sul fatto noto possono costituire strutture del giudizio sull’esistenza del fatto ignorato. Attraverso la presunzione il giudice cerca di integrare il giudizio sul fatto ricercando persuasione e consenso per la sua argomentazione inferenziale”<sup>121</sup>.

---

*danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un “de profundis” per il danno esistenziale, cit.*, 36. Sull’ammissibilità della prova per presunzioni si era già espressa Cass., 12 giugno 2006, n. 13546, in *Danno e Resp.*, 2006, 846.

<sup>121</sup> I virgolettati sono di IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale* (e-book), <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001253/>, UNITN e-prints, 2007, 159 ss.; ma già, in senso analogo, F. CORDOPATRI, voce *Presunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, Milano, 274, 296; M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 101-102, “[il ragionamento presuntivo] implica che la presunzione nasca da un’inferenza (e non da un salto meramente intuitivo) della quale siano individuabili le ragioni ed i limiti di validità (in relazione alla regola assunta come criterio di giudizio), e che consenta di individuare lo *status*

È difficile non scorgere nel procedimento argomentativo-presuntivo un'area di arbitrarietà che solo il giudice potrà gestire/controllare, stante l'esigua intensità prodotta dai limiti della gravità, precisione e concordanza (degli indizi) apposti al suo libero apprezzamento dal legislatore.

L'analisi delle argomentazioni di fatto utilizzate dal giudice per statuire sulla esistenza e sulla consistenza del danno non patrimoniale costituirà l'unico metodo per controllare la logicità dell'allocazione di questa voce di danno. La valorizzazione del criterio di gravità del fatto, immediatamente percepibile dai consociati, pare dunque il metodo migliore per poter verificare le scelte delle corti relativamente al risarcimento del danno non patrimoniale, risarcimento la cui valutazione si fa ancor più ardua giacché la prova per presunzioni non consente al giudice di effettuare una valutazione sempre nettamente distinta in merito all'*an* e al *quantum* risarcitorio.

### **1.2.3. Danno e funzioni della RC nel contesto familiare: rinvio**

Il susseguirsi frenetico di soluzioni adottate per definire i criteri di ammissibilità e quantificazione del risarcimento del danno non patrimoniale è profondamente legato alla natura che il giurista, a seconda dell'epoca vissuta e dei valori condivisi (o considerati), attribuisce al rimedio della RC. Ragionare in merito alla bontà di un sistema di RC significa quindi scandagliare i fondali più profondi del sistema stesso per scoprirne l'essenza ed i motivi che ne hanno condizionato il funzionamento in una direzione piuttosto che in un'altra.

Se la RC è un meccanismo giuridico che al ricorrere di date condizioni trasla i costi derivanti da un danno sofferto da un consociato ad un altro consociato, pensare alla RC in un'ottica funzionale consente di comprendere le ragioni sottese al costo che la condotta lesiva fa ricadere

---

logico e conoscitivo dell'asserzione conclusiva inerente al *factum probandum*. Siffatta esigenza di razionalità equivale, in sostanza, ad un'esigenza di controllabilità”.

sulla sfera dei protagonisti dell'illecito, segnatamente la vittima e l'agente<sup>122</sup>.

In altre parole, la difficoltà di costruire un efficiente sistema di RC si gioca sulla corretta allocazione dei costi tra parti in causa: far ricadere il costo del danno sull'agente piuttosto che sul soggetto leso, implica attribuire all'illecito aquiliano funzioni diverse. Uno studio funzionale del sistema evidenzia quali differenti momenti applicativi discendano dalla differente natura riconosciuta all'istituto studiato<sup>123</sup>.

L'atipicità delle forme di illecito civile presuppone che la regola da applicare al caso concreto abbia natura tanto diversa, quanto diverso è l'illecito da sanzionare<sup>124</sup>.

Il tema delle funzioni va dunque esaminato in questa sede in relazione agli illeciti endofamiliari, fattispecie spesso diverse tra loro, ma tendenzialmente implicanti gli stessi problemi, valori e soprattutto lo stesso tipo di pregiudizio, dunque ricollegabili ad un "insieme unitario".

Il ragionamento potrebbe generalizzarsi (e così si farà per comodità espositiva) a tutte le fattispecie di illecito produttivo di un danno non patrimoniale, ma, quando si discute di famiglia, entrano in gioco circostanze peculiari (quali l'esistenza di un contesto in cui il valore delle dinamiche emotive e pulsionali è o può essere assai intenso) tali da auspicare la costruzione di un sistema di RC "su misura" che orienti la propria disciplina in funzione della finalità che si vuol dare al sistema aquiliano in questo specifico ambito<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1994, 19.

<sup>123</sup> BONILINI, *Il danno non patrimoniale, cit.*, 257, rileva come l'importanza di un'analisi funzionale della RC "non nasca da una semplice esigenza di rigore dogmatico -pur da sola altamente riguardevole-, bensì da quella di vedere esaurientemente chiarito ogni momento applicativo della riparazione. [...] Dalla determinazione del fondamento dell'istituto in esame dipendono, ad es., le condizioni di esercizio dell'azione in riparazione, a tacere dell'influenza che va ad esercitare sul valore da riconoscersi all'intensità colposa del danneggiante, e quindi, in definitiva, sul *quantum* che il giudice liquiderà in favore della vittima".

<sup>124</sup> P.G. MONATERI, *La responsabilità civile, Giuridica - Universitaria*, Torino, 1998, 4 ss.

<sup>125</sup> Per BONILINI, *Il danno non patrimoniale, cit.*, 389 ss., ad es., criterio guida insostituibile per determinare la liquidazione del danno non patrimoniale può essere quello di proporre regole operazionali che traggano la loro

Un'analisi della RC e delle sue funzioni in chiave comparatistica ha sempre giovato al nostro sistema aquiliano, che per storia e tradizione ha guardato al modello francese come ad un modello di riferimento culturale, con un'intensità che ha subito in varie fasi storiche l'influsso concorrente del modello tedesco. Ecco che il modello transalpino in materia di torti endofamiliari potrebbe fungere da guida per delineare con chiarezza il ruolo che la disciplina aquiliana municipale dovrebbe giocare tra marito, moglie e famiglia considerata nel suo insieme<sup>126</sup>.

L'analisi funzionale fatta negli anni Ottanta da un affermato giurista in tema di risarcimento del danno non patrimoniale vanta una rara chiarezza e una disarmante attualità, a dimostrazione dell'efficacia delle teorie dottrinali succedutesi nel tempo<sup>127</sup>. Tale autore individua tre principali linee direttrici su cui si muove la natura del danno assegnato alla vittima dell'illecito<sup>128</sup>, rispettivamente risarcitoria, satisfattiva e sanzionatoria<sup>129</sup>.

Prima di passare in rassegna i vari fondamenti della RC va premesso che al trasferimento del danno non è mai sottesa una sola

---

legittimazione dall'appurata finalità afflittiva del rimedio riparatorio. V. anche CHINDEMI, *Danno non patrimoniale: il doppio binario del danno biologico ed esistenziale*, cit., 7-20; NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, cit., 500 ss.

<sup>126</sup> La comparazione tra i modelli francese ed italiano è ancora più opportuna dal momento che oggi, a causa dell'evoluzione conosciuta dal nostro sistema di RC negli ultimi sessant'anni, il modello italiano si è sostanzialmente riavvicinato a quello d'oltralpe. Tuttavia non è da trascurare il ruolo centrale giocato dalla Costituzione nell'ordinamento nostrano per valutare la sistematica del danno non patrimoniale.

<sup>127</sup> BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 256 ss.

<sup>128</sup> Alcuni autori ravvisano un quarto fondamento della RC avente natura mista (si tratta della combinazione della funzione afflittiva e satisfattoria), tuttavia esso è da scartare perché privo di autonomia concettuale. V. A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, 70; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, vol. II, Torino, 1962, 845; M. ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, VII ed., Milano, 1962, 389.

<sup>129</sup> Nonostante l'autorevolezza della tesi di Bonilini che identifica tre distinti fondamenti della RC, mi sembra più opportuno considerare i primi due in una prospettiva unitaria, visto che ragionare in termini di "risarcimento" o "soddisfazione" implica un'attenzione tutta risposta sul soggetto leso, mentre la riflessione sui connotati deterrenti della natura dell'istituto rinvia alla sfera del soggetto danneggiante.



funzione, giacché è il bilanciamento tra i diversi fondamenti di un istituto che riesce a determinare l'equilibrata allocazione dei costi (tra danneggiante e danneggiato) cui si accennava poco fa<sup>130</sup>.

La prima opinione attribuisce al trasferimento del danno una natura squisitamente risarcitoria. La funzione risarcitoria della RC, tra tutte, è la prediletta del giurista del nostro tempo; anche le ultime pronunce delle Sezioni Unite in materia di danno non patrimoniale lo hanno ribadito<sup>131</sup>.

Tuttavia l'etimologia e la storia insegnano che l'attività di risarcimento è più facilmente concepibile nei riguardi di quelle conseguenze pregiudizievoli che possono giovare, per la loro valutazione, di parametri fondamentalmente oggettivi; cosa che il danno non patrimoniale mal si presta a fare. Se si focalizza il significato del termine risarcimento, cioè l'attività che allude a un'attività materiale o economica atta a ristabilire (attraverso una stima fondata su criteri oggettivi) il patrimonio nello stato in cui si trovava prima del verificarsi dell'illecito, è ancor più evidente l'incompatibilità col concetto di "extrapatrimonialità". Ciò dimostra la difficoltà di estendere il risarcimento a questo tipo di danno, stante l'impossibilità di assegnargli un equivalente in denaro<sup>132</sup>.

Una seconda linea di pensiero mira a dimostrare la natura soddisfacente della riparazione del danno: le sensazioni dolorose che accompagnano il momento afflittivo, nel corso del quale il danno viene appunto "inflitto", dovrebbero annullarsi attraverso la somma di denaro ricevuta. Molti sono stati i sostenitori di questa posizione, a conferma che l'idea compensativa non è improponibile<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> Userò il termine «trasferimento» in luogo del termine riparazione, con una scelta volutamente atecnica che sottolinea la neutralità teleologica del termine impiegato: un trasferimento di danaro, che, in questa sua nuda accezione, non è né sanzionatorio, né compensativo.

<sup>131</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, *cit.*

<sup>132</sup> Ne è la prova il fatto che, da sempre, il danno non patrimoniale è quantificato attraverso un'operazione che ha il suo punto di forza nel giudizio equitativo.

<sup>133</sup> In dottrina i più appassionati sono stati B. WINDSHIED, *Diritto delle pandette*, vol. II, I, 363 e R. VON JHERING, *De l'intérêt dans les contrats, et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires*, *cit.*, 156-157.



Nonostante l'autorevolezza delle opinioni prima riferite, la tesi richiamata non si mostra però sempre adeguata a spiegare la vera realtà e complessità del fenomeno. Specialmente nelle ipotesi di ingiuria, lesioni personali o omicidio pare inammissibile che la somma assegnata al portatore di quelle conseguenze possa eliminare il suo dolore. Per esempio, una casa resa confortevole dalle somme ricevute in conseguenza della morte di una persona cara o, in genere, le distrazioni che quelle somme possono procurare, non tendono a eliminare il dolore provato. Il piacere legato ai soldi potrà, alcune volte, diminuire, ma non potrà, almeno nella maggior parte dei casi, pareggiare il torto subito, né avvicinarsi a un bilanciamento dell'equilibrio che l'illecito ha spezzato<sup>134</sup>.

La tesi di cui trattasi pare difficilmente sostenibile anche a causa dell'impossibilità di attribuire un giusto corrispettivo in denaro al danno subito<sup>135</sup>; difficoltà peraltro non brillantemente superabile richiamando la circostanza che spetterà al danneggiato fornire la prova in giudizio del *quantum* risarcitorio, ovvero che la saggezza del giudice costituirà l'unico criterio per impedire che la richiesta del danneggiato si tramuti in un'occasione di lucro. L'inequivocabile soggettività che riveste il danno non patrimoniale impedisce di determinare in via oggettiva il valore da attribuire al pregiudizio per soddisfare la vittima, poiché un individuo potrebbe aver bisogno di 100, un altro, per identica fattispecie, potrebbe necessitare di 500. Né, per allontanare il pericolo di una soggettivizzazione estrema, potrebbe avanzarsi l'idea che il giudice possa liquidare il danno considerando il dolore che risentirebbero la maggior parte degli individui

---

Secondo questi autori è possibile controbilanciare la sensazione di dolore causata all'offeso con il procurargli una sensazione gradevole. Ma v. anche P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. dir. pen.*, 1931, 174 e A. DE CUPIS, *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, cit., 226-227. Nella giurisprudenza italiana v.: Cass., 15 giugno 1951, n. 1528, in *Resp. civ. prev.*, 1951, 498 ss.; Cass., 25 marzo 1970, n. 820, *ivi*, 1971, 372 ss.; App. Milano, 15 dicembre 1920, in *Mon. trib.*, 1921, 210 ss.; App. Napoli, 18 aprile 1941, in *Giur. it.*, 1941, I, 2.

<sup>134</sup> BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 267 ss.

<sup>135</sup> G. RIPERT, in *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, IV éd., 347-348, rende bene l'insoddisfazione per la tesi soddisfattoria, poiché parla di *rôle hedonistique* del denaro e di vittima *aussi odieuse quel l'auteur* allorché sia soddisfatta dall'indennità ricevuta.

in analoghe condizioni, piuttosto che considerare il dolore provato dall'attore nello specifico caso<sup>136</sup>.

Il sistema tabellare, utilizzato per il danno biologico già dagli anni Settanta, contiene il rischio di un'uniformazione eccessiva. Tuttavia è un tentativo di oggettivizzazione forse auspicabile, nella misura in cui, almeno, mira a ridurre quella sfasatura avvertibile nella liquidazione delle conseguenze non patrimoniali in casi del tutto uguali. Forse però sarebbe più opportuno temperarne l'oggettività applicando delle *fourchettes* mediante le quali poter esprimere le peculiarità che ogni pregiudizio non patrimoniale porta con sé.

Una terza concezione finalistica del danno non patrimoniale si distacca nettamente dalle altre e tende a far emergere la finalità afflittiva della riparazione. Scopo del denaro ricevuto sarebbe quello di punire il colpevole, attuando però, il più delle volte, il risultato connesso di soddisfare il sentimento di vendetta che può animare il danneggiato<sup>137</sup>.

La reazione pecuniaria al danno in termini di pena privata era già nota al diritto romano e comune<sup>138</sup>, e fu particolarmente fiorente nella dottrina giuridica a cavallo tra il XIX e il XX secolo, sviluppandosi vivacemente soprattutto nella letteratura e giurisprudenza d'oltralpe<sup>139</sup>.

Nell'esperienza italiana, invece, questa concezione ebbe, e trova ancora oggi un'accoglienza più tiepida<sup>140</sup>. Secondo la dottrina più influente

---

<sup>136</sup>Questa soluzione fu propugnata da R. TRIBES, *Fondaments et caractères de la réparation du préjudice moral*, Nice, 1932 (thèse), 71 ss.

<sup>137</sup>BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 257-258.

<sup>138</sup>In dottrina v. G. SALVIOLI-G. DE VERGOTTINI, voce *Composizioni (Sistema delle)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, s.d., ma 1959, 779-780.

<sup>139</sup>G. RIPERT, *Examen doctrinal. Jurisprudence civile*, in *Rev. crit. lég. jur.*, 1911, 151 ss.; R. SAVATIER, *La responsabilité da delitto nel Diritto francese nel progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni*, ora in *Ann. dir. comp. e studi leg.*, voll. IV e V, 282; J. GRANIER, *Quelques réflexions sur l'action civile*, in *J.C.P.*, 1957, I, 1386. In giurisprudenza cfr.: Cour de Nancy, 25 janvier 1873, in *D.P.*, 1873, 2, 11; App. Colmar, 9 février 1961, in *D.*, 1961, 691 ss., con note di P. EISMEIN: un padre è condannato alla riparazione di 200 Franchi per la persistenza con la quale ammette che i suoi bambini frequentino altri bambini nonostante il divieto del loro genitore, e nonostante quest'ultimo avesse reiteratamente interdetto al primo di condurli a scuola con la propria auto.

<sup>140</sup>In letteratura, tra gli assertori della natura afflittiva della riparazione v.: A. DI MAJO GIAQUINTO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*,

la pena privata consisteva già nell'antico diritto romano, in una "somma di denaro che l'offensore deve pagare all'offeso; di guisa che l'uno diventa più povero, l'altro più ricco di ciò che rispettivamente fossero stati prima del delitto"<sup>141</sup>.

Benché sia vano riconoscere nella pena privata attuale un'incarnazione dell'idea di *poena privata* quale si è presentata in altri periodi storici, non si può dubitare sulle molteplici analogie tra i vari significati che il concetto ha assunto nel tempo; è dunque indiscutibile che la semplice nozione appena riferita già di per sé istruisce sull'essenza della pena privata<sup>142</sup>.

Occorre però fare delle precisazioni per meglio comprendere questo istituto. E' da rimarcare la doppia natura della pena privata: essa appartiene al campo del diritto penale per il suo fondamento e il suo scopo e al campo del diritto civile per la sua forma e i suoi effetti<sup>143</sup>.

Quanto allo scopo dell'istituto, esso vanta una certa relatività, sebbene sia possibile riconoscere come la pena privata, nata per reprimere la vendetta e la giustizia privata, abbia assunto la duplice finalità di "riparazione" e "intimidazione" del colpevole. E, può aggiungersi, la stessa può raffigurarsi come una sorta di piano intermedio tra il semplice

---

1962, 100 ss.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano, 1946, 752 ss.; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., 57. In giurisprudenza cfr.: App. Roma, 26 maggio 1945, in *Foro. it.*, 1944-46, I, 71 ss.; App. L'Aquila, 3 ottobre 1970, in *Giur. it.*, 1972, II, 177 ss.

<sup>141</sup> In questi termini, F.C. VON SAVIGNY, *Le obbligazioni*, vol. I, cit., 278 ss.

<sup>142</sup> Così V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, 142.

<sup>143</sup> In questi esatti termini, VON SAVIGNY, *Le obbligazioni*, vol. II, cit., 277. V. anche A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo-Indagini di teoria generale del diritto*, I, trad. (it.) con annotazioni di A. LEVI, Padova, 1951, II ed., 33 e B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstain, 1947, 732, i quali attribuiscono alla pena privata finalità retributive e preventive. All'opposto TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 144 e 150, il quale rileva la mancanza del fine di prevenzione della pena privata, laddove, invece, ritiene sia vero e proprio elemento della pena pubblica. Le affinità tra pena privata e pena pubblica si arrestano però all'aspetto teleologico e non vanno oltre; ben indirizzata è, per es., quella dottrina che avverte non essere richiesto, relativamente alla pena privata, il rispetto del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. V. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, cit., 383.

risarcimento del danno e la pena pubblica, poiché non mira unicamente ad annullare un pregiudizio, ma ha, come anche in parte la pena pubblica, un fine intimidatorio.

L'aspetto più interessante della natura afflittiva della reazione pecuniaria alle conseguenze dell'illecito è, però, il rilievo giocato dalla colpa. L'intensità colposa insita nella condotta del danneggiante è un criterio molto utile per quantificare la riparazione del danno non patrimoniale. Peso dell'intensità colposa, peraltro, che non risulta (e non dovrebbe mai risultare) estraneo nemmeno alle pronunce in cui la reazione pecuniaria si colora di tonalità risaritorie-satisfattive.

L'idea di pena privata quale emerge dai pochi tratti con cui la si è delineata, sembra possa sopravvivere al clima storico-sociale indubbiamente mutato rispetto ai tempi in cui si è formata. Essa non confligge con un ordinamento moderno: prova ne sia la compatibilità della stessa con i dati attualmente ricavabili dal nostro ordinamento<sup>144</sup>.

Il punto è che il periodo culturale che stiamo attraversando guarda all'istituto in questione con un'ostilità ingiustificata, forse determinata dalla difficoltà incontrata dall'interprete nello spogliare la pena privata dagli antichi retaggi culturali, i quali la ricollegavano ad un senso di vendetta che animava, in certe epoche storiche, la richiesta di questa somma di danaro innanzi ad un organo di giustizia<sup>145</sup>.

Mondare la teoria della pena privata di questo retaggio storico culturale consentirebbe all'interprete di mettere a fuoco i molti vantaggi che tale teoria potrebbe riservare se applicata consapevolmente in vari contesti del diritto privato<sup>146</sup>. Tutto ciò senza nulla togliere al fondamento

---

<sup>144</sup> Il legislatore ordinario ha inserito nel sistema molteplici figure che richiamano i caratteri della pena privata. Si allude all'ipotesi contemplata dall'art. 129 *bis* c.c., ai sensi del quale il coniuge responsabile della nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere all'altro coniuge in buona fede, "qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto".

<sup>145</sup> P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, 149; RESCIGNO, in *Il diritto all'intimità della vita privata*, *cit.*, 59, parla di uso della pena privata "nelle stagioni primitive ed ingenuie del diritto".

<sup>146</sup> BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, *cit.*, 285 ss.

compensativo dell'illecito aquiliano che le tendenze attuali in tema di RC danno per consolidato<sup>147</sup>.

Oggi, l'opportunità di valorizzare il fondamento retributivo della risposta pecuniaria al danno potrebbe soddisfare non già la volontà di riaffermare l'ideologia della sanzione, quanto piuttosto il bisogno di far fronte all'impossibilità di misurare in via diretta i danni non patrimoniali.

Ciò indurrebbe a risalire dal danno a quegli indici costanti, oggettivamente affidabili e non manipolabili, che sono il tipo di offesa e le condizioni oggettive su cui essa ricade, da cui presuntivamente si inferiscono - secondo criteri di normalità - i danni non patrimoniali e la loro proporzione. Bilanciare la reazione pecuniaria (alle conseguenze dell'illecito) all'intensità colposa (*ergo* alla condotta) dell'agente potrebbe realizzare le finalità deterrenti, e in ultima analisi preventive del diritto<sup>148</sup>.

Un punto d'appoggio all'idea che la riparazione pecuniaria del danno non patrimoniale partecipa dei caratteri proprii della pena privata lo si trova nel dato legislativo, l'art. 185 c.p., il quale, nonostante sia criticabile per il suo ristretto campo d'applicazione, illustra un'accentuata volontà di accrescere soltanto le conseguenze di un fatto illecito che, per essere più

---

<sup>147</sup> CARNEVALI, *Tendenze attuali in tema di responsabilità civile*, cit., 111-112.

<sup>148</sup> La prevenzione sarebbe il primo risultato da raggiungere, poiché la bontà di un istituto giuridico è tanto più accertata quanto più tale istituto è idoneo a scoraggiare, a reprimere, un comportamento contrario alla norma. Se nel diritto nostrano l'applicazione della pena privata in chiave preventiva può osservarsi nell'istituto della clausola penale, basta richiamare i servizi realizzati dalle *astreintes* francesi o dai *punitive damages* statunitensi per rafforzare l'idea della bontà di applicare figure di pena privata, v. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 11 ss., 68 ss., 82, 161 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato dir. civ.* diretto da G. GROSSO e SANTORO-PASSARELLI, Milano, s.d., ma 1966, II ed., 146; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II., cit., 76-77; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, cit., 360, PH. WINFIELD-J.A. JOLOWICZ, *On Tort*, XI ed. By W.V.H. Rogers, London, 1979, 379 ss. Anche l'analisi economica del diritto, in contrasto con la tradizionale idea di "giustizia correttiva", è interessata agli "incentivi" per un comportamento efficiente e si serve della RC per indurre i decisori a considerare i danni che i loro atti possono cagionare ad altri, nell'ottica di minimizzare i costi sociali degli illeciti. L'attenzione al ruolo della colpa all'interno di un sistema di RC serve a creare incentivi per un comportamento preventivo efficiente. V. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit.

grave, è riprovato, attraverso la sanzione in senso stretto, dal diritto penale.

Proprio da questa disposizione - e dalla conseguente natura retributiva della RC - sembra oggi discostarsi quella tendenza, ormai accertata, di canalizzare la RC verso soluzioni oggettivizzanti che relegano in posizioni marginali la ricerca del ruolo svolto, in concreto, dalla colpa dell'agente<sup>149</sup>.

Tuttavia, a parte il fatto che il ruolo della colpa non potrà mai del tutto scomparire, dovrebbe comunque risultare possibile determinare criteri che facciano salva l'esigenza di ristorare, anche in ipotesi di responsabilità oggettiva, le conseguenze non patrimoniali, non risultando peraltro alterata la natura afflittiva di quella reazione se solo si pensa che la stessa potrebbe risultare intesa come necessaria conseguenza di un rischio creato, comunque sopportabile dall'agente per aver leso beni che non tollerano una stima obiettiva, ma che tuttavia devono trovare la considerazione del diritto anche nell'aspetto del loro pregiudizio non monetizzabile alla stregua di criteri obiettivi.

In ogni caso, le regole sottese alla responsabilità oggettiva non paiono applicabili al ristretto settore del diritto di famiglia ove, al contrario, l'apprezzamento della volontà di nuocere, di opprimere il familiare con le angherie più disparate, potrebbe rivelarsi un valido criterio per selezionare le fattispecie meritevoli di tutela risarcitoria. Nel torto endofamiliare, a ben vedere, è solo il dolo, e non la colpa, a giocare un ruolo nella RC applicata.

In tale contesto l'elemento delle colpevolezza non può però essere rivalutato se non ci si interroga preliminarmente sull'influenza che il valore della tolleranza assume nella cerchia domestica.

La riscoperta della pena privata potrebbe in definitiva giovare al rispetto della verità delle cose, ma, soprattutto potrebbe essere un'utile alternativa al fallimento delle tecniche risarcitorie in un campo ad esse non

---

<sup>149</sup> Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'éthique de la responsabilité*, in *RTD*, 1998, 2, ricorda come l'oggettivizzazione della RC inquieti i moralisti, secondo i quali la soggettività della colpa sarebbe il sostrato inerente a un fondamento morale della responsabilità giuridica.

congeniale; in altre parole, costruire una sistematica del danno non patrimoniale sul fondamento sanzionatorio della reazione pecuniaria al danno diverrebbe l'unico modo per ancorare la valutazione/quantificazione di tale danno ad un *quid* non soltanto parametrabile sul piano argomentativo, ma anche funzionalizzabile con riferimento al particolare contesto in cui la quantificazione del danno prende luogo<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> L'intervento del giudice in tema di accertamento e liquidazione del danno extrapatrimoniale rimanda ai noti rischi di un uso arbitrario dell'equità. Bonilini stesso, *Il danno non patrimoniale*, cit., già 30 anni or sono rammentava come, "fino a quando il legislatore non interverrà risulterà riservata al giudice la determinazione del *quantum* sulla somma da assegnare al soggetto leso. Questa valutazione dovrà tener conto del corretto rapporto tra somma liquidata e criteri adottati (intensità colposa dell'agente e sue condizioni economiche) per fissarla. Criteri che trovano inevitabile collegamento con la finalità afflittiva che l'istituto deve realizzare e che, pertanto, ne sono l'espressione".

**Parte seconda**

**LA RESPONSABILITÀ ENDOFAMILIARE  
IN ITALIA**



## 2.1. L'illecito endofamiliare tra immunità e responsabilità

### 2.1.1. Quando il diritto di famiglia era un'isola

La forza evocativa delle immagini, si sa, spesso supera quella delle parole; ne era conscio Arturo Carlo Jemolo che, nel riassumere il rapporto tra diritto e famiglia, rappresentava quest'ultima come "... dominata da forze incoercibili... da istinti primordiali... da elementi religiosi...". Notava il giurista cattolico: in questo settore il legislatore "appare molto spesso come quello che non domina la materia ma ne è dominato; non imbriglia il fiume, ma pone dei cartelli là dove si spingono le acque"<sup>151</sup>.

Queste affermazioni coglievano l'inevitabile impotenza del diritto nel ridurre a principi e a modelli legislativi l'evoluzione dei rapporti familiari, stante la profondità dei legami che nascono dalla sessualità e dalla generazione, e l'incessante riformulazione dei comportamenti sociali in cui essi trovano rappresentazione. Non è un caso che per regolamentare le relazioni familiari sia più che mai indispensabile abbinare la sensibilità giuridica alla capacità di interrogare altri saperi (fra cui l'antropologia, la psicologia e la sociologia)<sup>152</sup>.

Contrasta questa impotenza la storica pretesa del diritto (o meglio, dello Stato) di affermarsi, sovrano, sull'istituzione familiare<sup>153</sup>. Lo Stato moderno, infatti, con crescente voracità, tende all'assorbimento progressivo di ogni aspetto delle relazioni sociali<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato VASSALLI*, III ed., Torino, 1961, 36.

<sup>152</sup> ZATTI, *Introduzione*, cit., ss.

<sup>153</sup> P. GROSSI, *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della società medievale)*, in *Quaderni Fiorentini*, 1996, 267 ss.; CICU, *Lo spirito del diritto familiare*, cit., 124 ss., ove si afferma che "allo Stato si riconosce oggi non solo la funzione di dichiarare e far osservare il diritto, ma anche una funzione sociale in senso stretto. Perciò una parte importantissima dell'attività dello Stato è oggi diretta alla cura della salute, della cultura, del benessere dei cittadini e all'assistenza degli inabili. Ora la funzione precipua per cui la famiglia è oggi giuridicamente ordinata sta nell'educazione ed assistenza dei membri di essa minori o incapaci o privi di mezzi di sussistenza. In ciò dunque la famiglia sostituisce lo Stato, adempie ad una funzione di Stato. E per questa sua finalità giuridica si giustifica la vigilanza e l'intervento di poteri dello Stato".

<sup>154</sup> P. GALASSO, *Il diritto privato nella prospettiva post-moderna*, in *Riv. dir. civ.*,

Il problema da risolvere attiene al bilanciamento tra la neutralità eccessiva dell'ordinamento giuridico, in cui atteggiamenti di impotenza si intrecciano con atteggiamenti liberistici variamente qualificati, e la tendenza a giuridicizzare l'area delle relazioni domestiche. Il punto è infatti individuare i mobili confini entro cui vanno combinati i vari aspetti dell'esperienza affettiva e procreativa che i cittadini hanno conferito alla giurisdizione e allo Stato<sup>155</sup>.

Ripercorrendo la storia del rapporto tra famiglia e Stato si coglie come fin dalle origini l'autorità statale avesse tenuto presente l'esistenza dei conflitti endofamiliari. In origine lo Stato seguiva un approccio prudente, che per decenni è stato circoscritto alla materia penale, "come se le sanzioni civili fossero difficili da concepire in quest'ambito"<sup>156</sup>.

In altre parole, solo la gravità del fatto faceva prevalere l'interesse pubblicistico alla repressione e alla punizione del responsabile rispetto all'interesse alla tutela della sfera privata.

La logica della regolamentazione in materia penale stava nella volontà di adottare una disciplina speciale, così da sottrarre gli illeciti familiari alla regola generale, valida per tutti i consociati<sup>157</sup>.

Al contrario, il diritto privato e segnatamente la disciplina della RC, non conosceva norme particolari a tutela del familiare<sup>158</sup>. Mancavano

---

1980, I, 18: l'intervento dello Stato nell'ambito della famiglia è visto da alcuni come esempio della "pubblicizzazione" del diritto privato. Notava J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, 1976, 136, che gli interventi dello Stato assumono soprattutto due forme: lo Stato "rimpiazza" la famiglia in un numero crescente di funzioni; lo Stato "controlla" la famiglia nell'esercizio di funzioni che essa conserva. Le due forme di intervento sono logicamente connesse, poiché chi aiuta si riserva il diritto di controllare.

<sup>155</sup> ZATTI, *Introduzione*, cit., 9.

<sup>156</sup> H. BATIFFOL, *Existence et spécificité du droit de la famille*, in *Archives de philosophie du droit*, 20, *Réformes du droit de la famille*, 1975, 8.

<sup>157</sup> PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 26 ss.

<sup>158</sup> La mancanza di una regolamentazione specifica riduce la gravità del problema relativo all'inadeguatezza dell'intervento del giudice all'interno della famiglia. Nella materia della RC il problema in esame si pone infatti in termini attenuati, trattandosi della risoluzione di conflitti che non presentano elementi particolari rispetto alle fattispecie normalmente sottoposte all'esame del giudice. È tuttavia utile ricordare che la dottrina consiglia al giudice di comportarsi a guisa di arbitro nei conflitti endofamiliari, poiché egli non deve solamente individuare

anche applicazioni della regola generale di responsabilità all'interno della famiglia. Tale situazione non era determinata da ostacoli di ordine legislativo o da dinieghi espliciti della giurisprudenza<sup>159</sup>, ma solo dal costume<sup>160</sup>.

“La famiglia è un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto”: ancora una volta l'immagine dipinta da Jemolo è illuminante<sup>161</sup>. Le questioni economiche tra coniugi non si risolvono

---

la regola che possa servire a comporre il litigio, ma deve soprattutto rendere possibile la convivenza e la continuazione del rapporto tra i membri della comunità familiare.

<sup>159</sup> Diversamente da quanto accadeva in altri ordinamenti, fino a un decennio fa nell'esperienza italiana mancavano teorizzazioni dottrinali sulla necessità di immunizzare i componenti della famiglia da applicazioni aquiliane, a conferma di quanto la materia fosse percepita essere lontana dalla sfera di applicazione del torto civile.

<sup>160</sup> Diversamente che in Italia, nei sistemi di Common law l'immunità di cui in passato godeva il marito per gli illeciti arrecati alla moglie (*interpusual immunity*) aveva salde radici nella giurisprudenza delle Corti, collegandosi alla dottrina della *unity of persons*, formulata da Blackstone nella seconda metà del XVIII sec. (“col matrimonio il marito e la moglie diventano una persona sola e quella persona è il marito”). Il radicamento di questa teoria era così saldo nel “sentire giurisprudenziale” che in Inghilterra si rese necessario l'intervento del legislatore (*Law Reform (Husband and wife) Act 1962*) per attribuire espressamente a ciascun coniuge il diritto di agire nei confronti dell'altro per il risarcimento dei danni “come se essi non fossero sposati”. V. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 61 ss.

<sup>161</sup> A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, VIII, Napoli, 1949, 57. Nella stessa opera abbondano le parole utilizzate per esprimere la visione della famiglia. “Quando pronunciamo il nome famiglia, non è al campo del diritto che ricorre anzitutto il pensiero. Diciamo “cellula della società”, “principio della nazione”, “sede prima naturale ed insostituibile dell'educazione”, “primo degli aggregati naturali”: ma è soprattutto all'ambito degli affetti che la parola fa subito ricorrere il pensiero, e il lato affettivo è quello che più conta nella vita. [...] La famiglia non può essere ridotta a costruzione giuridica, né a cellula politica, né a struttura economica”. E ancora: “Noi giuristi diciamo famiglia, constatiamo con un po' di sorpresa che il nostro codice non la definisce. Ed anche questa non è senza una ragione né senza un perché. Il legislatore non si è sentito di definire un istituto che è pregiuridico, che è sorto prima che il concetto del diritto s'isolasse da altri concetti affini, un istituto che non è suo, ch'esso non può dominare, del quale può soltanto regolare certi aspetti...”

davanti al giudice. E quando si giunge alla separazione è in quella sede che si fanno valere le rispettive pretese<sup>162</sup>.

Persino le voci dottrinali più “giovani”, ancora negli anni Settanta, non osano postulare che il giudice civile possa intervenire nella famiglia amministrando richieste di risarcimento del danno fra familiari<sup>163</sup>.

Il principio dell’immunità ha interessato sia i rapporti coniugali che quelli parentali. Quanto ai primi, il comportamento lesivo di un coniuge verso l’altro, ha a lungo costituito il presupposto della sola azione di separazione personale o divorzio. Si sposava la convinzione che vedeva nel diritto di famiglia una *lex specialis* rispetto al più generale dell’art. 2043 c.c. Era nel primo libro del codice civile che doveva cercarsi la disciplina di tutti i fatti che riguardano i rapporti fra familiari. Raramente nei contributi dedicati alla separazione personale ci si soffermava sull’applicazione della responsabilità extracontrattuale in seno alla famiglia<sup>164</sup>.

Con riferimento al divorzio, invece, le conseguenze di ordine patrimoniale erano regolate in modo esclusivo mediante l’assegno divorzile<sup>165</sup>. E’ una tendenza del tutto recente invece quella che evidenzia l’opportunità di distinguere la rilevanza dell’illecito del coniuge quale causa

---

<sup>162</sup> Ancora negli anni Novanta la Cassazione era contraria ad ammettere la risarcibilità dei danni conseguenti alla violazione dei doveri familiari, ritenendo che le regole del diritto di famiglia fossero impermeabili alle regole del diritto comune. Cfr. Cass., 6 aprile 1993, n. 4108, in *Giust. civ., mass.*, 1993, 624.

<sup>163</sup> Per esempio un giovane V. ROPPO, *L’intervento del giudice nella famiglia. Problemi e prospettive*, in *Foro it.*, 1978, V, 304 ss., pur enumerando le ipotesi di intervento del giudice nei rapporti familiari, diverse da quelle disciplinate dalla Riforma del 1974 (art. 145 e 316 c.c.), ricorda l’intervento del giudice penale per i reati di violazione degli obblighi di assistenza familiare, maltrattamenti in famiglia, abuso di mezzi di correzione a danno di un familiare, ma omette qualsiasi riferimento alla responsabilità extracontrattuale endofamiliare. Sul punto v. anche BESSONE-ROPPA, *Il diritto di famiglia, evoluzione storica, principi costituzionali, prospettive di riforma*, cit., 17 ss. Anche nell’ordinamento francese, per lungo tempo, non si sono riscontrate azioni in giudizio del tipo descritto.

<sup>164</sup> Fuori dal coro, favorevoli al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti da lesioni che abbiano causato la separazione personale, sempreché vi fosse l’accertamento *incidenter tantum* di un fatto previsto dalla legge come reato, D’ANTONIO, *La colpa sulla separazione personale dei coniugi*, Padova, 1968, 64 ss.; F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, 1977, 648.

<sup>165</sup> Ciò soprattutto se si condivide la tesi secondo cui l’assegno di divorzio presenta anche natura risarcitoria.

di separazione o divorzio, dalla rilevanza che esso può presentare quale presupposto per l'azione risarcitoria.

Vi è poi l'argomento dell'immunità risarcitoria nei rapporti parentali<sup>166</sup>. Tuttavia la problematica inerente all'immunità è stata esaminata dalla dottrina sotto un duplice profilo, quello degli atti illeciti commessi dal genitore nell'esercizio dello *jus corrigendi* e quello relativo alle altre ipotesi di illecito.

Diverso il fondamento dell'immunità nelle due ipotesi. Relativamente al primo tipo di atti, l'immunità era fatta discendere dalla patria potestà. Il danno risentito dal figlio era considerato un danno non ingiusto in base alla norma che attribuiva al genitore il diritto di frenare la cattiva condotta del figlio (art. 319 c.c.)<sup>167</sup>. Alla cattiva condotta, se necessario, poteva quindi seguire una violenta reazione del padre. Il superamento dell'immunità per gli atti correzionali è legato alle riforme legislative che, nel prevedere nuove ipotesi di intervento del giudice<sup>168</sup>, hanno pareggiato le posizioni dei rispettivi membri della famiglia<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> Se l'immunità coniugale dalla RC pare in qualche modo giustificabile riferendosi al principio di libertà, che rende lecito separarsi (alcuni autori sostengono che l'ordinamento prevede l'applicazione dell'apposito istituto della separazione con addebito), una tesi analoga non può prospettarsi per l'immunità parentale, giacché in questo caso non sussisterebbe un diritto di libertà compreso dall'applicazione delle regole di RC, senza contare che in questa diversa ipotesi gli strumenti del libro I del Codice civile non intervengono in qualche misura sul risarcimento del danno cagionato alla vittima, v. sul punto TORINO, *Illeciti familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, cit., 60-61.

<sup>167</sup> BESSONE-ROPPO, *Il diritto di famiglia, evoluzione storica, principi costituzionali, prospettive di riforma*, cit., 91 ss., ove nell'organizzare il sistema e identificare il contenuto della patria potestà la trattatistica italiana sostanzialmente ricalcava il modello francese, fondato sulla tripartizione in *droit d'éducation*, *droit de correction* e *droit de garde*, v. per es. E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, VII, 2, Firenze, 1924, 151-155. L'art. 319 c.c. è stato abrogato dalla legge di riforma del diritto di famiglia: oggi un atto che determini un danno al figlio non può allora essere normalmente inteso come esplicazione della potestà. Il nostro ordinamento punisce infatti l'uso di mezzi di correzione (art. 571 c.p.) e prevede la decadenza dalla potestà genitoriale (art. 330 c.c.): si tratta di sanzioni particolari che non escludono il risarcimento del danno. Nella potestà dei genitori può ravvisarsi oggi solo uno strumento per sopperire a situazioni di incapacità e inferiorità di fatto del minore.

<sup>168</sup> Si consideri soprattutto l'art. 316 c.c. dedicato all'esercizio della potestà dei genitori: l'uso dei mezzi correzionali violenti può determinare un

Il fondamento dell'immunità legato al secondo tipo di atti risiedeva invece sul dovere di mantenimento che i genitori hanno nei confronti dei figli. Il ragionamento nella sua semplicità può riassumersi nel fatto che, poiché il genitore manteneva il figlio, questo stato di cose rendeva impraticabile immaginare che il genitore fosse condannato a risarcire un figlio già tutelato col mantenimento<sup>170</sup>.

Tra gli illeciti di tipo parentale vale la pena approfondire il tema del c.d. danno da procreazione. È inerente a tale pregiudizio la prima sentenza che, richiamando principi giuridici e non solo etici, escluse l'immunità in capo al familiare e, almeno in astratto, riconobbe il risarcimento del danno endofamiliare *ex art.* 2043 c.c.<sup>171</sup>.

La dottrina criticò aspramente la decisione, ravvisando ostacoli all'ammissibilità del risarcimento con riferimenti a praticamente tutti gli elementi base di un fatto illecito risarcibile. Furono messi in dubbio l'esistenza del danno, la possibilità di configurare una lesione della salute in capo ad un soggetto non ancora vivente (essendo l'infezione contestuale al

---

contrasto tra coniugi riguardante l'esercizio della patria potestà, tale da configurare la questione di particolare importanza che legittima ciascun genitore a ricorrere al giudice. V. F.D. BUSNELLI, *La tutela dell'unità familiare nel nuovo diritto di famiglia*, in *Studi in onore di L. Coviello*, Napoli, 1978, 46.

<sup>169</sup> Si pensi al dovere di contribuzione al mantenimento della famiglia del figlio convivente (art. 315 c.c.) nonché alla norma che disciplina la prestazione di attività lavorativa tra i familiari (art. 230 *bis* c.c.).

<sup>170</sup> Già critico sul punto P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 440 ss. Si noti come i danni a cui si fa riferimento siano tutti di carattere patrimoniale, a dimostrazione di come, all'epoca non ci si preoccupasse minimamente della possibilità di risarcire altri tipi di danno, quali quelli che ci interessano maggiormente per lo studio degli illeciti endofamiliari e che, nei paragrafi a seguire, saranno elencati.

<sup>171</sup> E' la celebre Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, 987 ss., con nota di ELIA, *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?* e postilla di CARNELUTTI; in *Temi*, 1952, 119 ss., con nota di CANDIAN, *L'azione di danno dell'ereditario contro i genitori*, e postilla di DAL MARTELLO, ove un padre viene condannato a risarcire la figlia nata affetta da lue in conseguenza della trasmissione del virus alla madre avvenuta all'atto del concepimento. La peculiarità del caso risiede nella simultaneità tra il contagio della donna ed il concepimento della figlia, dovuti allo stesso rapporto sessuale.

concepimento) e soprattutto l'esistenza del danneggiato al momento del compimento dell'atto lesivo<sup>172</sup>.

Il nuovo modo di concepire i rapporti familiari, all'indomani della riforma del diritto di famiglia, ha fatto gradualmente tramontare ogni forma di immunità, all'insegna del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.)<sup>173</sup>.

Inizialmente la RC si è posta però quale strumento di tutela esclusivo dei diritti patrimoniali. Solo in anni recenti, grazie alla nuova attenzione riposta sui diritti della persona, le linee evolutive che segnano il diritto di famiglia e il diritto della RC hanno saputo convergere<sup>174</sup>.

Tramontata l'era dell'immunità, la giurisprudenza si trova ora impegnata a tracciare i confini della RC all'interno della famiglia.<sup>175</sup>

### 2.1.2 Applicazione del principio del *neminem laedere* nei rapporti familiari: teorie a confronto

L'apertura della famiglia alla società ha inevitabilmente coinvolto il formante dottrinale nel dibattito relativo all'ammissibilità dei rimedi risarcitori entro le mura domestiche. L'interesse sul punto è giunto tardivamente e, ancora oggi, la dottrina è lontana dall'aver sviluppato indirizzi univoci sul tema<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup> P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, 633, il quale sostenne l'ammissibilità del risarcimento anche nell'ipotesi in cui il danneggiato non era ancora venuto alla luce, e dunque non godeva ancora della capacità giuridica, al momento dell'evento dannoso.

<sup>173</sup> Che sia considerato alla stregua di consociato o di membro della famiglia, l'individuo va trattato con lo stesso riguardo.

<sup>174</sup> Non è un caso che il danno esistenziale sia giunto al vaglio della Cassazione per la prima volta proprio con riferimento ad un caso di lesione del rapporto parentale. Si afferma così, per la prima volta, che la violazione dei doveri familiari determina non solo l'applicazione dei rimedi giusfamiliari, ma anche del rimedio risarcitorio, ove sussistano i presupposti, v. Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, *cit.*

<sup>175</sup> FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, *cit.*, 592 ss.

<sup>176</sup> Le maggiori difficoltà si riscontrano soprattutto nei casi di infedeltà coniugale, cioè in merito al diritto al tradimento del *partner*, v. M. BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?*, in *Fam. dir.*, 2001, 185 ss.



Vi è una parte della dottrina che non ha propensioni negazionistiche<sup>177</sup>. Accanto agli interpreti favorevoli ad adottare lo schema dell'art. 2043 c.c. in seno alla famiglia, altri autori manifestano la loro contrarietà<sup>178</sup>.

Ecco di seguito riassunti, in una sintesi volutamente schematica, gli argomenti addotti dai sostenitori della immunità della famiglia alla responsabilità civile, cui giustapporrò le controargomentazioni di quanti invece sostengono che questa immunità vada revocata.

A) In applicazione del brocardo *lex specialis derogat legi generali* è vietato il cumulo tra il rimedio giusfamiliare (per esempio l'azione per la separazione personale o il divorzio) e il rimedio aquiliano<sup>179</sup>. Il coniuge

---

<sup>177</sup> Tra gli autori favorevoli all'ingresso della RC in famiglia v. DE MICHEL, *Violazione del dovere di fedeltà e separazione personale dei coniugi*, in *Fam. dir.*, 2000, 139-140; PINI, *I rapporti personali tra i coniugi*, cit.; PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 74 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 622 ss. ove l'A. osserva che "il sistema del diritto di famiglia, almeno per quel che riguarda i rapporti personali tra coniugi, non può essere considerato un sistema chiuso ed esaustivo, nel quale il generale principio di risarcibilità del danno ingiusto sarebbe soppiantato da una disciplina speciale; a meno che non si voglia affermare che nessuna sanzione sia prevista dall'ordinamento giuridico italiano per la violazione dei reciproci doveri e diritti nei quali i detti rapporti dovrebbero concretarsi". L'A. ne conclude che "in un ordinamento che dà garanzia di ordine costituzionale ai diritti inviolabili dell'uomo [...] e alla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio [...], l'assurdità di queste proposizioni dovrebbe essere sufficiente per imporre una rimediazione del problema e per accettare, anche nel settore del diritto di famiglia, quell'ampliamento del campo di applicazione dei principi della responsabilità civile [...]."

<sup>178</sup> RUSCELLO, *I rapporti personali fra coniugi*, cit.; A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, in *Fam. dir.*, 1997; ID., *L'infedeltà: quanto può costare? Ovvero, è lecito tradire solo per amore*, in *Studium iur.*, 2000; LENTI, *Famiglia e danno esistenziale*, in *Il danno esistenziale – Una nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di Cendon e Ziviz, Milano, 2000; M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, in *Guida al dir.*, 2002.

<sup>179</sup> ZACCARIA, *L'infedeltà: quanto può costare? Ovvero, è lecito tradire solo per amore*, cit., 2000, 524. A questa tesi si rifanno anche Cass., 6 aprile 1993, n. 4108, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 624, dove si invoca il principio *inclusio unius, exclusio alterius*. In tal caso la lesione lamentata -la perdita di quei vantaggi che sul piano economico si traggono dalla comunione delle entrate e delle spese- è collegata allo *status* di coniuge in quanto tale, e non già all'individuo, che all'interno della famiglia trova o dovrebbe trovare piena realizzazione e crescita esistenziale; Cass.,



inadempiente, nell'esempio di scuola, non subirebbe dunque altra conseguenza che quella legata all'addebito; o meglio, ogni altro provvedimento risarcitorio dovrebbe ritenersi incluso in tale ipotesi. Si tratta di una sorta di assorbimento di una responsabilità di una fattispecie lesiva da parte di altra di più ampio respiro<sup>180</sup>.

A1) Si ribatte<sup>181</sup>: la circostanza che il fatto dannoso possa rilevare, dato il rapporto esistente tra i soggetti, quale causa di cessazione del rapporto stesso non esclude la sua rilevanza tipica ai fini dell'applicazione delle norme del Libro IV c.c.<sup>182</sup>. Inoltre, neanche il superamento del

---

26 maggio 1995, n. 5866, in *Dir. fam. pers.*, 1997, 87.

<sup>180</sup> È questa una teoria già nota al diritto penale, secondo il quale sussistono figure di reati che sfuggono ad un'autonoma considerazione punitiva allorché rientrano in una più ampia previsione repressiva. Così, ad es., nel reato complesso o in quello progressivo. A tale risultato si può anche giungere per via interpretativa o in base al principio del *ne bis in idem*. V. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 1988, Padova. Tuttavia SEBASTIO, *La responsabilità civile endofamiliare, in I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità, cit.*, 186-187, rileva come questa teoria, se può giustificarsi nel diritto penale per contemperare i possibili eccessi cui darebbe luogo il cumulo materiale di reati, non può farlo nel diritto civile poiché l'art. 2043 è assai ampio e riguarda tutte le possibili lesioni di diritti altrui; ne consegue che ogni compromissione di un interesse giuridicamente rilevante richiede un'autonoma tutela cosicché ogni tipo di danno deve essere specificatamente risarcito.

<sup>181</sup> PATTI, *Famiglia e responsabilità civile, cit.*, 76-77. V. anche G. VILLA, *Gli effetti del matrimonio, in Trattato dir. fam.* BONILINI-CATTANEO, Torino, 2007, 337, secondo cui l'addebito della separazione non sembra essere in grado di riparare integralmente il pregiudizio patito dal familiare; va da sé che la "giuridicità dei doveri coniugali" dovrebbe venir rafforzata grazie a "strumenti di impiego generale".

<sup>182</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, III ed., Milano, 2001, 184 ss. D'altronde, la negazione da parte della giurisprudenza tradizionale, della separazione come causa in sé di danno risarcibile, nulla toglie alla possibilità che l'ingiustizia del danno possa essere ricercata altrove, nella lesione di altri interessi protetti. L'argomento dell'assenza di funzione risarcitoria in relazione all'addebito, può estendersi all'assegno divorzile, il quale è parametrato alle condizioni economiche della coppia, mancando nella norma di riferimento un accenno all'entità del danno cagionato dalla violazione dei doveri coniugali. Dunque l'esclusione di un rapporto di specialità tra I e IV Libro risiede nelle differenti finalità che essi intendono perseguire. V. sul punto FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003, 118. CENDON, in TORINO, *Illeciti familiari, violenza domestica e risarcimento del danno, cit.*, 29-30, elenca alcune situazioni in cui non potrebbe contestarsi la possibilità di cumulare il rimedio giusfamiliare con quello *ex art. 2043 c.c.*: si pensi ad illeciti corrispondenti alla

principio della colpa nel diritto di famiglia incide sull'applicabilità della normativa sulla RC, che invece su tale principio si basa. Una soluzione diversa trasformerebbe le norme del Libro I c.c. in norme di favore per il coniuge responsabile e ciò non trova alcuna giustificazione razionale, soprattutto da quando la persona è diventata il centro motore dell'ordinamento. Per di più i diritti fondamentali della persona non possono essere sacrificati in nome di una formazione sociale, nella quale semmai essi dovrebbero trovare piena realizzazione<sup>183</sup>. Se ne deduce allora, che lo *status* di familiare non deve comportare una limitazione delle prerogative della persona, ma semmai un aggravamento delle conseguenze a carico del responsabile. Il che troverebbe ulteriore conforto ove il fatto lesivo si concreti in un reato endofamiliare (lesioni, percosse, tentato omicidio ecc.). Non si comprenderebbe, infatti, perché non possano concorrere l'azione penale e la pretesa risarcitoria civile. D'altra parte gli illeciti penali non sono sempre in grado di tutelare il familiare e in ogni caso non vengono sempre perseguiti a causa di circostanze estranee all'illecito, quali la crisi della giustizia, l'estinzione del reato per prescrizione o il patteggiamento da parte del reo<sup>184</sup>.

---

violazione di una situazione soggettiva (salute, integrità psico-fisica, onore, immagine, diritto all'assistenza, al mantenimento, ecc.) e che abbiano determinato l'insorgenza di danni patrimoniali o non patrimoniali, a carico di un familiare; oppure a danni che minaccino di perdurare, nella sfera del danneggiato, malgrado il vittorioso esercizio delle misure di reazione familiare.

<sup>183</sup> P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 39 ss., ove l'osservazione per cui “non si può stabilire una parità di trattamento o di valutazione tra persona e formazione sociale, attribuendo a quest'ultima un valore in sé, perché la formazione sociale ha valore costituzionale soltanto se risponde alla funzione del libero sviluppo della persona umana”.

<sup>184</sup> È utile fare alcuni esempi relativamente ai vuoti di tutela lasciati dalla disciplina penale. L'art. 570 c.p., a proposito della violazione degli obblighi di assistenza familiare, riguarda soltanto la violazione del dovere di assistenza materiale o morale, ma da questo è esclusa la violazione del dovere di fedeltà (v. Trib. Massa, 22 agosto 2000, in *Riv. pen.*, 2001, 402, secondo il quale “per la configurabilità del delitto di cui all'art. 570 c.p. non è sufficiente la violazione dell'obbligo di fedeltà, ma è necessario l'abbandono del domicilio domestico, consistendo la violazione dell'obbligo di assistenza familiare nel dovere positivo di fornire all'altro coniuge, in tutti i casi della vita, concreta ed adeguata assistenza fisica, intellettuale, morale ed affettiva.”). Sottolinea tale aspetto VILLA, *Gli effetti*

B) I doveri coniugali o parentali non hanno valenza giuridica, dunque la condotta trasgressiva del familiare non può qualificarsi come “antigiuridica”. Parte della dottrina ritiene che le situazioni soggettive coniugali non possano essere considerate alla stregua di “situazioni obbligatorie”<sup>185</sup>; per altri invece, soprattutto in relazione alla violazione dei doveri di fedeltà, l’esistenza del diritto di autodeterminazione in capo a ciascun coniuge farebbe mancare l’antigiuridicità all’inadempimento<sup>186</sup>.

B1) Si replica: l’art. 29 Cost., secondo comma, attribuisce valenza giuridica alle situazioni soggettive intercorrenti nella coppia, sancendo l’uguaglianza giuridica tra i coniugi e dunque la giuridicità del sistema dei rapporti endomatrimoniali. Inoltre il Codice civile propende per ammettere la giuridicità dei rapporti interconiugali: l’art. 143 richiama testualmente nozioni quali quella di “dovere”, “diritti” e “obblighi”, connotate dall’elemento della giuridicità *ex* art. 29 Cost. e l’art. 160 (“diritti inderogabili”) stabilisce che “gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio”, cosicché pare

---

*del matrimonio, cit.*, 324. Anche l’art. 572 c.p. riguardante il reato di maltrattamenti in famiglia, presenta numerosi ostacoli alla sua operatività: si richiede infatti una pluralità di atti lesivi dell’integrità fisica e del patrimonio morale del soggetto passivo, legati tra loro dal vincolo dell’abitudine, nonché l’elemento psicologico unitario pressoché programmatico. (v. Cass. pen., 2 maggio 2000, n. 9414, in *Studium iuris*, 2001, 222). E tali atti devono essere sorretti dal dolo generico integrato dalla volontà cosciente di ledere l’integrità fisica o morale della vittima. (v. Cass. pen., 9 marzo 1998, n. 4752, in *Cass. pen.*, 1999, 1802).

<sup>185</sup> RUSCELLO, *I rapporti personali fra coniugi, cit.*, 338.

<sup>186</sup> ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell’obbligo di fedeltà, cit.*, 466. L’A. tuttavia lascia qualche spiraglio aperto all’ingresso dell’art. 2043 c.c. nel campo in esame: in particolare, in ambito di violazione del dovere di fedeltà, si segnalano due aperture. Il risarcimento è ammissibile innanzi tutto qualora il danno subito non derivi dal semplice fatto di aver instaurato una relazione coniugale, ma da “comportamenti ulteriori”, come ad es., condotte ingiuriose lesive dell’onore; secondariamente qualora il tradimento sia stato attuato con dolo specifico (“al fine di fare del male al consorte”). Tali spiragli, come si vedrà in seguito, lasciano però aperti molti dubbi interpretativi e minano la sistematicità del sistema. In giurisprudenza cfr. Cass., 22 marzo 1993, n. 3367, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 535, ove si afferma che la RC tra coniugi assolve la funzione di tutelare la persona in quanto tale e in tutte le sue manifestazioni, a prescindere dallo *status* di familiare.

arduo accantonare la lettera della norma e dedurne meri precetti morali<sup>187</sup>. Infine, il rapporto di coppia si fonda sull'interazione di due sfere distinte e dotate di propri diritti soggettivi, sicché la presenza di questi diritti determina delle vere e proprie situazioni soggettive giuridicamente significative anche a livello obbligatorio. L'ammissibilità dei doveri familiari tra le "situazioni obbligatorie" ai sensi dell'art. 2043 c.c. si ricava anche dall'atipicità dell'illecito civile e dalla portata che il diritto vivente attribuisce a tale disposizione, a nulla rilevando che i rapporti endofamiliari non siano espressamente richiamati tra le fonti delle obbligazioni<sup>188</sup>.

C) L'applicazione delle regole di RC contrasterebbe con la progressiva "degiuridificazione" nel settore dei rapporti familiari, quindi non avrebbe senso, per esempio, abrogare la colpa nella separazione per poi prevedere che il coniuge danneggiante che ha fatto molto soffrire l'altro, sia obbligato a risarcirgli un danno<sup>189</sup>.

C1) Si obietta: giurisprudenza e dottrina tendono attualmente a rivalutare l'elemento della colpa all'interno del sistema dell'illecito aquiliano<sup>190</sup>. Inoltre è in atto un vero e proprio processo di "giuridificazione" della famiglia sotto un profilo privatistico: alcuni doveri familiari hanno perso via via rilevanza pubblicistica (si pensi all'adulterio), ma l'hanno acquisita sotto il profilo privatistico, non potendo negarsi tutela giuridica alle vittime di illeciti civili<sup>191</sup>.

---

<sup>187</sup> BIANCA, *Diritto civile, cit.*, 66, ove si afferma che -sebbene l'adempimento degli obblighi coniugali sia rimesso alla spontanea osservanza da parte dei coniugi, nonché allo "spontaneo atteggiarsi del rapporto matrimoniale"- gli obblighi di cui all'art. 143 c.c. "costituiscono veri e propri obblighi giuridici, cui corrispondono altrettanti diritti in capo all'altro coniuge". Tale orientamento è seguito anche da PILLA, *Separazione e divorzio, cit.*, 102; F.D. BUSNELLI, *Il dovere di fedeltà coniugale, oggi*, in *Giur. it.*, 1975, I, 135. Per analoghe osservazioni sul punto cfr. Trib. Milano, 10 febbraio 1999, in *Fam. dir.*, 2001, 185, con nota di BONA; Trib. Milano, 4 giugno 2002, in *Giur. it.*, 2002, 2291, con nota di CASTAGNARO.

<sup>188</sup> CENDON-SEBASTIO, *Lui, lei e il danno, in 2002cit.*, 1257; BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali, cit.*, 185.

<sup>189</sup> LENTI, *Famiglia e danno esistenziale, cit.*, 259.

<sup>190</sup> In questo senso LENTI, *Famiglia e danno esistenziale, cit.*, 258-259. In giurisprudenza la tendenza è palese nei casi di addebito: nel prosieguo della trattazione si elencheranno i casi di riferimento.

<sup>191</sup> SEBASTIO, *La responsabilità civile endofamiliare, cit.*, 185.

D) Il fondamento della responsabilità endofamiliare, ove ritenuto esistente, sarebbe di tipo negoziale, poiché la violazione degli artt. 143 ss. c.c. non ricade sotto l'egida dell'art. 2043 c.c., bensì tra i doveri del matrimonio, il quale, pur non potendosi qualificare come un contratto - difettando del requisito della patrimonialità - rappresenta pur sempre un negozio giuridico<sup>192</sup>. In ogni caso, la disciplina codicistica in tema di inadempimento non potrebbe mai applicarsi proprio per la mancanza del requisito della patrimonialità. Quindi, la violazione dei doveri familiari implicherebbe solamente l'uso dei rimedi giusfamiliari, quali la separazione personale con addebito e l'eventuale condanna al mantenimento. Qualsiasi altra forma di riparazione non sarebbe giustificabile in diritto positivo, tanto più che il legislatore, ogni volta che ha ritenuto ipotizzabile una responsabilità del coniuge e sanzioni specifiche, le ha espressamente previste, come risulta dagli artt. 129 *bis*, 139 e 140 c.c.

D1) Critica: il cumulo dei rimedi contrattuale ed extracontrattuale non è un fatto nuovo per l'ordinamento: basti pensare al concorso tra la responsabilità per inadempimento e la RC, nel cui contesto la sussistenza di un rapporto negoziale (e non familiare, ma il ragionamento è il medesimo) non preclude la tutela *ex art.* 2043 c.c., laddove, a prescindere dall'esistenza del contratto, risultino violati interessi giuridicamente protetti<sup>193</sup>.

La spaccatura della dottrina sul tema della RC si registra anche all'interno dei contrapposti orientamenti, a testimonianza dell'incertezza e complessità della questione. Tra gli autori favorevoli all'ingresso della RC nell'ambito dei rapporti familiari, infatti, le divergenze si acuiscono in merito ai pregiudizi non patrimoniali risarcibili. Se vi è unanime consenso quanto alla risarcibilità del danno biologico, molti dubbi investono gli altri

---

<sup>192</sup> FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, *cit.*, 24, 37. Tra gli AA. che qualificano il matrimonio in termini di figura pattizia v. T. VILLA, *Separazione e divorzio*, in *Pro divorzio*, supplemento monografico a *Quo vadis?*: periodico letterario settimanale, Firenze, 1902, 14.

<sup>193</sup> VIRGADAMO, *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali e inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, II, 1902.

tipi di danno, soprattutto per le ipotesi di infedeltà, sulla base delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale degli artt. 559 (“Adulterio”) e 560 (“Concubinato”) c.p. e la conseguente irrilevanza penale del tradimento<sup>194</sup>. Altra dottrina invece si mostra più aperta, ammettendo il risarcimento del danno esistenziale.

### 2.1.3. Autonomia tra RC e diritto di famiglia

Lo sdoganamento delle regole di RC sul terreno dei torti endofamiliari ha ampliato significativamente l’area di tutela del singolo, consentendogli di attivare sia il rimedio giusfamiliare che quello risarcitorio<sup>195</sup>.

Tale soluzione, dal punto di vista sistematico, ha però posto il problema relativo al coordinamento di questi due strumenti di tutela, posto che è assai breve il passo che separa aree di tutela insufficiente da zone di eccessiva protezione.

Che non vi siano ostacoli di principio al cumulo tra rimedio risarcitorio e rimedi giusfamiliari lo dimostrano, in ambiti diversi tra loro, l’art. 129 *bis* c.c.<sup>196</sup>, l’art. 6 sulla legge di divorzio<sup>197</sup> e l’art. 49 sulla legge relativa all’adozione<sup>198</sup>.

---

<sup>194</sup> Corte Cost., 16 dicembre 1968, n. 126, ove si ritiene che “la discriminazione sancita dal primo comma dell’art. 559 c.p. non garantisca l’unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito; e, come tutti i privilegi, violi il principio di parità”; Corte Cost., 27 novembre 1969, n. 147, ove l’art. 560 c.p. è ritenuto illegittimo perché crea una disparità di trattamento tra i coniugi, non ammessa dall’art. 29 Cost.

<sup>195</sup> FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006, cit.*, 590.

<sup>196</sup> Rinvio sul punto a FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato CICU-MESSINEO*, Milano, 2002, 716 ss.

<sup>197</sup> Legge 1 dicembre 1970, n. 898, recante “Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”. Art. 6: [...] in presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all’altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l’avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto.

<sup>198</sup> Legge 4 maggio 1983, n. 184, recante “Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori”. Art. 49: L’adottante deve fare l’inventario dei beni dell’adottato e trasmetterlo al giudice tutelare entro un mese dalla data del decreto

Tuttavia, l'applicazione dei rimedi del Libro I del Codice civile non può valere a rendere automatico l'impiego degli strumenti di tipo extracontrattuale. Sul punto, dottrina e giurisprudenza sono sempre state d'accordo, sancendo l'autonomia delle differenti sfere di tutela<sup>199</sup>.

Per attivare il rimedio risarcitorio a fianco del rimedio giusfamiliare - si è detto - occorre provare l'esistenza degli elementi di cui all'art. 2043 c.c.

Il punto è che si rende necessario delineare in modo più netto l'autonomia dei due dispositivi in questione<sup>200</sup>. Infatti non tutti i comportamenti posti in violazione degli obblighi familiari sarebbero fonte di responsabilità, essendo necessario quel *quid pluris* che giudici e dottori invocano.

Per poter applicare lo strumento risarcitorio occorre, innanzi tutto, che i danni commessi siano tali per cui nessun provvedimento di separazione, di modifica della potestà genitoriale, ecc., possa neutralizzarli completamente. Occorre però dell'altro. Servono dei "filtri", alla individuazione dei quali si sta dedicando gran parte della dottrina interessata. V'è chi per esempio nega l'automatismo, poiché altrimenti si finirebbe con l'averne una corrispondenza immediata tra la violazione dei doveri matrimoniali, la declaratoria di addebito e la RC<sup>201</sup>.

In questa prospettiva si identifica il *quid pluris* con la condotta che cagioni un danno ingiusto nella sfera giuridica altrui, derivante dalla lesione di un interesse meritevole di tutela. Altri invece ipotizzano che il coniuge che ha subito la violazione dell'obbligo potrebbe accontentarsi di agire *ex art. 2043 c.c.*, senza chiedere la separazione che, per ipotesi, potrebbe non

---

di adozione. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nella sezione III del capo I del titolo X del libro primo del codice civile. L'adottante che omette di fare l'inventario nel termine stabilito o fa un inventario infedele può essere privato dell'amministrazione dei beni dal giudice tutelare, salvo l'obbligo del risarcimento dei danni.

<sup>199</sup> Trib. Milano, 24 settembre 2002; Cass., 10 maggio 2005, n. 9801.

<sup>200</sup> GAUDINO, *La responsabilità civile endofamiliare*, cit., 1243.

<sup>201</sup> G. CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale: il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padova, 2006, 61.



essere voluta neppure dall'altro. In questo caso ci sarebbe RC senza separazione<sup>202</sup>.

Altri, ancora, per evitare indiscriminate conseguenze risarcitorie che potrebbero dar adito a pretese arbitrarie, suggeriscono che l'interesse leso vada riferito a una situazione soggettiva costituzionalmente garantita, e non di rango inferiore<sup>203</sup>.

C'è chi invece ricerca l'obiettivo "gravità" della condotta violatrice e, inoltre, che il danno sia riconducibile, non alla frattura coniugale in sé, ma proprio alla condotta trasgressiva posta in essere in aperta e grave violazione di uno o più doveri coniugali<sup>204</sup>.

Alcuni ribadiscono che, sotto il profilo soggettivo, l'illecito familiare si caratterizza per il dolo dell'agente<sup>205</sup>; altri invece ammettono ipotesi fondate sulla colpa<sup>206</sup>.

Si esclude l'automatismo poiché, soprattutto con riferimento ai doveri coniugali di carattere personale, si assiste ad un processo di tendenziale "degiuridificazione", il quale si manifesta col progressivo venir meno delle conseguenze giuridiche previste in caso di inosservanza dei doveri matrimoniali di carattere personale<sup>207</sup>.

Inoltre si ritiene che l'ingiustizia del danno non si possa ravvisare nella "crisi coniugale" in sé e per sé considerata, nella separazione o nel divorzio, poiché ciascun coniuge ha diritto di separarsi, divorziare e

---

<sup>202</sup> V. PILLA, *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna, 2006, 238 ss.; affermazione simile in CENDON-SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, cit., 2804; e pure BILOTTA-CENDON, *Infedeltà coniugale e danno esistenziale*, in *Resp. civ.*, 2007, 88, affermano che "la condotta del coniuge cui la separazione è addebitata dovrà presentarsi tale, sulla carta, da rendere plausibile il ricorso ad un'azione risarcitoria anche a prescindere dalla separazione".

<sup>203</sup> A. CORDIANO, *Danno non patrimoniale per violazione dei doveri coniugali*, in *Famiglia*, 2006, 607.

<sup>204</sup> CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale: il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, cit., 166.

<sup>205</sup> G. FACCI, *Relazione omosessuale e illecito endofamiliare*, in *Fam. dir.*, 2007, 62.

<sup>206</sup> CENDON-SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, cit., 2855.

<sup>207</sup> G. FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Fam. dir.*, 2005, 374 ss.



ricostruirsi una famiglia. Danno ingiusto ci sarà se la condotta trasgressiva, posta in essere in grave e aperta violazione dei doveri coniugali, ha determinato la lesione di interessi meritevoli di tutela dell'altro, come la salute psichica, l'integrità morale, la dignità, l'onore, la reputazione.

La corrispondenza tra declamazioni dottrinali (qui passate in rassegna) e realtà operativa verrà verificata nei paragrafi che seguono. Per ora è opportuno soffermarsi sulla *ratio* della regola dell'autonomia dei rimedi, la quale emerge chiaramente da un'analisi approfondita degli istituti dei Libri I e IV.

A strumenti diversi corrispondono infatti funzioni e ambiti di tutela diversi<sup>208</sup>.

Ciò è evidente ove si consideri, per esempio, che l'addebito nella separazione, con tutti gli effetti che ne conseguono, quali l'assegno di mantenimento e l'esclusione dei diritti ereditari, scatta comunque in tutti quei casi in cui sia imputabile il venir meno della comunione dei coniugi a causa del comportamento illecito di uno dei due.

Viceversa, il risarcimento del danno opera nell'ipotesi in cui sia stato leso l'individuo in quanto tale, sotto il profilo fisico o psichico e, soprattutto nell'esplicazione e nella realizzazione della sua personalità all'interno della famiglia.

Ecco allora emergere da un lato una diversa ragione sottesa alle norme dei due libri del Codice e dall'altro una plurioffensività dell'illecito, ogniquale volta il comportamento censurabile sul piano aquiliano integri la violazione di obblighi endofamiliari.

Inoltre, in caso di lesione del diritto della persona, in molti casi, il vittorioso ottenimento della tutela familiare specifica non vale affatto a neutralizzare o ad assorbire il danno subito dal familiare, per cui si rende necessario esperire un'azione funzionalmente differente<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> SEBASTIO, *La responsabilità civile endo-familiare*, cit., 187.

<sup>209</sup> La condanna all'assegno di mantenimento in conseguenza alla separazione con addebito, per es., assolve funzioni alimentari e assistenziali, ma di certo non neutralizza l'eventuale danno subito dal coniuge a causa dell'illecito. Si considerino altresì i casi in cui in sede di separazione o divorzio, ai fini della pronuncia di addebito, alcuni fatti delittuosi vengano ritenuti irrilevanti (v. il caso paradossale di Cass., n. 10977 del 1998 che ha confermato la sentenza del grado

## 2.2. Obblighi familiari e sistema sanzionatorio: la disciplina codicistica e le sue lacune

Gli obblighi familiari sono ontologicamente collocati sul versante dei rapporti di natura personale; raramente essi hanno ad oggetto prestazioni suscettibili di valutazione economica e proprio per questo se ne suole marcare la differenza rispetto alle obbligazioni vere e proprie (1174 c.c.)<sup>210</sup>.

Le peculiarità che investono questi obblighi innescano interrogativi assai vivi sulle conseguenze che possono discendere dalla loro violazione. Punto di partenza di tale studio è l'ipotesi di una lacunosità dei rimedi offerti dal libro I del Codice civile, che legittimerebbe il ricorso ad istituti di carattere generale<sup>211</sup>. La capacità suppletiva del rimedio aquiliano non

---

precedente con cui si pronunciava la separazione con addebito alla moglie che aveva tradito il marito - troppo dedito al lavoro - con un amico di famiglia. La corte ha ritenuto però irrilevanti le percosse subite dall'adultera da parte del marito in occasione della scoperta dell'infedeltà, in quanto episodio isolato: per quale ragione dovrebbe escludersi la RC a favore del coniuge che ha subito delle lesioni?); né si trascuri il fatto che pur dopo la separazione legale, il vincolo matrimoniale non cessa e addirittura permangono *ex art. 143 c.c.*, ad eccezione della coabitazione, gli obblighi di collaborazione ed assistenza.

<sup>210</sup> A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 936.

<sup>211</sup> La storia consente infatti di affermare il progressivo e facile utilizzo del sistema di RC giacché la protezione della famiglia riceve copertura costituzionale dall'art. 29. Danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.* può essere quindi un danno endofamiliare poiché lede un interesse costituzionalmente protetto. Con un passo successivo la giurisprudenza rimuove la discriminazione che consisterebbe nel considerare meno degna di tutela la persona all'interno del matrimonio rispetto a fuori. V. Cass., 2005, n. 9801, in *Fam. dir.*, 2005, 365 nonché *Corr. giur.*, 2005, 921, in cui si afferma che "nell'ambito della famiglia i singoli componenti conservano le loro essenziale connotazione e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione al disposto dell'art. 2 Cost. [...]. E pertanto il rispetto della dignità e della personalità nella sua interezza di ogni componente il nucleo familiare assume i connotati di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di un altro componente della famiglia, [...] costituisce presupposto logico della RC, non potendo chiaramente ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare". Parte della dottrina però (NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e*

può tuttavia essere assoluta, stante le già evidenziate incongruenze che emergono nell'accostare il carattere extrapatrimoniale del danno a quello pecuniario del rimedio.

Per effettuare questa verifica mi riprometto di seguire lo schema che segue. Dopo aver brevemente descritto i diritti e i doveri reciproci incombenti sui coniugi passerò in rassegna gli strumenti rimediali predisposti dal diritto di famiglia per far fronte alla loro violazione. Infine verificherò l'effettività della lacuna di tali rimedi per concludere in merito a quale e quanto spazio possa essere opportuno destinare al ruolo integrativo dei rimedi risarcitori<sup>212</sup>.

Tale prospettiva d'indagine, quella cioè legata allo studio della RC, permetterà di osservare l'evoluzione dell'istituto della famiglia da un punto di vista differente.

Ancor prima di approfondire l'argomento risulta palese come l'avvento di un nuovo strumento di tutela in un'area in cui si esplicano rapporti tanto intimi racchiuda due rischi da non sottovalutare in sede di valutazione complessiva della "responsabilità endofamiliare". Non solo è in agguato il pericolo che la RC alteri la fisionomia giuridica degli istituti giusfamiliari, abrogando discipline e sconvolgendo equilibri, ma soprattutto si teme che non venga tenuto in debito conto il fatto che i diritti di famiglia previsti dall'art. 29 Cost. si rapportano all'idea della famiglia come modello esemplare di formazione sociale improntata al principio di uguaglianza, ma anche al principio di solidarietà e perciò

---

*responsabilità, cit.*; MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, *cit.*, 624) ritiene che la valutazione della lesione dei beni sia diversa a seconda che essi vengano percepiti dentro la famiglia o meno. Quando si discute sulla lesione di un interesse rilevante per ammettere il risarcimento del danno si nega, purtroppo, la dimensione relazionale propria della famiglia, la quale è connotata da obblighi coi quali non può non fare i conti l'intrusione della responsabilità.

<sup>212</sup> Peraltro anche la vicenda della responsabilità endofamiliare contiene quegli elementi di ambiguità che nel diritto moderno sollecitano in direzioni contrapposte la famiglia, coerentemente con le forze contrastanti cui essa è sottoposta: la famiglia è in bilico fra naturalità e sottoposizione a progetti di ingegneria sociale, fra giuridicizzazione e degiuridicizzazione, fra pubblicizzazione e privatizzazione, fra concezioni contrattualistiche e istituzionali, fra individualismo e solidarietà.

funzionale alla promozione solidale, non individualistica, di ogni persona che ne faccia parte<sup>213</sup>.

La prospettiva solidaristica da cui non è conveniente separarsi per disciplinare i rapporti coniugali induce a non abbandonare l'idea della famiglia intesa quale "istituzione" (in contrapposizione alla famiglia "contrattualizzata")<sup>214</sup>, e ad aggiornarne la natura alla luce dell'evoluzione

---

<sup>213</sup> Una lettura del matrimonio imperniata sul principio solidaristico è incompatibile con una concezione contrattuale dello stesso, poiché il vincolo coniugale rifugge da concezioni individualiste tipiche del negozio giuridico. Purtroppo però il riferimento costituzionale al matrimonio risulta spesso vanificato in quelle interpretazioni che privano tale atto fondamentale della famiglia dal suo nucleo essenziale in funzione del quale esso possa realmente distinguersi da una convenzione privata ispirata al principio della reciprocità sinallagmatica. Cfr. F. CAGGIA-A. ZOPPINI, *sub art. 29*, Commentario alla Costituzione, a cura di R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI, I, Torino, 2006, 608. V. anche MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 13, il quale sostiene che il principio di solidarietà dell'art. 2 Cost. "impedisce che il primato del dovere, affermato dalla morale domestica tradizionale, si converta nel primato del diritto soggettivo, con la conseguenza di dissolvere la famiglia nelle relazioni interindividuali dei suoi componenti conflittuali. La legge fondamentale dello stato garantisce i diritti dei membri della famiglia, ma chiede in pari tempo che il loro esercizio si sottometta alla regola della solidarietà. Una deregolamentazione che indebolisse questa regola sarebbe contraria allo spirito della Costituzione". L'A. ritiene che, nel campo del diritto di famiglia, la dottrina giuridica debba ricostruire il concetto di famiglia come istituzione, stante la tendenza alla reificazione dei rapporti interni alla famiglia e la riduzione degli ambiti di intimità e solidarietà familiare che le nuove forme di organizzazione dei rapporti economici e sociali hanno generato.

<sup>214</sup> E' la stessa Costituzione ad attribuire natura istituzionale al matrimonio. Tale natura va rivalutata anche per ZATTI, *Familia, familiae – Declinazioni di un'idea, I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 30-31, il quale afferma che va attenuato il giudizio secondo il quale la riforma del 1975 avrebbe condotto alla contrattualizzazione della famiglia. Esso sarebbe disatteso innanzi tutto sul piano dei profili patrimoniali "in cui l'autonomia privata gioca un ruolo esiguo a fronte dei pilastri della successione necessaria rafforzata a favore del coniuge e del divieto dei patti successori". Inoltre non terrebbe conto di "movimenti più profondi, quali il rapporto tra l'ordine interno di un gruppo coeso, e il diritto comune; il rapporto di implicazione, e non solo di conflitto, tra esigenze del gruppo e interessi individuali; le interazioni tra diritto di famiglia in senso civilistico e in diritto penale e sociale della famiglia". Sul punto v. analogamente MENGONI, *La famiglia in una società complessa, cit.*, 12 ss. Tale dottrina si rifà al pensiero di CICU, *Lo spirito del diritto familiare, cit.*, 124 ss., secondo il quale "il matrimonio non può essere considerato come un affare privato degli sposi, come un rapporto contrattuale fondato essenzialmente sulla

storica (che non può più appiattare questo concetto a mera “istituzione a struttura gerarchica” gestita dal capofamiglia). L’istituzione matrimoniale dei nostri giorni va fondata non più sull’autorità di un capo, ma sulla parità dei suoi membri: solo in questo modo è possibile coniugare solidarietà e uguaglianza<sup>215</sup>.

In contrapposizione alla tendenza individualistica associata all’ingresso della RC in famiglia - da cui discende una maggior responsabilizzazione del singolo all’interno del rapporto di coppia - si pone la tendenza all’attenzione crescente per le coppie di fatto, per la loro legittimazione e collocazione all’interno di un’area coperta dal diritto.

Gli apparenti vantaggi palesemente legati all’ingresso di legami di fatto nella sfera del giuridico<sup>216</sup>, non devono offuscare però le complicazioni che il progressivo sdoganamento dell’illecito aquiliano in famiglia potrebbe arrecare ai rapporti di convivenza *more uxorio*: il pericolo è infatti quello di vincolare eccessivamente chi dal diritto cercava solo un *plafond* minimo di protezione<sup>217</sup>.

---

loro volontà. Lo spirito individualistico va bandito in questa materia: esso porterebbe logicamente e fatalmente all’abolizione del matrimonio, al libero amore, alla dissoluzione della famiglia”.

<sup>215</sup> S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1990, 56.

<sup>216</sup> In data 8 marzo 2007 il Consiglio dei Ministri n. 38 ha approvato un disegno di legge in materia di diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi, anche dello stesso sesso (Dico), al fine di tutelare i soggetti più deboli della convivenza e superare così la disparità tra cittadini. Tale normativa si applica ai casi di convivenza stabile in cui sussiste un vincolo affettivo, di solidarietà e reciproca assistenza tra *partners*, e costituisce il primo tentativo di disciplinare in modo organico questo fenomeno, alla luce di una ormai esplicita tutela costituzionale che esso riceve (artt. 29 e 2 Cost.). V. M. MONTEVERDE, *La convivenza more uxorio*, in *Trattato BONILINI-CATTANEO, cit.*, 930 ss.

<sup>217</sup> Se Jemolo giunse a dire che la famiglia dovrebbe essere un’isola a sé stante “che il mare del diritto può lambire soltanto”, con ciò riferendosi all’opportunità che i rapporti personali tra i coniugi fossero gestiti all’interno della famiglia, a maggior ragione quest’espressione dovrebbe adattarsi a coloro che hanno deliberatamente scelto la libertà come elemento caratterizzante del loro rapporto. A questa concezione della convivenza *more uxorio* si contrappone però un lento ma progressivo riconoscimento da parte delle corti e del legislatore per una qualche forma di rilevanza di tale situazione. Cfr. Cass., 18 settembre 1997, n. 9287, in *Fam. dir.*, 1998, 10, nonché Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giust. civ. mass.*, 2005, n. 5, ove, ferma restando l’inapplicabilità delle norme dettate per il matrimonio alla convivenza *more uxorio*, viene riconosciuto un obbligo di lealtà tra

Il riconoscimento del “risarcimento del pregiudizio endofamiliare”, dal sapore iper responsabilizzante e per ciò stesso temibile, potrebbe rendere inutile un ripensamento del ruolo delle coppie di fatto nel nostro ordinamento e dissuadere sempre più questi rapporti dal cercare tutela giuridica, col rischio però di dover rinunciare anche ai benefici intrinsecamente legati al ruolo che la legge riveste nelle relazioni umane.

### **2.2.1 La fase prematrimoniale: promessa e nullità del matrimonio**

Nella fase precedente al matrimonio è presente un sistema di sanzioni consistente in obbligazioni pecuniarie. Gli artt. 81 e 129 *bis* c.c. dettano una disciplina chiara che, già nel testo delle rubriche, esplicita i termini “risarcimento” e “responsabilità”.

Il primo istituto regola le conseguenze derivanti dalla rottura della promessa di matrimonio, prevedendo il risarcimento del danno emergente cagionato dal promittente che, senza giusto motivo, ricusi di eseguirla (art. 81, comma 1 c.c.). Lo stesso risarcimento è dovuto dal promittente che, con la propria colpa, ha dato giusto motivo al rifiuto dell'altro (art. 81, comma 2 c.c.)<sup>218</sup>.

Il lungo interrogarsi sulla natura di tale responsabilità ha portato le corti e la dottrina maggioritaria a qualificare l'obbligazione risarcitoria come una particolare ipotesi di obbligazione *ex lege*<sup>219</sup>, respingendo la tesi

---

conviventi; Trib. Verona, 31 dicembre 1980, in *Resp. civ. prev.*, 1981, 74, il quale riconosce per la prima volta il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale per la morte del convivente causata da un fatto illecito del terzo; Trib. Milano, 9 marzo 2004, in *Danno e Resp.*, 2005, 80, ove si riconosce al convivente anche il risarcimento del danno patrimoniale. Tali benevolenze nei confronti dei conviventi contribuiscono a chiedersi se possa parlarsi di “responsabilità endofamiliare” anche nei rapporti di fatto (v. § 2.3).

<sup>218</sup> L'azione per il risarcimento è soggetta al termine decadenziale di un anno dal giorno del rifiuto di celebrare il matrimonio. La natura decadenziale del termine è affermata da F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, Torino, 1989, 19 e C.M. BIANCA, *Famiglia (Diritti di)*, in *Noviss. Dig.*, VII, Torino, 1961, 48.

<sup>219</sup> Cfr. App. Milano, 25 giugno, 1954, in *FP*, 1954, II, 53; Trib. Salerno, 31 agosto 1959, in *FN*, 1959, I, 219. Tale tesi fu avanzata da F. SANTORO-PASSARELLI, *Lineamenti della promessa di matrimonio secondo il nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 12.

della natura aquiliana, altrettanto autorevolmente sostenuta<sup>220</sup>, con un'obiezione difficilmente superabile: il fatto cioè che non sarebbe possibile ravvisare gli estremi di un illecito nell'esercizio di un potere espressamente concesso dalla legge. La soluzione del problema ha una rilevanza applicativa sia ai fini dell'onere della prova che dell'applicabilità di altri obblighi risarcitori<sup>221</sup>. Quanto alla determinazione dei criteri per la quantificazione del danno, l'intento che ha mosso il legislatore è stato quello di tutelare la libertà dei nubendi fino al momento della celebrazione del matrimonio.

Il risultato è stato perseguito mediante la creazione di un'accurata serie di limitazioni alla risarcibilità del danno, tra le quali è preminente quella che include solo i pregiudizi di tipo patrimoniale (le spese fatte e le obbligazioni sostenute che rispecchino un canone di normalità, tenuto conto delle condizioni economiche delle parti). Inoltre è necessario che le spese e le obbligazioni siano state, rispettivamente, fatte e contratte "a causa" della promessa.

Siffatta disciplina è ben lungi dal tutelare la sfera intima del promissario ferito e dall'offrire una tutela pari a quella prevista *ex art.* 2043 c.c. Considerando il momento in cui essa trova applicazione, pare tuttavia a chi scrive che la soluzione sia opportuna, poiché la libertà individuale nella fase precedente al vincolo deve prevalere su qualunque altra posizione giuridica soggettiva.

---

<sup>220</sup> Così JEMOLO, *Il matrimonio*, *cit.*, 70 e M. FINOCCHIARO, *Matrimonio*, II, artt. 84-158, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCAJOLA e BRANCA, Zanichelli-Foro it., 1993, 141 ss. La dottrina meno recente invece riteneva che l'art. 81 c.c. sancisse una particolare ipotesi di responsabilità contrattuale, v., per es., TEDESCHI, *Matrimonio (Promessa di) (Diritto civile)*, in *Noviss. dig.*, X, Torino, 1964, 423.

<sup>221</sup> Considerando tale responsabilità come "contrattuale", l'attore dovrà provare solo il rifiuto del convenuto alle nozze, mentre graverà su costui l'onere di dimostrare che il rifiuto è sorretto da un legittimo motivo. Ravvisando invece nell'art. 81 c.c. un peculiare illecito aquiliano, il promissario deluso non potrà far valere altri obblighi risarcitori fondati sulle norme del titolo IX del libro IV c.c. Così, in particolare, non potrà agire per lamentare danni diversi dalle spese sostenute per l'organizzazione del matrimonio, né potrà giovare del termine di prescrizione quinquennale contemplato dall'art. 2947 c.c., v. FEOLA, *La promessa di matrimonio*, *Trattato BONILINI-CATTANEO*, *cit.*, 102-103.



Ma v'è di più. In una società che ha fortemente ridimensionato il significato del matrimonio quale unione indissolubile, desta perplessità che ancor oggi si manifesti interesse per una figura (la promessa), sull'opportunità della cui regolamentazione autorevole dottrina esprimeva già un tempo serie perplessità<sup>222</sup>.

La giurisprudenza ha mostrato un singolare atteggiamento con riguardo ai danni originati dalla rottura della promessa di matrimonio. Pur avendo escluso che l'art. 81 c.c. sia riconducibile alla clausola generale di RC<sup>223</sup>, riconosce un certo spazio anche alla responsabilità *ex art.* 2043 c.c. nel caso di uso della promessa come mezzo di illecita pressione, con conseguente possibilità di liquidazione del danno al di là dei limiti posti dall'art. 81<sup>224</sup>.

Tale giurisprudenza peraltro non ammette che un'unica figura di illecito occasionato dall'inadempimento della promessa: quello da seduzione<sup>225</sup>. Distinguendosi nettamente dal reato di seduzione (art. 526 c.p., abrogato con l. 15 febbraio 1996, n. 66 recante "Norme contro la violenza sessuale") per l'esiguità dei presupposti che la integrano, questa fattispecie suscita molte perplessità, apparendo il prodotto grottesco di una concezione dei costumi sessuali tramontata da tempo<sup>226</sup>.

---

<sup>222</sup> JEMOLO, *Del matrimonio*, Torino, 1950, 48.

<sup>223</sup> Invero, Trib. Palermo, 2 giugno 1998, in *Fam. dir.*, 1998, 1140, inquadra il comportamento del seduttore nella clausola generale di RC, anche se concretamente non statuisce la condanna al risarcimento a causa della mancata prova della perdita di *chances*. Buona parte della dottrina rileva come, a parte la *probatio diabólica* della perdita di *chances*, la fattispecie si sarebbe prestata alla prospettabilità di un danno esistenziale in senso proprio -anche in considerazione dell'ambiente sociale e culturale in cui la vicenda si è svolta-, posto che, se è giusto poter interrompere una relazione sentimentale, non è ammissibile andare esenti dalla responsabilità qualora la rottura avvenga con modalità lesive, v. VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, cit.

<sup>224</sup> FINOCCHIARO, *Matrimonio*, cit., 182 ss.

<sup>225</sup> Trib. Genova, 17 gennaio, 2004, in *Guida al dir.*, 2004, 13, 60; Cass., 12 febbraio 1967, n. 510, in *Foro it.*, 1976, I, 961; App. Torino, 13 novembre 1958, in *Giust. civ.*, 1958, I, 719.

<sup>226</sup> La vittima della seduzione ha infatti diritto a chiedere il risarcimento del danno derivatole dalla seduzione, ove il seduttore abbia ottenuto il consenso alla congiunzione carnale promettendo il matrimonio o facendo sorgere in lei la convinzione della propria disponibilità a contrarlo. V. FEOLA, *la promessa di*



Proprio per questo, se appare eccessivo ammettere il risarcimento del (solo) danno patrimoniale (che la giurisprudenza ravvisa nella perdita concreta di *chances* matrimoniali, conseguente alla disistima sociale cui sarebbe oggetto la donna sedotta<sup>227</sup>), *a fortiori* sembra assurdo risarcire tale danno ancorandosi all'art. 2043<sup>228</sup>.

Il disappunto con cui la letteratura giuridica più recente guarda al mantenimento di questa forma di responsabilità si giustifica osservando altre ipotesi di seduzione in cui la vittima potrebbe vantare un danno identico a quello di cui in argomento, ma sicuramente non può pretenderne la riparazione<sup>229</sup>.

Benché la giurisprudenza abbia sempre negato la risarcibilità di danni ulteriori a quelli cui facesse menzione l'art. 81 c.c., il dibattito in dottrina ha investito altre due tipologie di danni conseguenti all'inadempimento della promessa: il trasferimento in altra località e il danno alla salute risentito dal fidanzato abbandonato<sup>230</sup>.

La dottrina ha criticato gli angusti ambiti applicativi dell'art. 81 che, oltre a risarcire solo il danno patrimoniale, tutela la depressione ingenerata dall'inadempimento di una promessa risultante da una dichiarazione scritta (la forma scritta è uno dei requisiti per applicare la disposizione), ma non quella dell'innamorato beffato che abbia confidato su circostanze legittimanti una seria aspettativa. Si sostiene che la giurisprudenza, che

---

*matrimonio, cit.*, 109.

<sup>227</sup> Cass., 27 ottobre 1948, n. 1786, in *Foro it.*, 1949, I, 1068. L'elaborazione giurisprudenziale, attraverso la "perdita di *chances*" rivela una propensione verso la tutela di una libertà fondamentale dell'individuo inserita tra quelle riconosciute dall'art. 2 Cost. Sulla perdita di *chances* tuttavia, la nostra dottrina non ha mai operato un collegamento con la seduzione.

<sup>228</sup> La responsabilità aquiliana per violazione della promessa di matrimonio è stata sostenuta, tra le altre, da Cass., 13 novembre 1975, n. 3825; Cass., 18 giugno 1968, n. 2019 e Cass., 8 luglio 1993, n. 7493.

<sup>229</sup> Si pensi al caso del datore di lavoro che subordini l'assunzione di una dipendente alla circostanza che costei gli si conceda, e che, ottenuto quanto voleva, non mantenga la promessa. A meno che la lavoratrice non versasse in uno stato di bisogno, di cui il datore ha approfittato, non sembra in questo caso ci siano gli estremi per invocare l'art. 2043 c.c., fermo restando che la lavoratrice non ha alcun diritto all'assunzione, perché l'accordo è contrario al buon costume, e dunque deve considerarsi nullo.

<sup>230</sup> FEOLA, *La promessa di matrimonio, cit.*, 115.

ricava dall'art. 81 un'obbligazione *ex lege* di risarcimento, ben potrebbe evitare di usare tale norma, per ricavare la riparazione direttamente dall'art. 2043 c.c. (ovviamente in presenza dei presupposti di applicabilità, tra cui la dottrina ravvisa quale elemento soggettivo solo il dolo o la colpa grave) che permette di ristorare anche danni attinenti alla dimensione esistenziale del soggetto deluso. In tal modo si terrebbe in maggior considerazione la forza persuasiva dei sentimenti, ma si violerebbe il principio di incoercibilità della promessa, che l'art. 81 sembra voler parzialmente tutelare.

Alcuni autori, al contrario, sottolineano l'opinabilità della soluzione proposta da chi vorrebbe rimettere la definizione di questi aspetti ad istituti di diritto comune, appoggiandosi sul raffronto con l'esperienza francese che da più di due secoli applica la clausola generale di RC in caso di *rupture fautive de fiançailles*<sup>231</sup>.

Il rimedio previsto dall'art. 129 *bis* c.c. attiene invece alla responsabilità del coniuge in mala fede al quale sia imputabile la nullità del matrimonio. Strumento apparentemente legato alla dinamica patrimoniale-solidaristica, poiché si inserisce in un sistema di "sicurezza o solidarietà sociale" voluto dal legislatore della riforma<sup>232</sup>, questo rimedio, in pratica,

---

<sup>231</sup> G. OBERTO, *La promessa di matrimonio*, in *Trattato dir. fam.* ZATTI, *cit.*, 171, richiama la critica di RUBELLIN-DEVICHI, *Fiançailles*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1989, 277, rivolta all'utilizzo della clausola generale di RC nel contesto di una fattispecie così particolare come quella in esame. Tanto per cominciare, la ricostruzione *sub specie legis Aquiliae*, impone all'attore l'onere di dimostrare l'esistenza di una colpa in capo alla controparte. Ma siccome striderebbe con le regole di buon senso far coincidere la colpa col mero esercizio di un fondamentale diritto di libertà (la libertà di cambiare idea relativamente alla scelta matrimoniale), dottrina e giurisprudenza sono costrette a ricorrere all'*abus de droit de rompre*, ravvisato a seconda dei casi vuoi nelle modalità, vuoi nelle ragioni della rottura, abbandonandosi ad eccessi a volte sconcertanti. Appare all'A. più ragionevole pertanto un sistema simile a quello seguito dalle legislazioni che hanno scelto la via di disciplinare appositamente la promessa di matrimonio, scaricando sulla parte recedente l'onere di dimostrare la presenza di un giustificato motivo, sistema che consente, tra l'altro, di evitare il paradosso di domandare a chi intende liberarsi dal fidanzamento quella prova della colpa della controparte che non si chiede ormai più nemmeno a chi si voglia sbarazzare del vincolo matrimoniale.

<sup>232</sup> Così R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 435,

rivela una natura spiccatamente sanzionatoria dal momento che prevede l'obbligo di un "mantenimento" di tipo indennitario a prescindere dal danno sofferto, sulla base di una quantificazione minima della responsabilità per il fatto dell'annullamento del matrimonio, dipeso dalla condotta del coniuge di mala fede (o del terzo)<sup>233</sup>.

La sanzione civile in questo caso viene imposta dall'oggettività della tutela del vincolo matrimoniale. L'adempimento dell'obbligo di buona fede, ossia la comunicazione all'altro coniuge dell'esistenza dell'impedimento matrimoniale, serve infatti ad evitare la delusione e la sofferenza morale di un matrimonio nullo, oltre all'inutile perdita di tempo<sup>234</sup>.

Tralasciando i problemi interpretativi estranei all'oggetto dell'indagine, occorre chiarire il rapporto tra la norma in esame e la clausola generale di RC.

Parte della dottrina ha riconosciuto la qualificazione autonoma dell'art. 129 *bis* - e non di illecito civile tipizzato dalla legge e per ciò stesso in rapporto di specialità con l'art. 2043 c.c.<sup>235</sup> -, che viene connotata da un

---

il quale ritiene che la finalità assistenziale è garantita sia dal parametro del "mantenimento", prescelto per stabilire l'ammontare minimo dell'indennità, sia dal fatto che il coniuge in mala fede è tenuto a prestare gli alimenti all'altro coniuge, in mancanza di altri obblighi. *Contra* D. BUZZELLI, *Sulla responsabilità dei coniugi per l'invalidità del matrimonio*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 323, secondo cui l'irrilevanza delle condizioni patrimoniali del coniuge a cui favore dev'essere prestata l'indennità, fanno propendere per escludere la natura assistenziale della norma.

<sup>233</sup> Individuano nella fattispecie in esame una pena privata P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, 151; BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, *cit.*, 280. *Contra* G. VISINTINI, *Invalidità del matrimonio e responsabilità civile*, in *Dir. fam.*, 1979, 871, la quale sottolinea che l'art. 129 *bis* c.c. prescinde dall'attribuire rilievo alla conoscenza, e quindi alla colpa, del coniuge a cui la causa di nullità risulta imputabile.

<sup>234</sup> NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *cit.*, 944 rileva che la tutela *ex art.* 129 *bis* pare legata alla violazione di un obbligo di protezione vigente nella fase prematrimoniale, il quale ricorda gli obblighi di protezione che gli artt. 1337-1338 c.c. pongono alle parti nella fase precontrattuale vincolandole al principio di buona fede. V. anche F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 30 e G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 105.

<sup>235</sup> R. LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978, 263 ritiene che

particolare profilo riparatorio, vista la rilevanza dell'interesse del coniuge in buona fede a reintegrare, con finalità di riequilibrio (“congrua indennità”), la dinamica dei rapporti patrimoniali creati dal matrimonio<sup>236</sup>.

L'indennità, che non è diretta a garantire il risarcimento del danno, da richiedersi invece *ex art.* 2043 c.c. dando prova del danno subito, trova l'unico limite quantitativo del contenuto minimo della prestazione (pari a tre anni di mantenimento), determinabile in relazione al tenore di vita goduto dal coniuge beneficiario durante il matrimonio, senza tener conto in concreto della reale situazione patrimoniale, ovvero delle sostanze dell'obbligato<sup>237</sup>.

Un'ulteriore corrente dottrinale ritiene invece che l'art. 2043, ove ne ricorrano i presupposti, sia applicabile in concorso col rimedio del libro I del Codice. Diversi sono gli argomenti su cui si poggia tale assunto: non solo infatti le norme giusfamiliari non accennano alla “esclusività” della sanzione *ex art.* 129 *bis*, ma soprattutto l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 2043 determinerebbe un ingiusto trattamento di favore per il familiare che ha compiuto l'illecito, il quale andrebbe incontro solo alla conseguenza prevista dalla norma sanzionatrice “speciale” spesso attenta

---

partendo dalla configurazione dell'art. 129 *bis* quale norma speciale rispetto all'art. 2043 c.c., il soggetto chiamato al pagamento dell'indennizzo possa opporre la prova liberatoria che il coniuge in buona fede non abbia, in concreto, subito alcun pregiudizio in conseguenza dell'annullamento. L'A. esclude un concorso tra le due norme in questione, poiché ciò comporterebbe una duplicazione di azioni in relazione ad un comportamento generatore del medesimo tipo di responsabilità.

<sup>236</sup> Chi propende per l'alternatività e concorrenza delle tutele, si appoggia sulla differenziazione avvenuta nel 1975 tra gli artt. 129 *bis* e 139 c.c. Solo per quest'ultimo, infatti, è richiesto il dolo del coniuge in mala fede (e non la mera possibilità di conoscere la causa di nullità), in quanto l'effettività della conoscenza della causa di invalidità matrimoniale funziona come indizio oggettivo di intenzionalità omissiva. V. NICOLÒ, *Diritto civile, cit.*, 447. Tuttavia la giurisprudenza propende per applicare gli effetti dell'art 129 *bis* alle ipotesi *ex art.* 139. Cfr. Cass., 27 aprile 1993, n. 4953.

<sup>237</sup> NICOLÒ, *Diritto civile, cit.*, 447. LANZILLO, *Il matrimonio putativo, cit.*, 263 ritiene che partendo dalla configurazione dell'art. 129 *bis* quale norma speciale rispetto all'art. 2043 c.c., il soggetto chiamato al pagamento dell'indennizzo possa opporre la prova liberatoria che il coniuge in buona fede non abbia, in concreto, subito alcun pregiudizio in conseguenza dell'annullamento.

unicamente all'interesse specifico di tipo familiare del danneggiato, e non al risarcimento del danno eventualmente prodotto<sup>238</sup>.

Da un'analisi globale della interpretazione delle norme in questione pare quindi potersi dire che nella fase prematrimoniale non ci sia bisogno di un'integrazione della responsabilità di diritto comune, posto che una responsabilità è già prevista dalle norme giusfamiliari.

È vero che l'art. 129 *bis* prescinde nella sua misura minima dal danno, ma pare ammissibile che il danno possa rientrare in gioco ove risulti eventualmente superiore a quella stessa misura minima. In questo caso quindi si è di fronte a un vero e proprio risarcimento che avvicina la norma in questione alla clausola generale di RC<sup>239</sup>. Sarebbe ingiusto, per chi scrive, onerare ulteriormente un soggetto in una fase antecedente a quella del vincolo, nella quale dovrebbe prevalere la protezione dell'autodeterminazione.

### 2.2.2. La fase di costanza della convivenza matrimoniale

Benché i rapporti in famiglia si svolgano generalmente secondo modelli di comportamento poco inclini ad essere cristallizzati in regole ferree, la legge non rinuncia a proporre linee di condotta che, per quanto elastiche, siano dotate di vincolatività giuridica. Nel terreno domestico tuttavia le norme giuridiche fanno più che mai rinvio alle norme del costume, ai precetti della morale; va da sé che la loro intrinseca relatività induce l'interprete a valutare il comportamento di un familiare rispetto a quello dell'altro componente della famiglia tenendo presente l'ambiente sociale in cui vive e tutto il suo passato<sup>240</sup>.

---

<sup>238</sup> Così PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 83, il quale richiama A.C. JEMOLO, "Gli occhiali del giurista". *Nullità di matrimoni concordatari e sanzioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, II, 508 ss.

<sup>239</sup> Sostiene questa tesi C. CASTRONOVO, *Dal diritto canonico al diritto civile: nullità del matrimonio ad effetti patrimoniali*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, II, t. 1, Milano, 1991, 224. L'A. qualifica come pena privata l'indennità solo con riferimento alle ipotesi in cui l'obbligazione pecuniaria dovuta al coniuge di mala fede sia superiore al danno o addirittura danno non vi sia stato.

<sup>240</sup> JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., 417.

Il diritto di famiglia disciplina una serie di rapporti personali e patrimoniali mediante norme imperative, che mirano a garantire interessi pubblici, spesso legati alla tutela di soggetti deboli, e norme dispositive che lasciano la possibilità di esplicazione all'autonomia privata<sup>241</sup>: questa sorta di decalogo del “buon familiare” si regge sui principi di autoresponsabilità e solidarietà, temperati dall'uguaglianza dei diritti e dei doveri dei coniugi (art. 143 c.c.).

Ai fini del presente studio interessa individuare i doveri derivanti dal vincolo coniugale e genitoriale, per poi analizzare i possibili rimedi. Non si tratta di doveri di carattere solamente morale, ma anche di natura giuridica, come testimonia l'istituto della separazione con addebito che costituisce la sanzione principale della loro violazione, e soprattutto come dimostra l'attuale giurisprudenza, sempre incline a dare voce a nuove esigenze risarcitorie<sup>242</sup>.

Per quanto concerne le singole obbligazioni derivanti da matrimonio, esse non sono precisamente definite dalla norma, cosicché i loro confini odierni sono il frutto dell'intenso lavoro condotto da dottrina e corti.

Nel tentativo di abbozzarne una classificazione sono emerse cinque tipologie di doveri, i quali rappresentano, per così dire, il “contenuto minimo” del rapporto coniugale, che marito e moglie potranno poi modulare secondo intese del tutto private senza, ovviamente, snaturare il contenuto dell'impegno matrimoniale<sup>243</sup>. Passiamoli in rassegna in modo volutamente schematico.

---

<sup>241</sup> PATTI-M.G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, 191. Per un approfondimento sui rapporti patrimoniali tra coniugi si rinvia a SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 381.

<sup>242</sup> Cfr. § 2.3. (“L'evoluzione giurisprudenziale dell'art. 2043 c.c. nella famiglia tra aperture e dinieghi risarcitori”)

<sup>243</sup> L. BOCCADAMO, *Torto endofamiliare e risarcibilità del danno esistenziale per violazione dei doveri coniugali: una duplice conferma*, in *Resp. civ.*, 2008, 07, 616 ss.; FERRANDO, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 71 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., 19 maggio 1978, n. 2470, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 102 ove si parla di “doveri impliciti” per indicare quel corollario di costanti e quotidiani doveri che nascono all'interno di una coppia a seguito del matrimonio e che specificano e completano quelli “di

Assistenza e collaborazione (art 143, comma 2, c.c.): venuta meno la concezione di assistenza fondata sugli obblighi maritali, con la riforma del diritto di famiglia è stata sancita una piena reciprocità negli sforzi tesi al mutuo sostegno nelle necessità quotidiane (assistenza materiale) e nella sfera affettiva e spirituale (assistenza morale)<sup>244</sup>. L'ampiezza dell'obbligo in questione, accentuata dalla possibilità per le parti di accordarsi circa i suoi contenuti, induce a esemplificare solamente i tratti del dovere in discussione, prendendo a riferimento l'interpretazione di dottrina e giurisprudenza<sup>245</sup>. Sotto un'egida che è ormai venuta perdendo ogni sapore paternalistico (“assistere”, “assistito”, “assistenziale”), per acquistare invece timbri sempre più ispirati al motivo della solidarietà e della comprensione, si finisce per spaziare dalle violazioni dei diritti classici della personalità, ai comportamenti lesivi verso la prole, fino alle aggressioni alla salute del coniuge. L'estensione di tali doveri però non è illimitata, ma viene circoscritta dallo stesso legislatore, laddove eleva la “intollerabilità della convivenza” a motivo sufficiente per la separazione personale, e quindi per la cessazione di quei modi di esercizio dell'assistenza che si

---

base” previsti dalla legge. Per un quadro generale sull'art. 143 c.c. v. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, V ed., Torino, 93 ss.; RUSCELLO, *I rapporti personali tra coniugi*, cit.; TOMMASINI, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Trattato dir. priv.* BESSONE, vol. IV, t. I, 113 ss.; FORTINO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1997, 179 ss.; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1988, 31 ss.

<sup>244</sup> M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, 41.

<sup>245</sup> In questo quadro si specifica che è dovere di ciascun coniuge assistere l'altro quando questi sia infermo, malato, anziano, condannato alla reclusione o in condizioni di difficoltà economica (BONILINI, *Manuale del diritto di famiglia*, Torino, 1998, 58); che un coniuge debba aiutare l'altro nel lavoro o nello studio; che il dovere di assistenza si esplica anche sul piano morale, imponendo il sostegno reciproco nella sfera affettiva, psicologica e spirituale (PARADISO, *La comunità familiare*, cit., 41). Ne consegue che viola il dovere di assistenza il comportamento della moglie che denoti aridità di sentimenti, noncuranza della persona del marito e che tolleri ingerenze della propria madre nella vita familiare assillando nel contempo il marito con pressanti e spropositate richieste di denaro (Cass., 30 dicembre 1981, n. 6775, in *Foro it.*, 1982, I, 1991); lo stesso può dirsi per l'ingiustificato rifiuto di aiuto e conforto spirituale, con la volontaria aggressione dell'altro coniuge al fine di annientarlo, deprimerlo ed ostacolarlo (App. Torino, 21 febbraio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, 475, ove si descrive tale comportamento in termini di *mobbing*); medesima violazione si ha anche con la sottrazione a rapporti affettivi e sessuali (Cass., 23 marzo 2005, n. 6276, in *Giust. civ. mass.*, 2005).



realizzano grazie alla vicinanza tra i coniugi. Ciò ha indotto correttamente a ritenere che dal coniuge non si possa pretendere un atteggiamento di sopportazione eccezionale e che il livello di tolleranza vada comunque misurato in relazione alla capacità e personalità di ciascun coniuge, e che non possa essere preteso oltre i limiti da esse derivanti<sup>246</sup>.

Fedeltà (art. 143, comma 2, c.c.): nell'accezione attuale, peraltro non più intesa come mero *jus in corpus*<sup>247</sup>, questo dovere consiste nella dedizione reciproca che include anche l'esclusiva sessuale, ma non si riduce ad essa. La dottrina unanime accoglie questa nozione, definendola variamente "dedizione fisica e spirituale"<sup>248</sup>, impegno reciproco di devozione<sup>249</sup> o "lealtà" nei confronti dell'altro coniuge<sup>250</sup>: tutte formule dal contenuto elastico che rinviano necessariamente ad un esame concreto dei comportamenti della coppia nelle singole circostanze<sup>251</sup>. Anche la giurisprudenza esclude ogni automatismo di giudizio, affermando costantemente che neppure l'adulterio, di per sé considerato, è sufficiente a motivare l'addebito della separazione, se non risulta che abbia causato l'intollerabilità della convivenza<sup>252</sup>. Essa impone di valutare in che misura il comportamento infedele abbia inciso sulla vita familiare, tenuto conto delle modalità e della frequenza dei fatti, dell'ambiente in cui si sono verificati e della sensibilità morale degli interessati. E l'attuale società multietnica in cui viviamo dovrebbe portarci a valutare anche la specifica

---

<sup>246</sup> Cfr. Cass., 17 maggio 1982, n. 3045, in *Giust. civ. mass.*, 1982, ove si afferma che non è causa di addebitabilità della separazione l'incapacità di un coniuge di adattarsi alla mentalità ed alla struttura patriarcale della famiglia dell'altro.

<sup>247</sup> Sull'elasticità e ampiezza del concetto di fedeltà cfr. App Torino, 21 febbraio 2000, che richiama in motivazione il concetto di correttezza reciproca.

<sup>248</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 507.

<sup>249</sup> F.D. BUSNELLI, *Significato attuale del dovere di fedeltà coniugale*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Atti di un convegno di studi, Napoli, 1975, 281.

<sup>250</sup> ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato RESCIGNO*, 3, II, Torino, 1996, 32.

<sup>251</sup> VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, cit., 355 ss., il quale richiama SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., 510.

<sup>252</sup> Cass., 14 febbraio 1990, n. 1099, in *Giust. civ. mass.*, 1990; Cass., 28 maggio 1987, n. 4767, in *Giust. civ. mass.*, 1987.



tradizione dei *partners* e la maggior o minor tolleranza che nei contesti di provenienza si riserva a deviazioni dal modello familiare proprio della nostra cultura<sup>253</sup>. L'esame del comportamento coniugale viene poi influenzato da come l'accordo stretto nella coppia ha modellato i confini di tale obbligo: talvolta si impronta il rapporto ad una stretta esclusività affettiva; talaltra invece sono tollerate condotte generalmente vietate, almeno fino a quando uno dei coniugi non dissenta o finché il comportamento non intacchi gli interessi della prole<sup>254</sup>. Infine, è da ricordare che, espunte dall'ordinamento le sanzioni penali previste per l'adulterio e il concubinato, la violazione dell'obbligo di fedeltà non assume più alcuna rilevanza penale: la giurisprudenza boccia infatti il tentativo di ricondurre l'infedeltà ad una violazione degli obblighi di assistenza familiare rilevante per l'art. 570 c.p.<sup>255</sup>.

Coabitazione (art. 143, comma 2, c.c.): affievolitasi nel tempo, questa obbligazione si riduce oggi all'"abitare sotto lo stesso tetto" e si adatta alle intese dei coniugi<sup>256</sup>. Del resto, è lo stesso testo legislativo che consiglia di tracciare i contorni del dovere in esame con una certa cautela. In primo luogo l'art. 145 c.c. dà facoltà a ciascun coniuge di avere un proprio domicilio autonomo rispetto alla residenza familiare, lasciandolo libero di scegliere un luogo diverso quale centro dei propri interessi individuali. Inoltre l'art. 144 c.c. sottopone la fissazione della residenza familiare al principio dell'accordo tra i coniugi: ciò implica che l'intesa tra gli stessi possa portarli a stabilire luogo, modalità e tempi con cui la

---

<sup>253</sup> V. TOMMASINI, *I rapporti fondamentali nella famiglia*, cit., 689.

<sup>254</sup> ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., 41.

<sup>255</sup> Cass., 12 aprile 1983, in *Giust. pen.*, 1984, 1677; Cass., 18 febbraio 1980, in *Giust. pen.*, 1981, 1059; Cass. pen., 4 settembre 2000, n. 9440, in *Fam. dir.*, 2001, 402.

<sup>256</sup> SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., 506; la riduzione della coabitazione al suo significato letterale, e cioè al fatto materiale del vivere sotto lo stesso tetto, non esclude tuttavia che si debba avere riguardo anche ad una "volontà e disposizione di spirito" di coabitare, così come suggerisce SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, cit., 277 ss. Sembra sottolineare questo aspetto G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 169, il quale preferisce alla formula "coabitazione" il termine "convivenza", dall'A. considerato più comprensivo ed ampio.

coabitazione deve svolgersi, secondo modelli che possono variare anche notevolmente tra loro<sup>257</sup>. Ad ogni modo, la fissazione di una sede della vita comune impegna i coniugi a rispettarla e, in assenza di giustificazioni, la mancata partecipazione a quanto vi si svolge rappresenta la violazione di un dovere primario del matrimonio.

Contribuzione (art. 143, ultimo comma, c.c.): è il corrispondente in campo patrimoniale del dovere di assistenza e collaborazione, in base al quale i coniugi sono tenuti a soddisfare i bisogni della famiglia in relazione alla capacità lavorativa ed alle sostanze economiche di ciascuno<sup>258</sup>. Nonostante attenga a prestazioni di carattere economico esso riguarda i rapporti personali, costituendo, anzi, un completamento di questi come supporto economico in chiave solidaristica e di eguaglianza all'interno della famiglia<sup>259</sup>. La disposizione omette di specificare le tipologie e i criteri di selezione dei bisogni sulla base dei quali poter qualificare un bisogno individuale come bisogno della famiglia. Tuttavia pare che i bisogni dei figli si soddisfino con l'adempimento dei doveri di mantenimento, istruzione ed educazione. I bisogni dei coniugi invece sono dotati di maggior elasticità e relatività, giacché vanno calcolati in relazione alla capacità contributiva dei componenti il nucleo familiare, nel senso che maggiore è la capacità contributiva, tanto maggiore è il tenore di vita della comunità familiare e, tanto maggiori, di conseguenza, i relativi bisogni<sup>260</sup>.

---

<sup>257</sup> ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., 68 ss.

<sup>258</sup> In quest'ottica ci si richiama alla misura "proporzionale" del contributo di ciascun coniuge. Tuttavia l'espressione "in relazione" è equivoca poiché, se da un lato richiama l'art. 193 c.c. (il quale precisa che la separazione può essere richiesta quando uno dei coniugi non contribuisce ai bisogni della famiglia "in misura proporzionale alle proprie sostanze e capacità lavorative"), dall'altro non può andare contro la logica solidaristica che è propria del vincolo coniugale. In buona sostanza, l'uso dell'espressione "in relazione" al posto di "in proporzione" sembra quindi indicare, più che altro, la presenza di un criterio di valutazione per il giudice che lo vincoli non a dare rigide soluzioni matematiche, ma a decidere sulla base della specificità della concreta ipotesi. Sul punto v. M. DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Trattato CICU-MESSINEO*, VI, 4, 1994, 36.

<sup>259</sup> RUSCELLO, *I diritti e doveri che nascono dal matrimonio*, cit., 773.

<sup>260</sup> A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 636.

La soluzione del problema va pertanto relativizzata alla concreta realtà familiare. Sotto questo profilo, un sicuro riferimento può essere rappresentato dalle condizioni economiche e sociali della famiglia le quali, costituiscono un criterio normativo che, pur previsto in caso di separazione e divorzio (v. art. 156, comma 2, c.c.), indica una direttiva generale<sup>261</sup>. Laddove poi si consideri che la famiglia è una formazione sociale destinata a una comunione di vita spirituale e materiale, un parametro non può, in ogni caso, mancare: i bisogni ai quali si dovrà fare riferimento ai fini dei doveri coniugali saranno quelli finalizzati alla realizzazione delle esigenze esistenziali dei singoli membri. Va da sé che la nozione di bisogno non può esaurirsi nella realizzazione delle esigenze attuali, ma va ampliata alle necessità future ed eventuali legate alla “sicurezza” della famiglia contro rischi, malattie, ecc.

Accordo (art 144 c.c.): estrinsecazione del principio di parità tra coniugi, a questo dovere si è accennato anche in riferimento agli obblighi coniugali previsti dall'art. 143 c.c.; tuttavia in questa sede assume un autonomo significato, poiché viene interpretato come vero e proprio precetto che impone ai coniuge un'obbligazione complementare rispetto a quelle indicate nel precedente articolo, e cioè quella di “concordare l'indirizzo della vita familiare”<sup>262</sup>. La legge non obbliga a dare il consenso contro la propria volontà, ma semplicemente impone un metodo di gestione a cui la coppia deve sottostare, sottoponendo le scelte di interesse comune a un vaglio congiunto, di modo che è inadempiente ai doveri matrimoniali chi opta arbitrariamente per soluzioni che coinvolgono il *partner* senza tener conto del suo diverso parere<sup>263</sup>. Al contrario, il mancato raggiungimento di un accordo, pur effettivamente cercato, non implica alcuna responsabilità e nessun addebito a carico dei soggetti divisi da un contrasto inconciliabile. La scelta del legislatore a favore di un concetto

---

<sup>261</sup> M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148 c.c.*, Milano, 1990, 84.

<sup>262</sup> Così A. TRABUCCHI, *Il governo della famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1972, 41 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., 524; PARADISO, *La comunità familiare*, cit., 138; in giurisprudenza v. Cass., 9 maggio 1985, n. 2882, *Giust. civ.*, 1985, I, 2535.

<sup>263</sup> FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., 141.

così ampio e atecnico come quello di “accordo” è giustificata dalla varietà di contenuti che esso può assumere, giacché può riguardare sia gli aspetti patrimoniali che personali. Circa la natura dell’intesa, vari sono i punti di vista in dottrina. È quindi opportuno valutarla muovendo dall’analisi degli interessi che vengono soddisfatti attraverso l’accordo. Qualora l’intesa serva ad evitare imposizioni e scelte unilaterali operate da un solo coniuge, poco importa la qualificazione che si dà alla fattispecie. Nel caso invece l’accordo abbia il fine di consentire al *partner* di farvi affidamento, e dunque di mantenere una certa stabilità nel *ménage* familiare, l’accordo assume natura negoziale<sup>264</sup>; viceversa, se l’intesa serve a determinare le comuni modalità di vita senza cristallizzarle in decisioni irrevocabili, bensì rinnovando continuamente le ragioni della convivenza<sup>265</sup>, questa viene degradata ad un semplice fatto (una “tecnica di governo della famiglia”<sup>266</sup>), oppure a un mero evento da cui far discendere conseguenze giuridiche<sup>267</sup>. Per quanto concerne il contenuto dell’accordo, esso è limitato: vi sono sicuramente sottratti i diritti personali dell’individuo e le scelte attinenti alla sfera intima della libertà sessuale (come le scelte sul numero dei figli o sulle modalità e la frequenza dei rapporti; esse presuppongono l’accordo tra coniugi, ma non avrebbe senso affermare che il mutamento di opinione di

---

<sup>264</sup> E’ questa la tesi maggioritaria. V. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *Commentario CIAN-OPPO-TRABUCCHI*, II, Padova, 1992, *sub art.* 147 c.c., 524; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Trattato CICU-MESSINEO*, Milano, 1979, 37; CIAN, *Introduzione generale*, in *Commentario CARRARO-OPPO-TRABUCCHI*, I, 1, Padova, 1977, 48.

<sup>265</sup> S. RODOTÀ, *Relazione*, in *Quale famiglia per gli anni '80. Bilanci e prospettive della legge riforma*, Roma, 1981, 70. Non sembra però che il riconoscimento di un simile compito possa condurre a negare ogni stabilità dell’accordo. Esso infatti deve godere di una certa capacità di resistenza, altrimenti l’atto di esecuzione compiuto autonomamente dal *partner* finirebbe per essere messo in discussione dal semplice dissenso dell’altro, che si troverebbe così a poter disporre a piacimento dei poteri di attuazione attribuiti dalla legge al proprio coniuge. Peraltro quest’aspetto non va enfatizzato a tal punto da impedire ridefinizioni successive dell’intesa; tanto che, anche coloro che ammettono la natura negoziale dell’accordo, riconoscono nel contempo che esso è vincolante solo finché un mutamento di circostanze non legittimi il coniuge a revocare il proprio assenso. Cfr. PARADISO, *La comunità familiare*, *cit.*, 194; ID., *I doveri personali tra coniugi*, *cit.*, 162.

<sup>266</sup> FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, *cit.*, 140 ss.

<sup>267</sup> BIANCA, *Diritto civile*, *cit.*, 24.

uno di essi contrasterebbe col vincolo già assunto, giacché si è di fronte ad una sfera di rapporti indisponibili<sup>268</sup>. Inoltre, da una lettura dell'art. 144 c.c. si evince come l'accordo prenda in considerazione solo le decisioni inerenti alle linee essenziali del *ménage* familiare ("l'indirizzo", appunto); non dunque la minuta attività gestoria, la quale rappresenta la mera esecuzione di un progetto generale già accolto<sup>269</sup>. Infine, dall'interpretazione in combinato disposto degli artt. 143, 144 e 160 c.c. consegue che le intese dirette a derogare ai doveri di cui all'art. 143 c.c., sebbene non siano vincolanti - e il relativo consenso appaia sempre revocabile -, se liberamente concluse ed eseguite, possono comunque incidere sul piano della (auto)responsabilità<sup>270</sup>, escludendo i presupposti della separazione con addebito<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1983, 179; A.-M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Legislazione, dottrina, giurisprudenza*, Milano, 1988, 287.

<sup>269</sup> ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, cit., 178.

<sup>270</sup> CARBONE, *La giuridificazione nelle relazioni domestiche e i sui riflessi aquiliani*, in *Familia*, 2006, 103.

<sup>271</sup> NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., il quale richiama il pensiero di BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 87 ss.; ID., *Danno morale*, in *Dig. disc. priv.* (sez. civ.), V, Torino, 1989, 84; FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, in *Riv. dir. comm.*, 1999., I, 797 ss. Invero, il dettato dell'art. 160 c.c. dispone l'assoluta inderogabilità dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio e depone per la completa inefficacia di un'intesa derogatoria in materia: tuttavia, il fatto che la norma si collochi entro il capo dedicato al regime patrimoniale della famiglia fa dubitare della sua applicabilità anche ai rapporti di carattere personale. Così R. SACCO, *Commento all'art. 159 c.c.*, in *Commentario CIAN-OPPO-TRABUCCHI*, cit., III, 17. Tale dubbio può essere però superato se si considera che lo stesso regime patrimoniale della famiglia è strettamente legato al dovere di contribuzione ex art. 143 c.c. (il quale è collocato allo stesso piano degli altri obblighi derivanti dal matrimonio); pertanto sarebbe illogica una disposizione che dettasse obblighi riguardanti la stessa materia assegnando un carattere imperativo solo a quelli di natura economica. D'altro canto anche l'art. 123 c.c., sancisce la nullità del matrimonio qualora gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti. Pertanto è giustificato ritenere che i doveri di cui all'art. 143 c.c. possano essere adattati nel caso concreto secondo le esigenze dei coniugi, ma non eliminati, né compresi oltre un certo limite. Così SANTORO-PASSARELLI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, cit., 505; PARADISO, *La comunità familiare*, cit., 177. In prospettiva parzialmente inversa RUSCELLO, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., 40 ss., il quale, indagando sul dovere di

Il sistema sanzionatorio delle violazioni degli obblighi coniugali predisposto dal Libro I c.c. sembra dunque caratterizzato da un atteggiamento di prudenza e selezione degli interventi giudiziari in ambito familiare<sup>272</sup>.

Non è infatti prevista una tutela giuridica generale per tale violazione e questo atteggiamento è logicamente condivisibile laddove prevedere una tutela per equivalente rispetto a violazioni di obblighi incoercibili significherebbe incentivare la litigiosità solo per conseguire un surrogato economico, sacrificando un bene personalissimo come la *affectio* che deve caratterizzare la relazione coniugale<sup>273</sup>.

---

fedeltà, considera determinanti le concrete deviazioni e le deroghe accolte dai coniugi, ma nega la legittimità di una deroga ad un “contenuto minimo” del dovere, costituito dal divieto di tenere rapporti qualitativamente concorrenti con quello riservato al coniuge.

<sup>272</sup> NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 945. Ciò emerge, innanzi tutto, dall'art. 145 c.c. in cui l'operato del giudice è orientato verso finalità prevalentemente conciliative. L'intervento infatti è ripartito in due momenti: nel primo, su richiesta di un coniuge, il giudice tenta di raggiungere una soluzione concordata; nel secondo, fallito il tentativo di conciliazione su un “affare essenziale”, i coniugi domandano di comune accordo la scelta al giudice, il quale adotta la soluzione più adeguata in veste di arbitratore. In nessun caso dunque viene imposta dal giudice una decisione assunta in sede contenziosa. Le due fattispecie tuttavia differiscono sull'oggetto sottoposto alla cognizione del magistrato: mentre la prima non pone limitazioni all'intervento conciliativo, la seconda circoscrive l'intervento giudiziale alla “fissazione della residenza o altri affari personali”, a dimostrazione dell'ampio valore che si dà all'autonomia della famiglia. Ne consegue che non si può ricorrere al giudice per risolvere contrasti attinenti alla rinuncia a diritti indisponibili o all'esonero da doveri inderogabili, v. G. CATTANEO, *Corso di diritto civile*, Milano, 1988, 25. Quanto al provvedimento del giudice in veste di arbitratore, esso non è suscettibile di passare in giudicato e, secondo la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria (Cass., 7 maggio 192, n. 5415; in dottrina v. CATTANEO, cit., 26 ss. *Contra* però FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., 300), non può dar luogo ad esecuzione forzata; le conseguenze della sua inosservanza sono equiparabili a quelle derivanti dal mancato rispetto dell'accordo spontaneamente raggiunto dai coniugi, e cioè l'eventualità che a carico dell'inadempiente venga riconosciuto l'addebito della separazione (PARADISO, *La comunità familiare*, cit., 227).

<sup>273</sup> La soluzione, la quale non prevede sanzione diretta, è coerente con la *ratio* dell'art. 2141, n. 1, c.c. che indica lo stesso rapporto di coniugio quale causa di sospensione della prescrizione, quasi a voler affermare che “i coniugi non si fanno causa”.

Basta passare in rassegna il sistema sanzionatorio previsto per reagire a tali violazioni per rendersi conto della sua insufficienza a rimuovere molti dei pregiudizi subiti, o dell'applicazione solo settoriale che se ne può fare, limitata alla protezione di alcuni specifici diritti.

L'art. 146 c.c. reagisce alla violazione dell'obbligo di coabitazione. Esso predispone due strumenti di tutela: il primo ha funzione sanzionatoria e coercitiva e consiste nella sospensione del diritto di assistenza nei confronti del coniuge che abbia abbandonato senza giusta causa la residenza familiare<sup>274</sup>; il secondo ha invece natura cautelare e concede il sequestro sui beni del coniuge che, allontanandosi, faccia temere l'inadempimento dell'obbligo di contribuzione<sup>275</sup>.

Proprio la mancanza di sanzioni ha suggerito recentemente l'introduzione di una disciplina codicistica degli abusi familiari: gli ordini di protezione previsti dall'art. 342 *bis* ss. c.c. possono reagire a condotte lesive dell'integrità fisica o morale, e della libertà del coniuge, accordando così tutela a diritti che quelle misure salvaguardano anche a prescindere da un rapporto di coniugio tra vittima e responsabile, ma che tra coniugi

---

<sup>274</sup> Tra le cause di giustificazione, la cui valutazione è comunque affidata al giudice nel caso singolo, non sembra vi possano rientrare esattamente quelle che, rendendo intollerabile la convivenza, legittimano la separazione, visto che, non solo episodi di minor importanza potrebbero giustificare l'allontanamento, ma anche perché fatti sufficienti a condurre alla separazione non potrebbero consentire un arbitrario abbandono del coniuge, in dispregio di elementari doveri di assistenza: così, una malattia tanto grave da rendere intollerabile la convivenza non potrebbe giustificare un immediato abbandono del coniuge e un'omissione dell'assistenza dovutagli. Cfr. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., 127. *Contra* Cass., 10 giugno 2005, n. 12373, in *Giust. civ. mass.*, 2005; Cass., 11 agosto 2000, n. 10682, in *Fam. dir.*, 2000, 627.

<sup>275</sup> Non ci sono opinioni unanimi circa il significato sistematico della sospensione del dall'assistenza. La dottrina maggioritaria vi ravvede unicamente una misura di ordine sanzionatorio e coercitivo (SANTORO-PASSARELLI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, cit., 534); altri invece considerano la disposizione come un'indicazione dei doveri "esigibili" dal coniuge quando sia venuta meno la coabitazione, e quindi come norma che disciplina la cessata convivenza (ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., 107-113). Questa prospettiva però viene ragionevolmente contestata, perché finisce per anticipare gli effetti della separazione, cristallizzando una situazione di fatto che diviene sostanzialmente stabile e riconosciuta, quando invece essa rappresenta una condizione anormale nel sistema vigente, cfr. PARADISO, *La comunità familiare*, cit., 233 ss.



assumono ancor più rilevanza in forza dei particolari legami che li riguardano<sup>276</sup>.

Anche il Codice penale appronta delle sanzioni tipiche, le quali a ben vedere trovano un'applicazione abbastanza circoscritta in ambito familiare: l'art. 570 punisce chi, "abbandonando il domicilio domestico o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale della famiglia", si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti allo *status* di coniuge o genitore; questa disposizione è però solitamente letta limitando l'incriminazione ai comportamenti contrari ai soli obblighi di assistenza economica o morale, senza estensioni agli altri doveri indicati dall'art. 143 c.c.<sup>277</sup>.

A sua volta l'art. 572 c.p. ("Delitto di maltrattamento in famiglia"), benché non riguardi soltanto le percosse, le ingiurie e le privazioni imposte alla vittima, ma anche gli atti di scherno e umiliazione "che cagionino durevole sofferenza fisica, psichica o morale", pur tuttavia considera penalmente rilevanti solo condotte reiterate nel tempo<sup>278</sup>.

In altre parole, deve esistere - e provarsi in giudizio - un sistema di vita di relazione abitualmente dolorosa ed avvilente per il *partner*-vittima, consapevolmente instaurato dall'agente<sup>279</sup>.

---

<sup>276</sup> La legge 4 aprile 2001, n. 154 ha introdotto nel Codice civile il titolo IX-*bis*, rubricato "Ordini di protezione contro gli abusi familiari". Tale disciplina si applica anche nelle relazioni genitori-figli. L'intervento giudiziale ivi previsto è tuttavia limitato ai casi più gravi nei quali la convivenza matrimoniale è ormai gravemente compromessa, giacché ad essa fa seguito, insieme alla cessazione della condotta pregiudizievole, la conseguenza dell'allontanamento dalla casa familiare del coniuge che ha tenuto la condotta pregiudizievole, oltre all'eventuale prescrizione del divieto di avvicinarsi ai luoghi frequentati dai familiari. L'ordine di protezione, in altre parole, presuppone la rottura dell'unità familiare. Solo in questi casi l'eventuale cumulo di una tutela per equivalente -il risarcimento del danno- alla misura di tutela in natura -l'allontanamento-, sarebbe in astratto non incoerente con la logica dell'astensione da ingerenze entro la cerchia domestica.

<sup>277</sup> Cass. pen., 31 maggio 1972, n. 3924.

<sup>278</sup> Quest'orientamento è pacifico in giurisprudenza: Cass. pen., 28 febbraio 1995, n. 4636, in *Riv. pen.*, 1995, 1450; Cass. pen., 29 maggio 1990, in *Riv. pen.*, 1991, 1100; Cass. pen., 12 ottobre 1989, in *Cass. pen.*, 1991, I, 1229; Cass. pen., 9 giugno 1983, in *Cass. pen.*, 1985, 359.

<sup>279</sup> Cass. pen., 4 marzo 1996, n. 4015, in *Cass. pen.*, 1997, 1005.



Da questa analisi sul rapporto tra obblighi e reazioni alla loro violazione si evince come la disciplina positiva sembra escludere la responsabilità del soggetto inadempiente in fase di costanza della convivenza, o quanto meno la possibilità di farla valere in tale fase.

La situazione appare un po' diversa se ci si addentra nel terreno delle relazioni parentali, regolate anch'esse dalla disciplina giusfamiliare. Le sedi in cui la legge si occupa dei doveri dei genitori nei riguardi dei figli sono molteplici: l'art. 30 Cost. sancisce il dovere di istruire<sup>280</sup>, educare<sup>281</sup> e mantenere la prole<sup>282</sup>, anche se nata fuori del matrimonio; l'art 147 c.c. formula il medesimo principio entro la disciplina della filiazione legittima;

---

<sup>280</sup> Si tratta del dovere di garantire l'accesso al sistema scolastico organizzato dalla collettività, anche oltre il compimento della maggiore età del figlio, finché questi non abbia portato a termine la propria formazione professionale o non dimostri un'inerzia colpevole che impedisca il completo svolgimento del ciclo di studi intrapreso, v. COSSU, *Potestà dei genitori*, cit., 121.

<sup>281</sup> La legge non offre indicazioni sul contenuto di tale dovere, specificando solamente che esso impone di tener conto "delle capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni dei figli". L'assenza di prescrizioni di contenuto è pienamente giustificata dal rispetto del principio di libertà che assegna ai soli genitori il diritto-dovere di educare i figli, al di fuori da ingerenze di terzi o dello Stato, v. PELOSI, *La patria potestà*, cit., 31 ss. Tuttavia non è corretto estendere la libertà educativa fino al punto da negare l'esistenza di qualunque suo limite esterno. Tale libertà non può indirizzarsi, infatti, contro i principi fondamentali dello Stato, quali emergono dalla legislazione penale e dalla Costituzione. Inoltre una barriera alla discrezionalità dei genitori è da ravvisare nel divieto di abuso di funzioni, a pena di incorrere in molteplici conseguenze che possono giungere fino alla decadenza dalla potestà o all'allontanamento del figlio o del genitore.

<sup>282</sup> Cfr. VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, cit., 316 ss., ove si afferma che tale dovere rappresenta il risvolto patrimoniale del compito di curare la prole, traducendosi, innanzi tutto, nell'obbligo di sostenere le spese relative a ogni necessità del figlio, necessità da intendere in senso ampio, e non nella stretta accezione dei bisogni alimentari. La misura dell'obbligo è dunque soggetta a criteri di determinazione complessi ed indipendenti dallo stato di bisogno dell'avente diritto: occorre infatti tener conto delle oggettive condizioni economiche dei genitori ma anche delle scelte soggettive relative al tenore di vita della famiglia. La grande rilevanza dell'obbligo ha spinto il legislatore ad introdurre una forma particolare di tutela che, prevista propriamente nell'ambito della famiglia legittima, dev'essere ritenuta attuabile anche a favore del figlio naturale: ci si riferisce al procedimento sommario individuato dall'art. 148, commi 2, 3 e 4 c.c., in virtù dei quali su istanza di chiunque, il Presidente del tribunale può ingiungere che una quota dei redditi del genitore inadempiente sia versata dal terzo debitore direttamente all'altro genitore o a chi sopporta le spese del mantenimento, istruzione ed educazione.

infine gli artt. 261 e 279 c.c. estendono lo stesso trattamento ai figli naturali riconosciuti e a quelli nei confronti dei quali è vietato il riconoscimento.

Altre disposizioni poi richiamano i medesimi obblighi; così accade, ad es., negli artt. dedicati alla potestà dei genitori (art. 316 c.c. ss. e art. 330 ss.)<sup>283</sup>.

Le disposizioni citate ovviamente non esauriscono il catalogo degli obblighi gravanti sui genitori, poiché dal sistema si ricava un complessivo compito di allevamento dei figli, che la nostra dottrina riassume nella formula ampia di “cura della prole”<sup>284</sup>; si tratta di un impegno a fare il possibile per realizzare le esigenze e gli interessi del minore, che sono posti in preminenza dal legislatore. Oltre ad essere personalissimi ed infungibili, tali doveri vincolano entrambi i genitori; ciò esclude che uno di essi possa liberarsene mediante un accordo che faccia gravare le prestazioni esclusive sull’altro<sup>285</sup>.

Nella normalità dei casi i doveri posti a carico dei genitori costituiscono un aspetto di una posizione giuridica più ampia, comprensiva anche di una serie di poteri ai quali il figlio è assoggettato dalla nascita e fino alla maggiore età o all’emancipazione (art. 316 c.c.). Si

---

<sup>283</sup> Questi ultimi precetti stabiliscono uno stretto legame tra doveri dei genitori e potestà; da qui la questione se vi sia coincidenza tra le due nozioni. Dottrina e giurisprudenza più recenti sono dell’idea che i doveri genitoriali prescindano in qualche modo dall’esistenza della potestà e riguardino una sfera più estesa, v. per tutti PELOSI, *La patria potestà*, Milano, 1965, 29 ss.; COSSU, voce *Potestà dei genitori*, Dig. IV, sez. civ., XIV, Torino, 1996. In giurisprudenza v. Cass., 1 giugno, 1982, n. 3344, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 834; Cass., 23 gennaio 1993, n. 791, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1914). In considerazione della semplice nascita biologica è quindi possibile riconoscere al figlio un diritto alle cure personali, da parte dei genitori, a loro volta titolari di un corrispondente diritto-dovere (in tal senso G. FERRANDO, *La filiazione naturale*, in *Trattato CICU-MESSINEO*, cit., 212).

<sup>284</sup> TRABUCCHI, in *Commentario CIAN-OPPO-TRABUCCHI*, cit., 565.

<sup>285</sup> Da ciò discendono anche conseguenze di carattere patrimoniale poiché, se in seguito a disinteresse dell’altro, un solo genitore avesse provveduto ad assolvere gli obblighi verso il figlio, egli avrebbe diritto al rimborso delle spese sostenute in vece dell’inadempiente. Cfr. M. SESTA, *La potestà dei genitori*, in *Trattato dir. priv.* BESSONE, IV, 3, Torino, 1999, 210, ove ulteriori indicazioni di dottrina e giurisprudenza.

tratta della “potestà dei genitori”, nozione sostituitasi a quella tradizionale e autoritaria di “patria potestà”<sup>286</sup>.

La potestà si specifica in due funzioni distinte, ma complementari: una connessa all’educazione del figlio e ai poteri-doveri che ad essa sono riconducibili (correzione, assistenza, custodia); l’altra inerente il potere-dovere di sostituire il figlio nelle relazioni col mondo esterno, necessarie per curare i suoi interessi, che il figlio non ha la capacità di intrattenere personalmente<sup>287</sup>.

L’importanza attribuita dall’ordinamento alla relazione parentale ne determina un’immediata reazione al verificarsi di un inadempimento ai doveri genitoriali. Così, lo strumento dell’art. 330 c.c. è applicabile nelle ipotesi di maggior pericolosità per il minore ed è costituito dalla decadenza della potestà del genitore inadempiente<sup>288</sup>; quello inserito nell’art. 333 c.c. è

---

<sup>286</sup> Tale istituto, pur muovendosi sul terreno del diritto privato, è regolato da disposizioni di ordine pubblico e mira alla tutela degli interessi del minore, il quale resta tuttavia in una posizione subordinata (la legge gli vieta di abbandonare la casa familiare o la dimora assegnatagli e attribuisce ai genitori il potere di richiamarlo, ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare -art. 318 c.c.-). Tuttavia anche in relazione a quest’ultima norma la sovraordinazione dei genitori è intesa come mezzo per facilitare la soddisfazione degli interessi dei figli. V. PELOSI, *La patria potestà*, cit., 59 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, cit., 285.

<sup>287</sup> Per un approfondimento sul tema v. P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori*, in *Trattato dir. fam.* ZATTI, II, cit., 945.

<sup>288</sup> SESTA, *La potestà dei genitori*, cit., 247, ove si esclude una natura sanzionatoria del provvedimento assunto dal giudice, giacché esso non mira ad eliminare un danno già verificatosi (di qui, le critiche di chi ritiene che questi strumenti non siano in grado di eliminare il danno già prodottosi, donde la necessità di applicare ulteriori rimedi), quanto piuttosto a prevenire possibili lesioni successive. Da ciò ne discende la conseguenza applicativa secondo cui tra i presupposti richiesti per applicare la norma in questione non è compreso un atteggiamento doloso o colposo dei genitori (il quale rileva semmai per determinare il tipo di misura da adottare contro i genitori), bensì solo un’oggettiva violazione dei doveri inerenti alla potestà (da intendere in senso lato) o all’abuso dei relativi poteri, da cui derivi un grave pregiudizio per il figlio. Con la pronuncia della decadenza vengono meno i poteri sul figlio, ma non i relativi doveri il cui assolvimento non sia incompatibile con gli effetti della pronuncia. Unitamente alla decadenza il tribunale può disporre l’allontanamento del figlio dalla casa familiare, quando ricorrano gravi motivi, quali ad es., il pericolo del reiterarsi di maltrattamenti, o il rischio di turbe psichiche o emotive derivanti dalla condotta anomala dei genitori. Sul punto v. PELOSI, *La patria potestà*, cit., 405.

utilizzabile nel (meno grave) caso di lesioni degli interessi personali del figlio, alle quali il giudice può porre rimedio attraverso i “provvedimenti convenienti”<sup>289</sup>; quello predisposto dall’art. 334 c.c. riguarda l’inadempimento degli obblighi di corretta gestione del patrimonio del minore, al quale il tribunale può far fronte dettando direttive per l’amministrazione, rimuovendo i genitori dalla stessa o privandoli dell’usufrutto<sup>290</sup>.

Le disposizioni in esame, in ragione della loro rilevanza cruciale in merito alla tutela del minore all’interno della famiglia, sono state ultimamente oggetto di grande attenzione sia da parte del legislatore<sup>291</sup>, che

---

<sup>289</sup> Tra questi provvedimenti può esservi l’allontanamento dalla casa familiare del figlio o del genitore. Si tratta di una disposizione assai duttile perché da un lato consente interventi su molteplici situazioni grazie al riferimento a comportamenti “comunque pregiudizievoli” per il figlio, e dall’altro dà al giudice la possibilità di impartire direttive modellate sulla situazione concreta. Tale norma è stata utilizzata, ad es., per mettere il minore al riparo dal fanatismo religioso di un genitore (Trib. min. Venezia, 10 maggio 1990, in *Dir. fam. pers.*, 1991, 618), sottrarlo agli incontri col padre transessuale (Trib. min. Torino, 20 luglio 1982, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 979) o assicurargli la somministrazione delle vaccinazioni obbligatorie osteggiata dai genitori (App. Torino, 3 ottobre 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 571; Cass., 4 marzo 1996, n. 1653, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 284; App. Bari, 12 febbraio 2003, in *Famiglia*, 2003, 548).

<sup>290</sup> Questa disposizione lascia al giudice la facoltà di scegliere l’adozione di diverse misure: così potrà impartire istruzioni, oppure imporre la prestazione di una cauzione o, ancora, obbligare i genitori a richiedere l’autorizzazione al giudice tutelare anche per atti che per legge ne sarebbero sottratti.

<sup>291</sup> La legge 28 marzo 2001, n. 149 recante “Disposizioni urgenti in materia di adozione e procedimenti civili davanti al Tribunale per i minorenni” ha introdotto come misura simmetrica a quella consistente nell’allontanamento del minore dalla residenza familiare -che poteva talora colpire la vittima dell’abuso infliggendole l’ulteriore trauma dell’abbandono della propria casa-, anche la possibilità di allontanare il genitore responsabile della condotta pregiudizievole. Cfr. P. VERCELLONE, *Il controllo giudiziario sull’esercizio della potestà*, in *Trattato dir. fam.* ZATTI, *cit.*, 1050. La legge 5 aprile 2001, n. 154 recante “Misure contro la violenza nelle relazioni familiari” è invece un testo più complesso che introduce novità significative sia sul piano civile (art. 342 *bis* e *ter* c.c. -ordini di protezione contro gli abusi familiari- nonché art. 736 *bis* c.p.c.) che penale (art. 282 *bis* c.p.p.). Prima della sua entrata in vigore erano previste, in caso di comportamenti violenti tra familiari, solo misure estreme, come la separazione o il divorzio in sede civile, nonché la denuncia di un reato in sede penale. Oggi invece è possibile ottenere una protezione tempestiva, adeguata a interrompere il ciclo di violenza, mantenendo aperta la strada al recupero delle relazioni familiari e consentendo

di giurisprudenza<sup>292</sup> e dottrina<sup>293</sup>, a testimonianza del cammino ancora lungo da fare per assicurare un'effettiva protezione alla prole.

Infatti, in realtà, nessuno degli strumenti appena ricordati è in grado di riparare appieno il pregiudizio di natura non strettamente patrimoniale sopportato dal figlio ingiustamente privato dei suoi diritti, specialmente di quello al mantenimento<sup>294</sup>.

D'altronde, la fase di costanza della convivenza matrimoniale non sembra compatibile con una litigiosità rivolta a ottenere una riparazione economica per la violazione degli obblighi familiari, la quale, solo se grave - e dunque, già idonea a compromettere la relazione familiare -, determina una reazione dell'ordinamento.

### 2.2.3. La fase di rottura del matrimonio

I diritti e i doveri endofamiliari, un tempo apparentemente destinati a dissolversi nel non-diritto del “sentimento e dell'etica”, a causa del sostanziale abbandono del modello codicistico della separazione-sanzione, oggi manifestano sul terreno aquiliano una innovata vitalità, dovuta allo spostamento di attenzione che la RC ha attuato, dal “vincolo familiare” agli “obblighi familiari”, dalla “relazione”, ai “beni” tutelati<sup>295</sup>.

---

alla vittima di evitare i tempi tecnici nonché i costi elevati, legati ad un'azione giudiziaria ordinaria. Per specificazioni ulteriori v. CIARONI, *Illeciti tra familiari e violenza domestica in Italia*, in *Illeciti familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, in *Familia*, cit., 101 ss.

<sup>292</sup> Corte Cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, 3302, ove si rammenta che la Corte ha proposto un coordinamento tra le norme sui procedimenti ablativi della potestà e le previsioni della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 (ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176), affermando che, proprio in forza di tale Convenzione, è necessaria l'audizione, nell'ambito dei predetti procedimenti, sia dei genitori, sia del figlio minore.

<sup>293</sup> Essa ha riflettuto sul rapporto tra i provvedimenti previsti dagli artt. 330 ss. c.c. e quelli, più generali, inseriti nel nuovo titolo IX *bis* del libro I del Codice civile, dedicato agli “ordini di protezione contro gli abusi familiari”, introdotto dalla legge n. 154/2001. V. G. DE MARZO, *La legge sulla violenza familiare: uno studio interdisciplinare*, in *Fam. dir.*, 2002, 540; VERCELLONE, *Il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà*, cit., 1053.

<sup>294</sup> G. CIPRIANI, *La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli*, cit., 518.

<sup>295</sup> CARBONE, *La giuridificazione nelle relazioni domestiche e i sui riflessi aquiliani*, cit., 103.

Va da sé che il valore del matrimonio (che era accentuato dal rimedio della separazione-sanzione) viene abbandonato in favore della logica della patrimonializzazione di beni di natura personale<sup>296</sup>. E, a ben vedere, è questa la soluzione più idonea in una società sempre più tesa al trionfo dell'individualismo e sempre meno interessata alla conservazione dei legami, soluzione che d'altro canto rischia di esasperare questo fenomeno di esaltazione dei valori in cui la società sembra credere.

Vale la pena di analizzare, alla luce dei rimedi sanzionatori giusfamiliari attivabili in fase di crisi coniugale, lo spazio che potrebbe riservarsi al rimedio aquiliano e verificare se effettivamente sia capace di ergersi a strumento in grado di colmare le lacune del libro I del Codice civile<sup>297</sup>.

La separazione personale (e l'eventuale conseguente divorzio, faticosamente introdotto in Italia con la l. 898 del 1970)<sup>298</sup>, costituisce il naturale esito di una crisi della relazione. L'accresciuto interesse dei giuristi per ulteriori meccanismi integrativi a carattere sanzionatorio (art. 2043 c.c.) tesi a tutelare il coniuge vittima della rottura coniugale è intrinsecamente

---

<sup>296</sup> NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., il quale richiama il pensiero di BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 87 ss.; ID., *Danno morale*, in *Dig. disc. priv.* (sez. civ.), V, Torino, 1989, 84; FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, cit.

<sup>297</sup> E' da scartare in partenza l'idea che l'utilizzo di strumenti della responsabilità contrattuale possa colmare le lacune del diritto di famiglia, giacché essi potrebbero operare appieno solo per i rapporti economici tra coniugi. Solo il dovere di entrambi, ai sensi dell'art. 143, comma 3 c.c., di contribuire ai bisogni della famiglia in relazione alle proprie sostanze ed alla propria capacità di lavoro, come il dovere di provvedere alle necessità dei figli ai sensi degli artt. 147 e 148, comma 1 c.c., si risolve in un'obbligazione in senso tecnico: tanto che è possibile ottenere dal giudice sia una decisione determinativa del suo contenuto concreto, sia provvedimenti di condanna all'adempimento, sia provvedimenti di tipo cautelare (artt. 146 e 148 c.c.).

<sup>298</sup> La legge italiana prevede che il divorzio sia preceduto dalla separazione dei coniugi nella triplice forma della separazione giudiziale e di quella consensuale omologata, protratte per tre anni ininterrottamente, e della separazione di fatto se iniziata almeno 2 anni prima del 18 dicembre 1970. Come noto, anteriormente alla Novella del 1987, la durata della separazione era fissata in cinque anni. Il fatto che la separazione sia presupposto del divorzio è una peculiarità del Belpaese; altri Stati non conoscono questa regola (Olanda, Spagna). In altri Paesi invece non si conosce l'istituto della separazione legale (Germania, Grecia, Slovacchia), vigente altrove (Italia, Inghilterra, Portogallo).

legato all'evoluzione che le funzioni di questo istituto hanno assunto nelle epoche e ne giustifica una breve trattazione in questa sede.

In particolare rileva qui l'addebito pronunciato a carico di uno dei coniugi, poiché costituisce l'esclusiva sanzione offerta dal Libro I c.c. eventualmente applicabile in sede di rottura del rapporto coniugale. Tuttavia di sanzione sarebbe più appropriato parlarne al passato giacché la separazione (e indirettamente anche l'addebito) ha perso i connotati della colpevolezza: infatti se il Codice del 1865 (la cui disciplina fu sostanzialmente ripresa dal Codice del 1942) prevedeva la separazione in due forme, per colpa e per mutuo consenso<sup>299</sup>, la riforma del 1975 ha sostituito alla concezione sanzionatoria dell'istituto (che collegava la separazione, in un rapporto di causa ad effetto, alle più gravi violazioni dei doveri familiari) una concezione fondata sulla "mancanza del consenso"<sup>300</sup>.

---

<sup>299</sup> La separazione per colpa era prevista in ipotesi determinate e tassative, le stesse cui faceva riferimento l'art. 230 del *Code Napoléon*: adulterio, volontario abbandono, eccessi, sevizie, minacce o ingiurie gravi, condanna penale superiore ai cinque anni e mancata fissazione della residenza ad opera del marito. Com'era ovvio per l'epoca, nella determinazione delle cause di separazione si mantenne fermo l'atteggiamento discriminatorio nei confronti della donna, ed invano voci egualitarie si levarono ad invocare la soppressione di questa disparità di trattamento. V. Verbali della Commissione di Coordinamento per il Codice Pisanelli. Verbale n. 10, seduta del 25 aprile 1865; F.S. BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, V, 2, Torino, 1893.

<sup>300</sup> M. DOGLIOTTI, *La separazione giudiziale*, in *Trattato* BONILINI-CATTANEO, 513 ss., ricorda come la rinuncia alla valutazione dell'elemento della colpa fosse giustificata dalla massima d'esperienza, secondo cui è spesso impossibile distinguere le "colpe" reciproche e spesso la responsabilità del fallimento del matrimonio è comune, v. anche LIPARI, *Intervento*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la fondazione Giorgio Cini, 11-12 marzo 1972, Padova, 1972, 230. Fra gli autori contrari all'obliterazione della colpa cfr. GRASSETTI, *La separazione personale*, in *La riforma del diritto di famiglia*, cit., 92-94, secondo il quale la separazione per colpa non può venir meno finché il costume e il sentimento morale continueranno a distinguere tra coniuge colpevole ed incolpevole; CATTANEO, *Intervento*, in *La riforma del diritto di famiglia*, cit., 255-256; PULEO, *Intervento*, in *La riforma del diritto di famiglia*, cit., 274, afferma che in presenza di precisi obblighi giuridici non si può accantonare la colpa e prescindere, e rendere possibile la separazione anche ad iniziativa del coniuge colpevole, con conseguenze morali ed economiche ingiuste per il coniuge incolpevole, e con la conseguenza anche di rendere possibile al primo di



Un tale sistema, espunta dall'ordinamento la sola vera sanzione specialmente prevista per gli illeciti coniugali, impone di rivedere tutta l'importazione del problema.

Oggi infatti la separazione può essere chiesta quando si verifichino “fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da arrecare gravi pregiudizi alla prole”<sup>301</sup>: fatti che potrebbero verificarsi anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi<sup>302</sup>.

In netto contrasto con le linee generali della riforma, segnatamente col principio del consenso<sup>303</sup>, si pone il comma 2 dell'art. 151 c.c., il quale precisa che il giudice, pronunciando la separazione, dichiara a quale dei coniugi essa sia addebitabile, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri derivanti dal matrimonio, e ciò “ove ne ricorrano le circostanze” ed il giudice stesso “ne sia stato richiesto”<sup>304</sup>.

---

preparare il divorzio; CARRESI, *La separazione personale*, in *La riforma del diritto di famiglia*, cit., 103-105, identifica nell'introduzione della separazione incolpevole un “duro colpo alla concezione del matrimonio”.

<sup>301</sup> L'attuale disciplina della separazione giudiziale è indubbiamente debitrice in qualcosa ad un autorevole orientamento dottrinale minoritario che, sotto l'impero della normativa abrogata, individuò la *ratio* della separazione nell'esigenza del coniuge di essere affrancato da una convivenza divenuta intollerabile a causa del comportamento “colpevole” dell'altro coniuge (e non nella “sanzione” per il coniuge colpevole. V. DEGNI, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1943, 238; JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., 452 ss.). In questo senso FALZEA, *La separazione personale*, 154 ss.; A. D'ANTONIO, *La colpa nella separazione personale dei coniugi*, Padova, 1968, 119.

<sup>302</sup> In tale prospettiva possono condurre all'intollerabilità della convivenza non solo determinati comportamenti, contrari ai doveri matrimoniali, ma pure altri fatti che nulla avrebbero a che vedere con la violazione degli obblighi matrimoniali (ad es. la diversità di cultura tra coniugi o l'incompatibilità di carattere), e d'altro canto, non tutte le violazioni degli obblighi familiari dovrebbero necessariamente condurre a tale risultato.

<sup>303</sup> Attualmente, ove il consenso alla vita di coppia venga meno, si giustifica la separazione per intollerabilità della convivenza, senza un'indagine, sempre difficile e incerta, sulle cause della separazione e sui comportamenti dei coniugi.

<sup>304</sup> È opportuno accennare ai singoli doveri matrimoniali, dalla cui violazione potrebbe derivare la pronuncia di addebito:

1) fedeltà. In passato si considerava come sua unica violazione l'adulterio, in quanto lesivo dell'onore del coniuge; dopo la riforma questo è diventato solo un aspetto di tale violazione, essendo la fedeltà considerata come un impegno globale che presuppone la comunione spirituale e materiale dei



Nata come previsione eccezionale, nella prassi la richiesta di addebito è ormai “pane quotidiano” delle corti e viene impropriamente utilizzata come merce di scambio o, ancor peggio, come forma di ricatto<sup>305</sup>. Non si dimentichi tuttavia che la violazione degli obblighi matrimoniali rileva ai fini dell’addebito solo se ha dato causa all’intollerabilità della convivenza<sup>306</sup>.

---

coniugi. Non viola il dovere di fedeltà un episodio isolato, ma è necessario un comportamento continuativo tale da rendere intollerabile la convivenza; né c’è violazione in caso si formi una nuova famiglia dopo un periodo di separazione di fatto. V. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1979, 72.

2) Assistenza e collaborazione. Molti comportamenti oggi riconducibili a tale dovere erano un tempo considerati “ingiuria” (e integravano l’ipotesi di colpa): sono tali degli atteggiamenti scostanti e freddi, se gravi e ripetuti, oppure violenti ed ingiuriosi, quando tali sintomi raggiungono livelli patologici. Non è più considerata violazione il c.d. rifiuto del debito coniugale, mentre lo è il comportamento atto a limitare lo svolgersi della personalità del coniuge (ad es. proibendogli di avere un’attività lavorativa o di sviluppare le proprie tendenze artistiche) o a violarne la privacy telefonica o epistolare. In conclusione, c’è violazione in caso di lesione di diritti personalissimi o della libertà di autodeterminazione. V. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., 46 ss.; ZATTI-MANTOVANI, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, 1983, 184.

3) Coabitazione. L’abbandono del tetto coniugale è ipotesi di addebito solo se associato ad altre gravi violazioni relative ai doveri matrimoniali.

4) Contribuzione ai bisogni familiari. La violazione di tale dovere può dar luogo ad addebito soprattutto quando è totale o si manifesta con un comportamento volontario atto a porsi in condizione di non poter ottemperarvi.

<sup>305</sup> La responsabilità di tale fenomeno va distribuita tra la classe forense e i magistrati: l’una sempre pronta a chiedere l’addebito, come una malintesa forma di garanzia per la parte; gli altri spesso riconoscendone l’esistenza anche quando non dovrebbe esservene traccia. Palese manifestazione di tale atteggiamento di una parte della giurisprudenza sono gli orientamenti consolidati che non ravvisano soluzione di continuità tra la vecchia “colpa” e il nuovo “addebito”. In tal senso anche ZATTI, *Il rapporto tra i coniugi e la separazione personale*, cit., 172, ove ritiene che il concetto di addebitabilità non coincide con quello di imputabilità, e in certi casi anche una condotta non imputabile, in quanto violatrice degli obblighi matrimoniali, può dar luogo ad addebito.

<sup>306</sup> L’intollerabilità va intesa in senso soggettivo, quindi la condotta violatrice non potrà condurre direttamente all’intollerabilità ma si dovrà valutare caso per caso, con riferimento a quella situazione e a quella coppia di coniugi. Ne deriva che la medesima violazione potrebbe dar causa o non ai casi all’intollerabilità della convivenza. V. BONILINI-CATTANEO, *Trattato di diritto di famiglia. Contra* MONTECHIARI, *La separazione con addebito*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza. La famiglia*, a cura di P. CENDON, Torino, 2000; in giurisprudenza cfr. Cass., 7 settembre 1999, n. 9472, in *Fam. dir.*, 1999, 432; Cass., 10 gennaio

L'impossibilità di far coincidere l'addebito con l'antica colpa, non impedisce in ogni caso di ravvisare dei punti di contatto tra i due concetti: è vero che l'addebito è oggi solo eventuale, laddove la colpa era essenziale, per la pronuncia di separazione, ma tuttavia la natura sanzionatoria dell'uno e dell'altra è identica. Rilevano dunque comportamenti coscienti e volontari, e non potrebbe darsi addebitabilità senza imputabilità<sup>307</sup>.

Tuttavia non si possono tacere i limiti che avvolgono l'istituto dell'addebito e che inducono a dubitare del fatto che esso possa costituire una misura sanzionatoria adeguata della violazione dei doveri matrimoniali che abbia condotto alla separazione.

Il limite principale che sconta siffatto istituto attiene all'obbligo di mantenimento incombente sul coniuge inadempiente: tale obbligo sussiste solo qualora il *partner* non abbia adeguati redditi propri, lasciando priva di tutela la vittima che ne sia dotata. L'addebito opera quindi, non come fattispecie a cui viene riconnesso un effetto sanzionatorio né tantomeno risarcitorio<sup>308</sup>, bensì come elemento impeditivo nei confronti del diritto al mantenimento cui ciascun coniuge ha diritto verso l'altro in mancanza di adeguati redditi propri<sup>309</sup>.

---

1986, n. 67, in *Dir. fam.*, 1986, 487. Queste sue opposte concezioni circa l'intollerabilità (in senso soggettivo o oggettivo) sono state peraltro superate da parte della dottrina che, partendo dal dato dell'impossibilità dell'individuo a sopportare la prosecuzione della convivenza, ha ritenuto che il dato medesimo, soggettivo, debba però valutarsi in base ad elementi oggettivi, costituiti non da parametri astratti di normale o media tollerabilità, ma dal modello di vita prefigurato dai coniugi nell'accordo. V. sul punto CENDON, *La famiglia*, cit., 47 ss.

<sup>307</sup> In questo senso M. FINOCCHIARO, *Il divorzio*, Milano, 1988, 504; F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, Milano, 1977, 131.

<sup>308</sup> MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali*, cit., 620 ss., ove, se è difficile individuare nell'art. 156 c.c. un meccanismo di tipo sanzionatorio -perché nelle sue previsioni non c'è possibilità di ragguglio diretto tra gli illeciti addebitati nella separazione e l'entità delle prestazioni-, è quasi impossibile individuarvi uno strumento di tipo risarcitorio: l'art. 156 c.c. sembra ignorare del tutto il rapporto tra l'entità delle prestazioni dovute e l'entità del danno. Tale ragionamento viene esteso dall'A. anche in riferimento all'assegno divorzile.

<sup>309</sup> NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 497.

In conclusione, quando mancano i presupposti per l'assistenza, la legge non tiene conto della responsabilità del coniuge<sup>310</sup>. Nondimeno una responsabilità piena va esclusa anche in caso di mantenimento, poiché il relativo assegno ha una funzione puramente assistenziale, perdurante attuazione di un dovere che sopravvive alla cessazione della convivenza coniugale<sup>311</sup>.

Quanto al coniuge cui è addebitata la separazione, esso subisce principalmente due disagi di carattere patrimoniale: beneficia solo dell'assegno alimentare<sup>312</sup>, venendo escluso dalla qualità di erede del coniuge<sup>313</sup>.

---

<sup>310</sup> Si vedrà che in Francia, al contrario, l'art. 266 *cod. civ.* prevede espressamente, a carico del coniuge nei cui confronti sia pronunciato il *divorce aux torts exclusifs*, il risarcimento del danno morale e materiale derivante dalla dissoluzione del coniugio, confermando però in tal modo la necessità di una disciplina diversa dal torto aquiliano. Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, *cit.*, 609 ss., secondo il quale, la previsione dell'art. 266 del *cod. civ.* corrisponde ad una volontà del legislatore francese non già di limitare l'operatività del diritto comune in materia di responsabilità aquiliana, ma di coprire con le norme speciali un'area rispetto alla quale l'operatività dell'art. 1382 *cod. civ.* poteva apparire dubbia. Resta però il fatto che il legislatore francese vi ha dovuto provvedere, nonostante una clausola generale di RC, con una previsione puntuale e con una fattispecie *ad hoc* che definisce i requisiti di questa peculiare fattispecie di responsabilità.

<sup>311</sup> Il mantenimento è qualcosa di più ampio e diverso rispetto alle esigenze primarie di sopravvivenza, e nemmeno può identificarsi con l'obbligo di contribuzione durante la convivenza, poiché è concepito in una dimensione individualistica, non solidaristico-familiare. Esso nasce con la separazione ed è di difficile definizione. Quanto al significato dell'adeguatezza dei redditi propri, dottrina e giurisprudenza lo fanno corrispondere all'esistenza di redditi al momento della separazione, all'idoneità a produrre reddito concreta e determinata. E' necessario valutare il reddito di entrambi i coniugi: patrimonio di ogni attività economicamente valutabile e reddito del beneficiario; redditi (da lavoro, da capitale, rendite, pensioni, ecc.) e qualsiasi altro tipo di sostanza dell'obbligato. Cass. 2 luglio 1990, n. 6774.

<sup>312</sup> L'assegno alimentare è l'unica forma di sostentamento di cui può godere il coniuge cui venga addebitata la separazione, purché tuttavia esso si trovi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere alla propria sopravvivenza. La determinazione dell'assegno è proporzionale al bisogno del beneficiario e alle condizioni economiche dell'obbligato. A differenza dell'assegno di mantenimento che comprende tutte le esigenze di vita del coniuge beneficiario, esso tiene conto solo di quelle fondamentali.

<sup>313</sup> L'art. 548, comma 2 c.c., precisa tuttavia che il coniuge cui è

Inoltre, ove vi sia pericolo di inadempienza, esso è obbligato a prestare una garanzia reale o personale, può essere soggetto a sequestro di beni e addirittura possono essergli sottratte - e direttamente versate al coniuge - parte di quelle somme di denaro a lui dovute periodicamente da terzi debitori (art. 156 c.c.).

Come si può intuire, le conseguenze a carico del coniuge colpevole lasciano l'amaro in bocca, non soddisfacendo affatto le aspettative del coniuge danneggiato. Anche il divorzio, istituto intrinsecamente legato alla separazione<sup>314</sup>, è concepito dalla normativa vigente essenzialmente come un "rimedio" al fallimento del matrimonio<sup>315</sup>, in contrapposizione coi modelli del divorzio-sanzione e del divorzio-consenso. Gli artt. 1 e 2 della legge 898/1970 prevedono infatti che il giudice lo pronunci previo accertamento del duplice presupposto della cessazione irreversibile della comunione spirituale e materiale dei coniugi e dell'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3<sup>316</sup>, indipendentemente dalla colpa o dall'accordo

---

addebitata la separazione ha diritto ad un assegno vitalizio se, al momento dell'apertura della successione, godeva degli alimenti a carico del coniuge deceduto. Si discute se l'assegno sia dovuto a titolo ereditario (essendo il coniuge erede necessario. V. MENGONI, *Successione legittima*, in *Trattato CICU-MESSINEO*, cit., 179 ss.) o assistenziale (v. LAZZARO, *I diritti successori del coniuge nei casi di separazione addebitata e di divorzio*, in *Studi in onore di Grassetti*, Milano, 1980, 1165). Non manca chi sostiene una possibile coesistenza della natura successoria ed assistenziale dell'assegno (così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 1981, 150). Quanto alla prestazione concreta, l'assegno non può superare la prestazione alimentare dovuta (ma potrebbe esservi sicuramente l'adeguamento al costo della vita)

<sup>314</sup> A. MORA, *La separazione consensuale*, in *Trattato BONILINI-CATTANEO*, cit., 652 ss., ove si afferma che un'indagine statistica ha calcolato che la separazione è la principale causa di divorzio, poiché raggiunge il 90% delle domande. Attualmente viene pronunciato un divorzio ogni quattro minuti.

<sup>315</sup> In tal senso si esprime la dottrina unanime: v., per tutti, BARBERA, *Disciplina di casi di scioglimento del matrimonio*, in *Commentario CIAN-OPPO-TRABUCCHI*, VI, 1, Padova, 1993, sub art. 1 l. n. 898/1970, 83 ss.; BONILINI, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario SHLESINGER*, Milano, 2004, 24. DOSSETTI, *Lo scioglimento del matrimonio per pronunzia di divorzio*, in *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario SCHLESINGER*, cit., 53, sottolinea che la definizione di divorzio-rimedio è priva di valore normativo diretto e indica semplicemente la caratteristica che prevale nel nostro sistema normativo.

<sup>316</sup> La dottrina maggioritaria ritiene si tratti di cause tassative, costituenti "uno dei tanti laccioli ai quali il nostro legislatore ha fatto ricorso per imbrigliare

dei coniugi. Il contributo postconiugale in caso di divorzio è costituito dalla corresponsione di un assegno<sup>317</sup>.

Le differenze terminologiche e sistematiche rispetto all'assegno di mantenimento in caso di separazione sono molteplici. E ciò è confermato dall'inesistenza di una disciplina organica che regoli secondo un disegno complessivo la separazione e il divorzio; aspetto oggetto di continue critiche<sup>318</sup>.

Tuttavia i presupposti delle prestazioni che si traducono nel diritto all'assegno, sia esso di separazione o divorzio, sono individuati in modo uniforme nell'assenza da parte di uno dei coniugi di "mezzi adeguati" e/o nell'impossibilità di procurarseli "per ragioni obiettive"<sup>319</sup>, e nella disparità

---

il divorzio" (BONILINI, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., 139). La tassatività tuttavia si rivela più apparente che reale, grazie alla presenza in quell'elenco della "separazione dei coniugi", una causa collettore nella quale inserire tutti quei casi, non contemplati dalla norma, tali da rendere intollerabile la convivenza o arrecare pregiudizio alla prole. Conseguenza della tassatività resta l'inammissibilità di un'interpretazione analogica dell'art. 3, l. div.

<sup>317</sup> Sul piano del contenuto, il principio che l'assegno non debba avere come scopo quello di permettere al coniuge economicamente più debole di mantenere il tenore di vita matrimoniale è alla base delle decisioni che affermano costantemente l'autonomia dell'assegno di divorzio rispetto a quello in cui il coniuge ha goduto durante la separazione. Diversamente dall'assegno di mantenimento conseguente alla separazione, per il quale prevalgono aspetti di solidarietà, una parte della dottrina ritiene infatti che l'assegno di divorzio vada considerato come uno strumento per riequilibrare la situazione del coniuge che si trova in uno stato di inferiorità economica, quando ci sia stata un'effettiva comunione di vita matrimoniale, alla costruzione della quale il coniuge istante abbia contribuito. Inoltre la caratteristica principale dell'assegno di separazione è la provvisorietà (infatti esso opera in una fase interlocutoria e si ricollega agli obblighi di contribuzione e assistenza sussistenti in regime di convivenza), mentre l'assegno di divorzio è definitivo in quanto rappresenta il bilancio economico finale della vita comune, irrevocabilmente conclusa con lo scioglimento del matrimonio. Tuttavia nella prassi la determinazione dell'assegno di divorzio ha luogo muovendo dalla qualificazione dell'obbligo contenuto nella sentenza di separazione. Nonostante spesso si giunga ad attenuarne la differenza funzionale e contenutistica, l'autonomia tra i due istituti risulta ancor più accentuata laddove la legge di riforma del 6 marzo 1987, n. 74, recante "Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio" non si è adoperata per placare i dubbi interpretativi al riguardo.

<sup>318</sup> PATTI-CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, cit., 167.

<sup>319</sup> Tale requisito è frutto della legge di riforma. L'art. 5, comma 6, l. div. ha mantenuto, con qualche modifica, il riferimento ai criteri precedenti,

economica tra le parti. Seppur non divergenti da quelli degli altri paesi europei, tali presupposti conducono nel nostro ordinamento a un *favor* nei confronti del coniuge destinatario dell'assegno, che non va esente da critiche.

Nonostante questo supposto favore, la breve analisi relativa a contenuto e funzioni degli obblighi patrimoniali conseguenti alla rottura matrimoniale ha fatto emergere l'insufficienza del sistema sanzionatorio giusfamiliare a riparare qualsivoglia fattispecie di danno.

---

aggiungendo un ulteriore criterio: la mancanza di mezzi adeguati. In tal modo sarebbe stata definitivamente sancita la distinzione tra il criterio di attribuzione (la mancanza o insufficienza di mezzi adeguati) e i criteri di determinazione dell'ammontare dell'assegno (condizioni dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico dato da un coniuge, reddito di entrambi) e sarebbe stata individuata, come affermato dalla Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 19 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 74), la natura assistenziale dell'assegno di divorzio (non più dunque natura composita: assistenziale, sanzionatoria e compensativa. Cfr. Cass., 26 aprile 1974, n. 1194, in *Foro it.*, 1974, 1335). L'interpretazione della Cassazione può dirsi oggi consolidata (V. Cass., 7 maggio 2002, n. 6541, in *Fam. dir.*, 2003, 228). Le eventuali funzioni risarcitoria e compensativa potrebbero avere una qualche rilevanza solo in sede di liquidazione. (V. MACARIO, *Commento all'art. 10*, in *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, *Commentario* LIPARI, NLCC, 1987, 899 ss.). In ragione di questa distinzione oggi è anche possibile che sussista il requisito per ammettere l'assegno -al quale consegue la determinazione quantitativa della somma sufficiente in astratto a superare l'inadeguatezza dei mezzi-, ma che i criteri di liquidazione pervengano a moderare, diminuire o addirittura azzerare la somma considerata in astratto. V. PATTI-CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, *cit.*, 176. Il presupposto dell'inadeguatezza di mezzi viene rapportato allo stato necessario al fine di conservare un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio; rileva dunque solo un apprezzabile deterioramento delle condizioni economiche, in dipendenza del divorzio. Quanto ai criteri di determinazione dell'ammontare dell'assegno, l'art 5, l. div. elenca una serie di criteri generali dei quali il giudice deve tener conto secondo una valutazione ponderata e bilaterale. Tra essi è stato aggiunto con la riforma il parametro della "durata del matrimonio". La circostanza che nella riforma sia stato confermato il criterio delle "ragioni dei coniugi" ha sollevato dei dubbi per il rinvio che esso opera ad una valutazione del comportamento dei coniugi e al c.d. criterio risarcitorio in sede di quantificazione. Si è perciò osservato che il criterio non dovrebbe essere usato in funzione sanzionatoria, ma dovrebbe essere impiegato solo quando serva a tutelare maggiormente il coniuge non responsabile della rottura, mentre non potrebbe legittimare una riduzione o negazione dell'assegno.



Si rende quindi maggiormente giustificabile l'utilizzo di strumenti alternativi e complementari<sup>320</sup> agli obblighi di mantenimento e al loro tentativo di concretizzare quella solidarietà postdivorzile che è stata il primo obiettivo della disciplina della crisi coniugale<sup>321</sup>.

Accredita ulteriormente la plausibilità di una responsabilità in uscita dalla fase di costanza della convivenza matrimoniale la disciplina introdotta dall'art. 709 *ter* c.p.c., rubricata "Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze e violazioni"<sup>322</sup>.

---

<sup>320</sup> La richiesta di risarcimento dei danni per violazione dei doveri coniugali si pone però in contraddizione con l'attuale tendenza giurisprudenziale a ridurre il ruolo dell'addebito nella definizione della crisi coniugale. Tale operazione è stata attuata attribuendo rilevanza solo a comportamenti aventi efficacia causale sul fallimento dell'unione, sancendo la fine del "mutamento di titolo" della separazione e, da ultimo, decretando l'ammissibilità della sentenza di separazione con rinvio a separato giudizio della questione relativa all'addebito (c.d. sentenza "parziale" di separazione). Da un punto di vista delle politiche del diritto familiare c'è il rischio di favorire conflitti coniugali che il depotenziamento dell'addebito intendeva sopire. Sul punto V. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, cit. Per una rassegna degli indirizzi giurisprudenziali cfr. BESSONE-DOGLIOTTI-FERRANDO, *Giurisprudenza del diritto di famiglia, I. Matrimonio, separazione e divorzio*, VII ed., Milano, 2007, 309 ss. In giurisprudenza, da ultimo v. Cass., 12 aprile 2006, n. 8512 e Cass., 19 settembre 2006, n. 20256, in *Fam. dir.*, 2007, 249.

<sup>321</sup> Un orientamento dottrinale ritiene che in questa sede la responsabilità non si configuri come un corrispettivo del recesso del matrimonio o dal vincolo di convivenza, ma come sanzione della violazione degli obblighi familiari e quindi del comportamento che ha provocato la rottura della comunione di vita cagionando una perdita grave (la perdita di un pezzo di vita!). In quest'ottica la responsabilità fungerebbe da fattore di compensazione del danno. V. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 597. *Contra* G. FACCI, *L'ingiustizia del danno nelle relazioni familiari*, in *Contr. impr.*, 2005, 1244, ove si nega che la separazione o il divorzio possano essere considerati alla stregua di un danno, giacché ciascun coniuge ha diritto di separarsi. Tuttavia in Francia, dove la libertà personale non è men tutelata che in Italia, e ancor prima dell'introduzione del divorzio nel nostro Paese, è la legge stessa a disciplinare il danno da divorzio subito dal coniuge cui il divorzio non sia imputabile (art. 266 *cod. civ.*)

<sup>322</sup> La disposizione è stata introdotta dalla legge 8 febbraio 2006, n. 50 recante "Disposizioni in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli". Le nuove disposizioni acquisiscono una portata generale poiché, seppur riferite espressamente alla sola disciplina della separazione dei coniugi, trovano applicazione anche in caso di divorzio, nullità del matrimonio, e per i procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. In tal senso, il chiaro disposto dell'art. 4, l. affido. Tale legge ha innovato il delicato settore



La norma dispone per il “caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell’affidamento” e dispone misure tipiche che mirano a svolgere una funzione surrogatoria di quella solidarietà che viene a mancare nelle vicende separative.

Il giudice infatti può “modificare i provvedimenti in vigore nonché: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell’altro; 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria [...]”.

La rilevanza di tale disposizione sta nell’aver fatto penetrare delle speciali ipotesi di responsabilità all’interno del diritto di famiglia, dotate di peculiarità proprie e atte ad integrare i rimedi sanzionatori già previsti dalla disciplina giusfamiliare, nonché nell’aver confermato la tendenza a una generale riparazione del danno alla persona che certamente nelle relazioni familiari costituisce il profilo di lesione eminente<sup>323</sup>.

Il fatto che la norma sia stata inserita nel contesto di misure di carattere sanzionatorio ha suscitato però molte perplessità e contribuito ad alimentare un acceso dibattito dottrinale circa la natura da attribuire a tali misure risarcitorie previste dalla norma<sup>324</sup>.

---

dell’affidamento dei minori nella crisi della famiglia, ritornando anche su profili processuali di grande rilievo, non solamente attinenti all’affidamento della prole. In precedenza, l’assetto dell’affidamento dei figli minorenni si fondava sull’art. 155 c.c. (per la separazione) e 6 l. div. e prevedeva, in estrema sintesi, che il giudice affidasse i figli a un solo genitore, fermo il diritto-dovere di visita e vigilanza dell’altro. Solo residualmente la legge prevedeva la possibilità di disporre l’affidamento congiunto o alternato. Oggi, l’affidamento condiviso diventa la regola; non mancano tuttavia critiche mosse alla normativa da parte della dottrina, prima tra tutti la mancata determinazione del contenuto dell’affidamento condiviso. Sul punto v. G. CASABURI, *La nuova legge sull’affidamento condiviso (ovvero, forse: tanto rumore per nulla)*, in *Corr. merito*, 2006, 567 ss.

<sup>323</sup> NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 956, ove si evidenzia come il risarcimento ex art. 709 ter c.p.c. per sua indole non possa riferirsi ai soli danni di natura patrimoniale.

<sup>324</sup> A. D’ANGELO, *L’art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un “surrogato” giudiziale della solidarietà familiare?*, in *Danno e resp.*, 2008, 1993.

Nonostante i suoi tre soli anni di vita ed il numero ancora ridotto di pronunce rese, il panorama applicativo dell'art. 709 *ter* c.p.c. risulta già segnato da significative divergenze interpretative. Una prima opzione interpretativa, sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria, valorizza una funzione eminentemente sanzionatoria del risarcimento, tale da accentuare la discontinuità della disposizione *de qua* con i principi cardine del sistema risarcitorio del nostro ordinamento<sup>325</sup>.

---

<sup>325</sup> V. Trib. Napoli, (decr.) 30 aprile 2008, in *Resp. civ.*, 2008, 763; Trib. Vallo Lucania, 7 marzo 2007, in *Resp. civ.*, 2007, 472; Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Fam. dir.* 2008, 60; Trib. Messina, 25 settembre 2007, consultabile in <http://dejure.giuffre.it>. Tale interpretazione si pone in netta distinzione con l'azione per il risarcimento del danno *ex art.* 2043 c.c. e conclude che la responsabilità da violazione dell'affidamento sia una "conseguenza sanzionatoria da lesione di un'aspettativa legittima inerente alla relazione parentale" asserendo la natura sanzionatoria e preventiva della disposizione in esame, in quanto "la minaccia della stessa potrebbe fungere da deterrente al commettere atti pregiudizievoli per i minori ovvero inosservanti dei provvedimenti resi in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o in ordine alle modalità di affidamento" (Così Trib. Vallo Lucania, *cit.*). Tali considerazioni valorizzano profili di rilevanza pubblicistica e di estrema tutela delle aspettative scaturenti da relazioni parentali, travalicando il limite di un rapporto strettamente privatistico. Ne consegue un riflesso sui presupposti processuali di applicazione della normativa che induce il giudice ad ammettere il carattere officioso della condanna al risarcimento e così a superare lo scoglio procedurale relativo alla necessaria rappresentanza processuale del figlio minore. La maggior parte degli autori, tuttavia, distingue all'interno della disposizione l'ammonizione e la condanna al pagamento della sanzione amministrativa (applicabili anche d'ufficio) dalle misure risarcitorie (pronunciabili solo previa istanza di parte. Cfr. M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1101). Per quanto riguarda i profili sostanziali del rimedio, dalla natura punitiva ne discende una quantificazione del danno semplificata, poiché rimessa alla determinazione del giudice in un'ottica deterrente, parametrando il danno alla gravità della condotta illecita piuttosto che all'entità della lesione (Cfr. D'ANGELO, *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, *cit.*, 1196). L'efficacia dissuasiva della misura coercitiva, come sottolineano alcuni (GRAZIOLI, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1884), è però attenuata dall'individuazione approssimativa delle fattispecie sanzionate, non essendo *ex ante* individuabile con certezza il comportamento sanzionato. Questo filone di pensiero inoltre riconosce nel risarcimento suddetto i *punitive damages* propri della tradizione statunitense i quali, se non sorretti da una rimediazione delle finalità svolte dalla RC e dal necessario bilanciamento delle stesse, non sono compatibili col nostro ordinamento (Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1890). Semmai si potrebbe

Una seconda ricostruzione ermeneutica riconosce, all'opposto, una funzione reintegrativa/riparatoria di un pregiudizio "da lesione del rapporto parentale"<sup>326</sup>, o da "attentato ad un interesse costituzionalmente protetto"<sup>327</sup>, conformemente con l'indirizzo giurisprudenziale che risarcisce tale danno in base ad una lettura cosituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.<sup>328</sup>.

Infine, vi è una terza lettura, tesa alla ricerca di un nuovo equilibrio tra *compensation* e *deterrence* nella liquidazione del danno, la quale riconosce entrambe le funzioni del risarcimento e tenta la via dell'inquadramento sistematico dell'art. 709 *ter* c.p.c. con gli artt. 2043 e 2059 c.c.<sup>329</sup>.

La tesi del "risarcimento sanzionatorio" pare la più adeguata per declinare in modo flessibile lo strumento giudiziale con la realtà della famiglia in crisi, ad esempio addebitando i costi delle scelte arbitrarie, benché legittime, al genitore che le ha unilateralmente assunte, ovvero

---

immaginare un'analogia con l'istituto francese delle *astreintes*. Cfr. sul punto BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 676 ss.

<sup>326</sup> App. Firenze, (decr.) 22-29 agosto 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 4, 370. Il limite di tale interpretazione sta però nel fatto che il pregiudizio non è affatto accertato, ma viene ritenuto sussistente nello stesso fatto che dovrebbe produrlo (e, si è visto, siffatta concezione oggi è rifiutata dalla giurisprudenza unanime).

<sup>327</sup> Trib. Modena, 21 luglio 2006, in C. PADALINO (a cura di), *Le controversie sulla potestà dei genitori*, inserto al n. 3/2088 di *Fam. e min.*, XIV.

<sup>328</sup> FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, *cit.*, la quale afferma che la tesi risarcitoria è quella che meglio si armonizza con l'attuale disciplina della crisi coniugale, la quale tende a contenere, piuttosto che accentuare, il ricorso a strumenti sanzionatori. Anche nel rapporto tra genitori e figli è ormai condivisa una lettura dell'art. 333 c.c. secondo cui la "condotta pregiudizievole" va apprezzata in termini oggettivi, indipendentemente dalla colpa dei genitori. I giudici dovrebbero pertanto attuare i diritti dei bambini attraverso un lavoro di sostegno, prevenzione e recupero, non di sanzioni, se non per i casi più gravi, ma questo è compito del diritto penale e non della RC.

<sup>329</sup> In questo senso Trib. Reggio Emilia, 5 novembre 2007, n. 1435, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 74; Trib. Modena, 7 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2007, 2527. Tale duplice natura è ravvisata ai nn. 2 e 3 dell'art. 709 *ter* c.p.c. La sua connotazione sanzionatoria si riflette sulla selezione delle condotte processabili come illecite, non sulla determinazione del danno che, per rispondere ad una funzione reintegrativa, dev'essere commisurato sia alla gravità/reiterazione della violazione commessa, che a quella del pregiudizio effettivamente verificatosi.

ammonendolo, salvo successivamente disporre, in caso di perpetrazione della violazione, il risarcimento del danno<sup>330</sup>.

Quanto alla natura delle misure risarcitorie, è proprio la struttura della norma, proiettata su condotte gravemente inadempienti, a determinare il carattere sanzionatorio del risarcimento del danno. E non è mancato chi ha scorto nella novella la reintroduzione della funzione sanzionatoria nel terreno degli illeciti aquiliani, con l'auspicio che si erga a modello per ulteriori interventi legislativi<sup>331</sup>.

Un problema resta irrisolto, e segnatamente quello del rapporto tra gli artt. 709 *ter* c.p.c. e 2043 c.c. Vi è chi teme che, stante ormai l'operatività della RC nel terreno familiare, sostenere che l'art. 709 *ter* c.p.c. ne sia il filtro d'ingresso condurrebbe a risultanze restrittive, lasciando un'ampia zona franca in tutte le ipotesi non rientranti nella previsione della disposizione speciale.

Resterebbero prive di tutela risarcitoria le violazioni relative ai rapporti patologici tra coniugi e nei confronti dei figli non connotate dalla gravità della condotta e non dotate di specifica condizione di tipicità legale<sup>332</sup>.

Pertanto non potrebbe considerarsi appagante la tecnica operativa che prospetta l'art. 709 *ter* a norma di positivizzazione della RC in famiglia. A conti fatti, forse sarebbe meglio utilizzare questo

---

<sup>330</sup> Così Trib. Pisa (ord.), 20 dicembre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 1051; Trib. Modena, 7 aprile 2006, *cit.*

<sup>331</sup> D'ANGELO, *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, *cit.*; E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediario introdotto dall'art. 709 ter c.p.c.: i danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. dir.*, 2008, 68, la quale afferma che su questa base lo strumento risarcitorio previsto dall'art. 709 *ter* c.p.c. appare configurabile come una pena privata giudiziale, prevista dalla legge, ma determinata nel suo ammontare dal giudice. Sul progressivo ingresso della funzione sanzionatoria del risarcimento del danno nel caso di inadempimento di obblighi familiari v. anche PATTI, *Illeciti familiari: nuove sanzioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 04, 294.

<sup>332</sup> Così LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediario introdotto dall'art. 709 ter c.p.c.: i danni punitivi approdano in famiglia?*, *cit.*; FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, *cit.*, ove si rileva come la normativa introduca una duplice limitazione ammettendo solamente la risarcibilità di danni subiti dai figli minori che si verificano nel corso del procedimento di separazione. In giurisprudenza v. Trib. Vallo Lucania, 7 marzo 2007.

rimedio quale strumento ulteriore, cumulabile col rimedio di diritto comune.

### **2.3. L'evoluzione giurisprudenziale dell'art. 2043 c.c. nella famiglia tra aperture e dinieghi risarcitori**

L'applicazione in area giuridico-familiare del nuovo indirizzo del danno non patrimoniale - assai avanzato nel presidiare i valori personalistici di rango costituzionale<sup>333</sup> -, nonché l'imposizione del motivo individualistico nella trama argomentativa delle corti<sup>334</sup>, hanno contribuito a stimolare l'attività creativa della giurisprudenza nel delicato settore del diritto di famiglia, pervenendo ad un radicale mutamento delle relazioni giuridiche tra familiari e all'elaborazione dei c.d. "nuovi danni"<sup>335</sup>. Appare un fenomeno nuovo: l'innesto dello schema della responsabilità aquiliana in famiglia quale formazione sociale, da intendersi come strumento di realizzazione, sviluppo e tutela dell'identità individuale personale.

#### **2.3.1. I casi di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.**

L'esiguo numero di sentenze edite su questa materia non ha permesso di scorgere alcun orientamento giurisprudenziale consolidato sul punto<sup>336</sup>.

---

<sup>333</sup> CARBONE, *Requiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*, nota a Cass., sez. I, 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giur. it.*, 2006, 700.

<sup>334</sup> VIRGADAMO, *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali e inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, *cit.*, 1894, ove si fa riferimento al concetto secondo cui il familiare è inteso prima come persona e solo poi come componente della famiglia.

<sup>335</sup> SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in cassazione*, in *Fam. dir.*, 2005, 370; G. RAMACCIONI, *Responsabilità civile e famiglia... un "idillio" che continua*, in *Danno e Resp.*, 2005, 8, 851, il quale afferma che il sintagma "nuovi danni" non va riferito a nuove fattispecie di pregiudizio, ma al nuovo contesto in cui il danno viene arrecato.

<sup>336</sup> Le mancate occasioni per i giudici di dibattere sul punto sono imputabili ai pratici del diritto che, a fronte dell'intensa *litigation* nel settore non sono andati al di là degli strumenti previsti dal legislatore, troppo spesso rivelatisi privi di particolari effetti per le parti. V. PINI, *I rapporti tra i coniugi*, *cit.*, 12, ove si ritiene che spesso la domanda di addebito è usata solo per ottenere un

Siffatte sentenze, oggetto d'analisi in questo paragrafo, offrono tuttavia alcuni spunti di riflessione e dimostrano come una materia che si pensava imbrigliata nelle sabbie mobili della sua tradizionale impermeabilità alla RC, sia al contrario un magma in progressivo mutamento<sup>337</sup>. L'epoca in cui il diritto di famiglia veniva considerato una sorta di zona franca, più vicina al diritto pubblico, è ormai culturalmente lontana.

Se si eccettua una isolata e risalente pronuncia di merito<sup>338</sup>, è solo dagli anni Settanta che la giurisprudenza si è interessata ai problemi della responsabilità extracontrattuale nei rapporti tra familiari, nel tentativo di applicarla anche in questo delicato settore<sup>339</sup>.

Inizialmente i risultati erano scarsi: ancora negli anni Novanta, il Supremo collegio si era espresso in senso fortemente negativo circa l'ammissibilità della RC per violazione degli obblighi familiari,

---

risarcimento economico e quando i clienti vengono informati della reale portata di questa sanzione, restano delusi.

<sup>337</sup> BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali*, cit., 185.

<sup>338</sup> App. Firenze, 27 aprile 1956, in *Rep. Giust. civ.*, voce *Patria potestà*, n. 3, che ritenne cumulabile l'azione risarcitoria con i rimedi previsti dagli artt. 330 e 333 c.c.

<sup>339</sup> Cass., 19 giugno 1975, n. 2468, in *Mass. For. it.*, 1975, 591, ove si ammette in astratto il risarcimento del danno patrimoniale derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà, purché sia provata l'incidenza patrimoniale concreta, o quantomeno potenziale, di quell'illecito. Infatti, "la violazione da parte del coniuge dell'obbligo di fedeltà, a parte le conseguenze sui rapporti di natura personale, può anche costituire, in concorso con determinate circostanze, fonte di danno patrimoniale per l'altro coniuge". Tuttavia il danno patrimoniale non può desumersi dalla mera violazione dei doveri coniugali, essendo necessaria la prova delle circostanze che hanno determinato in concreto una lesione degli interessi del congiunto. Dello stesso avviso Trib. Roma, 17 settembre 1989. Ancora Cass., 8 febbraio 1977, n. 555, *inedita*, condanna un coniuge che aveva volontariamente impedito la trascrizione del matrimonio presso i registri dello stato civile al risarcimento *ex art.* 2043 c.c. per i danni arrecati alla moglie in conseguenza dei mancati effetti civili del matrimonio. Si tratta di un recesso *post nuptias* al limite della bigamia: un parroco aveva celebrato il matrimonio concordatario senza la documentazione completa (*in specie*, l'atto di nascita), confidando sull'impegno dei nubendi ad adempiere alla formalità solo successivamente alla celebrazione. La trascrizione del matrimonio religioso era però divenuta impossibile perché il marito aveva trattenuto il proprio atto di nascita utilizzandolo per contrarre matrimonio civile con altra donna. V. CENDON-SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, cit., 1270.

sottolineando come la separazione personale - conseguenza logica della violazione di tali obblighi - costituisca un diritto di libertà della persona, e come il legislatore avesse previsto espressamente gli effetti che da essa sarebbero potuti derivare<sup>340</sup>.

Solo due anni dopo<sup>341</sup>, la stessa Corte ammetteva, seppur in via teorica, accanto al diritto del coniuge incolpevole al mantenimento, quello alla risarcibilità in capo allo stesso degli “ulteriori danni”, sempre che i fatti che avessero dato luogo alla dichiarazione di addebito integrassero gli estremi dell’illecito *ex art. 2043 c.c.* Secondo la Cassazione infatti “l’addebito della separazione non rientra, per sé considerato, nel catalogo dei criteri d’imputazione della RC”<sup>342</sup>.

Solamente con il nuovo millennio l’illecito aquiliano ha fatto il suo ingresso nel settore più intimo del diritto di famiglia<sup>343</sup>.

In tale data si colloca lo spartiacque dal quale avranno origine decisioni coinvolgenti le fattispecie più diverse, accomunate dal chiaro intento delle corti di giustificare l’avvento del diritto comune nei torti endofamiliari e individuare dei criteri di ammissibilità del risarcimento dei “nuovi danni”, validi *erga omnes*.

---

<sup>340</sup> Cass., 6 aprile 1993, n. 4108, in *Mass. giust. civ.*, 1993, 624; si trattava di un caso di separazione senza addebito in cui la moglie lamentava, senza invocare le norme di RC, la perdita dei vantaggi economici insiti nella convivenza coniugale.

<sup>341</sup> Cass., 26 maggio 1995, n. 5866, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 843.

<sup>342</sup> È opportuno citare altre due sentenze che, benché aventi ad oggetto diverse tipologie di azioni (quelle proposte dal *partner* tradito contro il terzo partecipe del rapporto adulterino), consentono di cogliere spunti interessanti sul tema. La prima proviene dal Trib. di Roma, 17 settembre 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, 559, e sdogana l’ingresso della RC del *partner* infedele, premettendo tuttavia che il coniuge non ha diritto ad esser garantito contro i rischi del tradimento, ai quali è già esposto per il fatto di essersi sposato. La seconda, del Trib. Monza, 15 marzo 1997 in *Fam. dir.*, 1997, 462 ammette in astratto il risarcimento del danno patito dal marito depresso a causa del tradimento della moglie, ma la nega nel caso di specie, in mancanza di un “*quid pluris*” attinente alla condotta dell’agente, che vada oltre la mera lesione procurata dall’infedeltà.

<sup>343</sup> VIRGADAMO, *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell’individuo tra diritti personali e inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, cit., 1894.



Per primo, il tribunale meneghino, pianta saldi paletti a fondamento della propria tesi, rilevando la natura giuridica dei doveri coniugali di cui all'art. 143 ss. c.c., l'esistenza di corrispondenti diritti soggettivi in capo all'altro coniuge, l'inderogabilità del diritto di famiglia alla clausola generale di responsabilità (giacché gli istituti di diritto speciale non sono incompatibili con una tutela dei diritti costituzionalmente garantiti al singolo) e infine, la non automaticità tra l'addebito della separazione e il risarcimento *ex art. 2043 c.c.*<sup>344</sup>.

Nell'applicare gli schemi della RC all'interno del focolare domestico -operazione ammissibile giacché tutti gli elementi della responsabilità aquiliana possono rinvenirsi nei conflitti di carattere familiare -, il tribunale rileva la necessità di tener conto delle sfaccettature che contraddistinguono il regime matrimoniale: non esiste un danno da separazione perché separarsi è un diritto; al contrario deve sussistere un danno collegato alla violazione dei doveri matrimoniali affinché esso possa essere risarcito.

L'attenzione del giudice si sposta sulla vittima, e dunque sul danno, requisito che più di tutti crea perplessità quanto alla sua determinazione,

---

<sup>344</sup> Trib. Milano, 10 febbraio 1999, in *Fam. dir.*, 2001, 185; *Dir. fam.*, 2001, 988, ove un signore ormai non più giovane agiva per far dichiarare la cessazione degli effetti civili del matrimonio -essendo decorsi tre anni dall'omologazione della separazione-. La consorte aderiva alla domanda attorea, ma chiedeva la condanna del marito al risarcimento ai sensi dell'art. 2043 c.c., da quantificarsi in via equitativa nella somma di 50.000.000 di lire. Essa fondava la domanda riconvenzionale sul fatto che, durante il matrimonio (durato più di vent'anni), solo in quattro occasioni c'erano stati rapporti sessuali (inesistenti durante il fidanzamento), oltretutto incompleti. In aggiunta, il medico l'aveva informata della patologia del marito ("carenza di mascolinità") solo dopo un anno dalle nozze. L'attore, incalzato dalla moglie, aveva cominciato, ma di lì a breve abbandonato le terapie. A tale rinuncia era conseguita da parte della moglie la richiesta di separazione, nonché di risarcimento per aver subito un danno biologico e nella vita di relazione a causa della frustrazione dell'aspettativa di maternità, alla quale era seguita una sindrome ansioso-depressiva. Il giudice rileva con sentenza la violazione del dovere di assistenza nella sfera affettiva e sessuale da parte del marito; tuttavia nega in concreto il risarcimento del danno per via dell'erronea condotta della donna, la quale non aveva provveduto a separarsi dopo aver scoperto la patologia, né dopo l'abbandono delle cure da parte del marito.

essendo sprovvisto del carattere della patrimonialità ed essendo per ciò più facilmente strumentalizzabile.

Si è già detto che l'evoluzione della nozione di “ingiustizia del danno” ha ampliato le prospettive della tutela risarcitoria. Qui è interessante soffermarsi sul profilo dell'ingiustizia: esso non si pone in relazione alla sussistenza in capo ad ogni coniuge di diritti soggettivi o interessi tutelati, perché il *partner* è innanzi tutto una persona e quindi è logicamente titolare di situazioni soggettive.

La questione si presenta invece sotto il profilo delle modalità con cui i diritti e gli interessi di ogni coniuge interagiscono con quelli dell'altro all'interno del matrimonio, di un istituto cioè che affonda le sue radici nel principio di solidarietà. Per verificare la sussistenza di un danno ingiusto è necessario pertanto relazionare i reciproci interessi, operando un bilanciamento tra due sfere soggettive distinte e temperando autodeterminazione e autoresponsabilità. È questa in fondo la radice più autentica del concetto giuridico dell'ingiustizia, cioè quello di comparare interessi in conflitto.

Quanto alla condotta dell'agente, il tribunale, oltre a configurarla come fonte di risarcimento solo se “grave”, accenna solamente all'importanza che nella sua valutazione detengono i modi con cui i coniugi hanno interpretato la vita a due, giacché lo standard di condotta di ogni coniuge si modella sull'impostazione data dalla coppia.

Da questa decisione già emerge l'elevato tasso di soggettività e relatività che permea le relazioni familiari, dal quale il giudice non può prescindere nel determinare l'*an* né il *quantum* risarcitorio.

Sulla scia di questa celebre pronuncia, a neanche un anno di distanza la giurisprudenza torna a confrontarsi sul tema, aggiungendo dettagli della cui utilità e chiarezza è lecito dubitare, ma ad ogni modo contribuendo a rafforzare l'idea che le condotte più riprovevoli tenute dal familiare vanno a tutti i costi riparate.

Si susseguono sentenze in cui si fa riferimento al “*quid pluri*”, a quell’“elemento aggiuntivo” rispetto alla mera prova della violazione dei

doveri familiari - già di per sé sanzionata attraverso rimedi speciali -, di cui necessita il giudice per giustificare la condanna risarcitoria del familiare.

Così, la Cassazione condanna un padre che aveva corrisposto con grande ritardo l'assegno di mantenimento al figlio, rilevando che fonte del danno ingiusto, da verificarsi in concreto, non è la semplice violazione di un obbligo, ma la lesione di un interesse giuridicamente tutelato inerente alla qualità di familiare<sup>345</sup>.

Un giudice torinese si spinge oltre, identificando il “*quid pluris*” con una condotta grave, dolosa, che si affianca al danno ingiusto quale criterio di ammissibilità della RC endofamiliare<sup>346</sup>.

Pochi giorni dopo è la volta del giudice fiorentino<sup>347</sup>, il quale introduce un profilo concreto di novità, condannando un marito al risarcimento del danno alla salute della moglie in cumulo - e non in alternativa - con la pronuncia di addebito, essendo stato accertato un

---

<sup>345</sup> E' la già ricordata Cass, 7 giugno 2000, n. 7713, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 934; *Foro it.*, 2001, I, 187; *Resp. civ. prev.*, 2000, 923; *Giust. it.*, 2000, I, 1, 1352. La Suprema corte, nella sua prima sentenza sul danno esistenziale, condanna al risarcimento di 30.000.000 di lire un padre che aveva ostinatamente rifiutato di corrispondere un assegno di mantenimento al figlio naturale, in precedenza stabilito dal giudice e che solo con ritardo di anni aveva adempiuto al suo obbligo. Nella somma liquidata è ricompreso anche il danno subito sotto il profilo affettivo in conseguenza del comportamento intenzionalmente defatigatorio del padre. Sul punto v. TORINO, *Illeciti familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, cit., 66; D'ADDA, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, cit., ove la decisione è criticata sotto il profilo della mancata verifica circa l'esistenza di un danno esistenziale in concreto. La corte infatti afferma che il danno in questione si esaurisce nella violazione del diritto al mantenimento; ma, come ben sappiamo, il danno *in re ipsa* è stato ormai abbandonato dalla recente giurisprudenza.

<sup>346</sup> App. Torino, 21 febbraio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, 475; *Arch. civ.*, 2000, 867; *Foro it.*, 2000, I, 555.

<sup>347</sup> Trib. Firenze, 13 giugno 2000, in *Fam. dir.*, 2001, 159. In questa ipotesi la moglie schizofrenica, inizialmente in modo episodico, successivamente sempre più isolata dal mondo esterno, si chiudeva totalmente in se stessa e veniva lasciata vivere per quattro anni del tutto isolata, chiusa nel salotto, senza alcun aiuto, fino al punto in cui si rendeva necessario un trattamento sanitario obbligatorio, richiesto dal marito (il quale restava tuttavia disinteressato alla moglie e attivava il trattamento solo per liberarsi di lei). Il giudice rileva la violazione al dovere di assistenza (art. 143 c.c.) e sancisce la separazione con addebito al marito (pari a due milioni di lire mensili), nonché il risarcimento a suo carico di circa 150.000.000 di lire per il danno biologico arrecato.

“inescusabile ritardo” nel fornirle adeguati e necessari sussidi terapeutici (e infatti, un tempestivo ausilio avrebbe consentito alla paziente un recupero in tempi più veloci).

Tale decisione consente oltretutto di riflettere sull’opportunità di eliminare l’istituto dell’addebito - del tutto contrastante con la riforma del 1975<sup>348</sup> - dal momento che lo strumento risarcitorio aquiliano sarebbe bene in grado di inglobare nella liquidazione del danno anche la somma corrispondente a quella relativa al mantenimento<sup>349</sup>.

Spiccano nell’elenco dei precedenti ipotesi di *mobbing* familiare<sup>350</sup>, violazione del diritto d’assistenza<sup>351</sup>, casi di “ordinaria infedeltà”<sup>352</sup>, nonché

---

<sup>348</sup> L. 19 maggio 1975, n. 151.

<sup>349</sup> M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l’“altro” diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, in *Fam. dir.*, 2001, 159 ss.

<sup>350</sup> App. Torino, 21 febbraio 2000, *cit.* La corte individua nel comportamento del marito le caratteristiche del *mobbing*, terminologia utilizzata da dottrina e giurisprudenza per descrivere vessazioni psichiche cui, a volte, è assoggettato il lavoratore nel luogo in cui svolge la propria prestazione. Nel caso di specie due sposi socialmente e culturalmente evoluti erano giunti alla rottura del vincolo coniugale a causa del comportamento sprezzante e umiliante del marito, il quale additava la moglie di fronte a parenti ed amici come persona “rifiutata e non riconosciuta, sia come compagna che sul piano della gradevolezza estetica, [...] offendendola in privato e davanti agli amici [...]”. Il comportamento denigratorio, altamente lesivo della dignità della moglie era arrivato ad incidere sulla sua personalità, tanto da condizionarla nella scelta di interrompere la gravidanza, non sentendosi in grado di procreare e di affrontare la maternità. Non solo, l’attacco all’autostima aveva indotto la donna ad abbandonare l’insegnamento. Pur non essendo stata avanzata domanda di risarcimento unitamente a quella di separazione, la lettura dei fatti data dai giudici torinesi è tale da poter concludere agevolmente che un’eventuale richiesta risarcitoria sarebbe stata accolta. Risultano infatti accertati la violazione dei doveri coniugali, il nesso tra questa e l’intollerabilità della vita coniugale e l’esistenza di un danno ingiusto. La Corte evidenzia nel comportamento reiterato del marito (contrario ai doveri matrimoniali) -traducendosi in una violazione del principio di uguaglianza morale e giuridica (art. 3 e 29 Cost.)- il requisito di gravità che fonda la pronuncia di separazione con addebito. Si noti come in questo caso gli elementi fondanti l’addebito della separazione coincidano con quelli che avrebbero integrato un’ipotesi di RC. L’elemento di novità della pronuncia non risiede tanto nei singoli comportamenti considerati rilevanti ai fini dell’addebito, quanto nell’utilizzo del *mobbing* come cornice con connotazione giuridica entro cui considerare una pluralità di azioni e aggressioni che non risultano indipendenti l’una dall’altra, ma costituiscono diversi tasselli attraverso cui si attua l’opera di sgretolamento psicologico che il *mobber* pone in essere nei confronti del

ostacoli posti dal genitore affidatario ai rapporti fra i figli e l'altro genitore<sup>353</sup>.

---

coniuge. Altri dati peculiari della sentenza sono rintracciabili da un lato nel riferimento all'art. 29, comma 2 Cost., per fondare l'addebito della separazione, e dall'altro nel richiamo al dovere di correttezza, che sembra evocare gli schemi tipici del diritto comune delle obbligazioni. Leggendo i due dati in combinato disposto si evincono un maggiore interesse del giudice alla personalità del singolo all'interno della coppia e un ampliamento dei confini dei doveri coniugali oltre il novero di quelli previsti *ex art.* 143 c.c.

<sup>351</sup> Trib. Milano, 7 marzo 2002, in *Corr. giur.*, 2002, 1211, ove si narra che un marito, nell'ultimo periodo di convivenza matrimoniale coinciso con la gravidanza della moglie, la lasciava sempre più frequentemente sola, manifestando il suo disinteresse per le di lei sorti e bisogni. Dopo aver ribadito che il matrimonio non è un contratto ai sensi dell'art. 1321 c.c., il tribunale condanna il marito al risarcimento del danno *ex art.* 2043 c.c., giacché era stata provata la sua "grave" condotta e l'esistenza di un "danno oggettivo". Per un caso simile v. Trib. Milano, 4 giugno 2002, in *Guida al dir.*, 2002, 24, 37; *Giur. it.*, 2002, I, 2290: ad una giovane donna incinta, in un momento della vita in cui c'è particolarmente bisogno di sostegno materiale e affettivo, veniva improvvisamente a mancare l'appoggio dello sposo che, non solo la tradiva, ma l'abbandonava in un momento molto delicato. Il giudice, ribadendo la non automaticità tra il risarcimento del danno e la violazione dei doveri coniugali che pure legittimano la declaratoria di addebitabilità della separazione, condanna il convenuto al risarcimento previo accertamento della gravità della sua condotta in violazione dei doveri, nonché la verifica "con speciale rigore" della sussistenza di un danno oggettivo legato eziologicamente non già alla crisi coniugale in sé, bensì alla condotta lesiva violatrice dei doveri coniugali. L'indubbia importanza della decisione di condanna, pare però criticabile sotto il profilo del *quantum* risarcitorio (10.000.000 di lire) che sembra davvero inadeguato all'intensità dell'illecito. Cfr. anche Trib. Bassano del Grappa, 27 gennaio 2005, in *Fam. dir.*, 2006, 5, 543, in cui la moglie ottiene il ristoro del danno morale patito a causa dell'omissione relativa all'assegno di mantenimento gravante sul marito, omissione riconducibile ad un'ipotesi di "lesione grave". Sulla violazione del diritto di assistenza, questa volta nei confronti della figlia, cfr. Trib. Venezia, 30 giugno 2004, in *Il merito*, 2005, I, 17, ove viene liquidato in 50.000 euro il danno subito da una figlia per il pervicace disinteresse del padre fin dalla sua nascita. Siffatto danno viene identificato dal giudice nella consapevolezza raggiunta dall'attrice di essere "stata trattata come il figlio di un mammifero di specie diversa da quella umana". Si noti come il giudicante, in fase di accertamento e liquidazione del danno, si sforzi di scavare nelle conseguenze effettivamente prodotte dalla condotta del padre nella vita della figlia. Analogamente Trib. min. L'Aquila, 8 luglio 2005, in *Dir. fam.*, 2006, 191, il quale ha liquidato in via equitativa al figlio danneggiato una somma di 20.000 euro.

<sup>352</sup> Trib. Milano, 24 settembre 2002, in *Danno e Resp.*, 2003, 1130.

<sup>353</sup> Trib. Monza, 5 nov. 2004, in *Famiglia*, 2006, 584; *Fam. dir.*, 2005, 79; *Danno e Resp.*, 2005, 852, ove si condanna un padre a liquidare la somma di 50.000

Bisogna attendere il 2005 però affinché la Suprema Corte ammetta a chiare lettere l'ingresso dell'art. 2043 c.c. entro le mura domestiche<sup>354</sup> (in

---

euro *ex art.* 2043 c.c. per i danni morale soggettivo ed esistenziale causati alla madre non affidataria in violazione del diritto di visita. La donna aveva già vanamente utilizzato iniziative giudiziarie per vedere il figlio; inoltre il genitore affidatario non aveva mai dato un contributo positivo all'evoluzione delle relazioni madre-figlio, esplicitandolo con "comportamenti di rigida chiusura emotiva ed aperte dichiarazioni sulla sfiducia nell'utilità degli interventi di mediazione in atto" da parte dei servizi sociali. Il giudice ritiene tale violazione talmente grave da accontentarsi della mera condotta colposa del genitore al fine di condannarlo. Tra i precedenti v. Cass., 8 febbraio 2000, n. 1365, in *Giur. it.*, 1802; in *Dir. fam.*, 2000, 1036. Un fatto analogo si riscontra anche in App. Firenze, 29 agosto 2007, in *Corr. merito*, 2008, 553, ove però la condanna al risarcimento del genitore avviene non già nell'ambito della clausola generale di RC, bensì entro gli "spazi tipici" del procedimento *ex art.* 709 *ter c.pc.* Non più dunque un caso di RC, bensì di responsabilità *ex lege*.

<sup>354</sup> Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 670; *Fam. dir.*, 2005, IV, 365; *Corr. giur.*, 2005, 921, ove l'attrice, dopo aver ottenuto dall'autorità ecclesiastica la dispensa dal matrimonio contratto e dal Tribunale il divorzio per inconsumazione, chiede all'ex coniuge il risarcimento del danno subito a causa della sua condotta contraria ai canoni di correttezza e buona fede per non essere stata da lui informata prima delle nozze sulla sua impotenza *coeundi*, e per aver omesso dopo il matrimonio di sottoporsi alle opportune cure. La corte si ritrova a statuire sulla possibilità di applicare l'art. 2043 c.c. alle violazioni prematrimoniali, a fronte di un reiterato orientamento negazionista dei giudici di merito. La vittima era ricorsa in Cassazione con sei motivi qui sintetizzati: (1) non c'è motivo per non riconoscere in relazione alla condotta omissiva *ante nuptias* la lesione di un interesse giuridicamente rilevante suscettibile di riparazione *ex art.* 2043 c.c. e non solo di tutela indennitaria *ex art.* 129 *bis c.c.*, a meno che non ci siano ragioni esplicite che giustifichino l'esclusione della clausola generale di RC; (2) il giudice di merito doveva considerare che il diritto a non sottoporsi alle cure (art. 32 Cost.) non può essere causa di conseguenze pregiudizievoli per altri soggetti. Ne consegue che il marito doveva sottoporsi a delle cure. In merito a ciò la Cassazione ha esordito con coraggio, affermando che, un conto è il diritto *ex art.* 32 Cost., un conto invece è rifiutare le cure a costo di venir meno ai doveri coniugali e di determinare lo scioglimento del matrimonio per inconsumazione; (3) non ci sono riscontri oggettivi per dire che il mancato assolvimento del debito coniugale non sia imputabile al marito, giacché la Corte d'appello non aveva permesso alla donna di provare che la malattia sarebbe stata reversibile se adeguatamente curata. Nell'accertare l'ingiustizia del danno la Cassazione esamina i beni della vita in gioco ponendo in primo piano la sessualità (diritto fondamentale tutelato *ex art.* 2 Cost., in quanto uno degli "essenziali modi di espressione della persona umana" -Corte cost., 18 dicembre 1987, n. 561, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1921-, diritto che presenta una vocazione alla procreazione, la quale costituisce di per sé un'altra dimensione fondamentale della persona e una delle finalità del matrimonio) e conclude che l'autorealizzazione attraverso la vita

passato essa aveva solo sfiorato la questione limitandosi a scarse osservazioni in forma di *obiter dicta*, se si esclude un caso assai risalente in cui il risarcimento non era stato accolto per mancata prova del danno<sup>355</sup>).

Nonostante l'attesa non fosse priva di speranze, non era poi così scontato l'esito, tanto che un commentatore ha definito la decisione coraggiosa, oltre che condivisibile<sup>356</sup>.

Si trattava di un caso di impotenza *coeundi* celato volontariamente dal marito alla consorte, alla cui scoperta non erano seguite delle cure a causa del rifiuto dello stesso malato. Nel decidere sull'ammissibilità del risarcimento la Cassazione opera una "valutazione incrociata" sui due elementi dello schema di RC, segnatamente l'ingiustizia del danno e la colpevolezza: da un lato attua un bilanciamento tra i contrapposti interessi dei coniugi, attribuendo la prevalenza all'interesse alla piena realizzazione familiare della donna come moglie e come madre - qui violato -, e di conseguenza ravvisando l'ingiustizia del danno nella "mancata informazione"; dall'altro lato si concentra sulla condotta dell'agente rilevandone l'indice di gravità<sup>357</sup>.

---

sessuale prevale sulla libera disponibilità del proprio corpo. Dopo aver osservato che l'intensità dei doveri coniugali si riflette sui rapporti tra le parti anche in fase prematrimoniale -nella quale, proprio in vista del matrimonio, gli sposi hanno obblighi di lealtà e solidarietà che si concretizzano nel dovere etico e giuridico di informare l'altro di ogni circostanza inerente le proprie condizioni psicofisiche e ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale (dovere desumibile dagli artt. da 117 a 129 *bis*, nonché 139 c.c.)-, la Corte confronta gli istituti dei libri I e IV del Codice civile e ne dichiara la loro compatibilità, affermando che la clausola generale di RC può usarsi in alternativa all'art.129 *bis* c.c. o quando tale disposizione non può più esperirsi per decorrenza del termine, a riconferma della ratio legislativa sottesa al rimedio giusfamiliare (l'assicurazione di una tutela minima al coniuge in buona fede forfezzando l'ammontare del danno, tenuto conto della difficoltà probatoria del pregiudizio subito per effetto della declaratoria di nullità).

<sup>355</sup> Cass. civ., 19 giugno 1975, *cit.*

<sup>356</sup> DOSI, *Famiglia e risarcimenti, arriva la svolta*, in *D&G – Dir. e giust.*, 2005, f. 22, 12.

<sup>357</sup> La Cassazione, seguita negli anni da unanime giurisprudenza, afferma che il comportamento del coniuge inadempiente non rileva se di minima efficacia lesiva -giacché "suscettibile di trovare composizione all'interno della famiglia in forza di quello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza"-, ma solo se "connotato da un'elevata capacità lesiva, in



Il passo cruciale della sentenza s'incentra proprio sulla condotta dolosa, la quale è definita come altamente lesiva della libertà e dignità della moglie "nella sua autonoma determinazione al matrimonio, nelle sue aspettative di armonica vita sessuale, nei suoi progetti di maternità, nella sua fiducia in una vita coniugale fondata sulla solidarietà e piena esplicazione delle proprie potenzialità nell'ambito della famiglia".

Analogo processo argomentativo è utilizzato dal giudice in un caso di violazione del dovere di assistenza e mantenimento da parte di un padre<sup>358</sup>. Tale sentenza è un concentrato di principi volti a tutelare il soggetto debole del rapporto: non solo si afferma per la prima volta che

---

quanto particolarmente grave e quindi idoneo a ledere in misura intollerabile per l'ordinamento un diritto dell'altro". La gravità va pertanto rilevata nella sua globalità, sia nella sua dimensione soggettiva (è richiesto il dolo, almeno generico -Trib. Milano, 7 marzo 2002, *cit.*) che oggettiva (lesiva dei diritti inviolabili tutelati pienamente ai sensi dell'art. 2 Cost).

<sup>358</sup> Trib. Venezia, 18 aprile 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 927. L'attore cita in giudizio il proprio padre sostenendo di essere nato nel 1955 a seguito della relazione tra la madre e il convenuto, figlio dei proprietari della casa presso cui lei faceva la domestica. La madre, non appena viene scoperto il suo stato di gravidanza, viene licenziata e costretta a tornare presso la famiglia d'origine, dove vive di stenti. In un contesto di tal genere cresce l'attore che, nonostante le gravi difficoltà finanziarie della famiglia riesce a studiare e diventare infermiere professionale. Nel 1999 il tribunale veneziano accerta lo status di figlio naturale dell'attore nei confronti del padre; di conseguenza il figlio chiede risarcimento ai sensi dell'art. 2043 c.c. per violazione del dovere di assistenza e mantenimento fin dalla nascita, lamentando un danno intervenuto ben prima dell'accertamento giudiziale di paternità. Nel decidere sull'*an* ed il *quantum* risarcitorio il giudice tiene conto della grave condotta dell'agente (dolosa), la quale aveva privato il figlio degli apporti finanziari tali da consentirgli un corso di studi e l'inserimento professionale ad un livello adeguato a quello della famiglia paterna, ma anche di un corollario d'assistenza e suggerimenti che concorrono alla formazione della personalità, di una posizione culturale e sociale direttamente ricollegabili proprio al patrimonio *latamente* inteso della famiglia di provenienza. La violazione degli obblighi di mantenimento, educazione ed istruzione sta alla base anche della condanna risarcitoria inflitta da App. Bologna, 10 febbraio 2004, in *Fam. dir.*, 2006, 511. Tale decisione si segnala per l'entità del risarcimento, liquidato in via equitativa in 2.500.000 euro (di cui il 25% a titolo di danno esistenziale), tenuto conto dell'enorme differenza circa le condizioni di vita di cui avrebbe goduto il figlio se avesse potuto fruire della situazione patrimoniale paterna (il patrimonio del padre era stato stimato in circa undici miliardi di lire, secondo i valori monetari dell'anno 1996; per contro, il figlio per ragioni economiche era stato costretto ad abbandonare gli studi e svolgere qualsiasi tipo di attività manuale - pizzaiolo, facchino- per mantenersi).

l'obbligo di mantenimento sorge per effetto della filiazione - e non della sentenza di riconoscimento di paternità/maternità naturale <sup>359</sup>, ma si opera anche sui termini iniziali di prescrizione per consentire al danneggiato un maggior intervallo d'azione <sup>360</sup>. Per non parlare della somma liquidata all'attore, pari a ben 61.250 euro <sup>361</sup>.

La panoramica sull'evoluzione giurisprudenziale non può escludere il "particolare" caso di violazione del dovere di fedeltà coniugale

---

<sup>359</sup> La sentenza in commento si diversifica da quella trattata poco sopra (v. nota 351) giacché in quest'ultima l'omissione del genitore si è manifestata quando era già intervenuto un riconoscimento giudiziale di paternità.

<sup>360</sup> Il tribunale rileva che fino al momento in cui non si forma il giudicato sulla domanda di accertamento di paternità/maternità naturale non sorge lo *status* di figlio naturale e quindi difetta il presupposto per l'esercizio delle azioni o diritti connessi a tale *status*. Così ragionando tuttavia si svisciva il fine della prescrizione, il quale attiene all'ordine pubblico, non alla tutela del danneggiato. Sarebbe dunque contrario a tale esigenza far decorrere la prescrizione da un momento incerto quale quello in cui interviene una pronuncia giudiziale. Allo stesso modo però, si rivelerebbe dannoso per il figlio far decorrere la prescrizione da un momento in cui egli non può far valere i suoi diritti. Per bilanciare i due interessi il tribunale, conformemente all'art. 1227, comma 2 c.c. (dovere di correttezza), valuta caso per caso, tenuto conto di tutte le circostanze, se il figlio danneggiato, assumendo iniziative nei confronti del genitore per far valere le sue pretese avrebbe potuto limitare i danni subiti. Tale punto d'equilibrio però si rompe se la domanda viene fatta in un momento successivo alla morte del genitore, giacché, paradossalmente, sarebbero gli eredi a dover rispondere. (V. artt. 276-270 c.c.). La situazione diventa ancor più paradossale se si considera che così gli eredi possono essere chiamati a rispondere delle obbligazioni del defunto senza aver avuto la possibilità di accettare l'eredità con beneficio d'inventario.

<sup>361</sup> Nel liquidare il danno il tribunale tiene conto del guadagno mensile (maggiorato) che l'attore avrebbe percepito se avesse potuto continuare gli studi fino a laurearsi e trovare un impiego. Tale somma viene moltiplicata per la presumibile durata lavorativa media del danneggiato e sommata ad un ipotetico t.f.r. Essa viene poi diminuita del 5% a causa del concorso di colpa dell'attore, la cui inerzia nel far valere le proprie pretese nei confronti del genitore avrebbe contribuito all'aggravio del danno lamentato. È riconosciuto inoltre il risarcimento del danno non patrimoniale da lesione di diritti fondamentali, a causa delle limitazioni e privazioni che l'ambiente familiare in cui stava crescendo gli imponeva, quale effetto del mancato mantenimento e assistenza paterna. Tale pregiudizio, protrattosi per 25 anni (da quando l'attore era bambino fino al raggiungimento della propria posizione professionale), viene liquidato nella percentuale del 50% del danno patrimoniale, tenuto conto del grande divario tra le condizioni economiche, sociali e culturali in cui sono cresciute le parti, nonché dell'indigenza estrema in cui l'attore ha trascorso la sua fanciullezza.

affrontato dai giudici bresciani, oggetto di revisione in sede d'appello per non essere tacciato come "ingiustificatamente discriminatorio"<sup>362</sup>.

La condanna in primo grado ad un risarcimento del danno esistenziale così elevato senza che venisse almeno soddisfatto l'onere della prova (nemmeno per presunzioni) a carico dell'attore aveva scatenato le critiche della dottrina, critiche amplificate dal fatto che essa rilevava tra le righe della sentenza l'espressione di uno "spirito conservatore" sotto il profilo fattuale<sup>363</sup>.

Il tribunale infatti sembrava considerare un tradimento con un *gay* meritevole di un risarcimento più alto rispetto ad un'infedeltà eterosessuale. La Corte d'appello ha fatto proprie queste critiche osservando che una relazione extraconiugale omosessuale non può essere considerata "intrinsecamente grave" da far ritenere presunta la lesione all'integrità personale della vittima, né che esistono criteri oggettivi in riferimento ai quali poter affermare che l'infedeltà di tipo eterosessuale provochi meno sofferenza nell'altro coniuge rispetto a quella omosessuale<sup>364</sup>.

---

<sup>362</sup> Trib. Brescia, 14 ottobre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 57. Dopo 15 anni di matrimonio un marito rivelava alla moglie la propria omosessualità e l'intrattenimento di una relazione. Seguiva domanda di separazione con addebito a carico del marito, nonché domanda di risarcimento per il danno esistenziale patito, consistente nella compromissione della sfera di realizzazione personale della donna derivata dall'infedeltà del coniuge. Il tribunale riteneva che la durata del matrimonio, la giovane età della donna all'epoca della celebrazione, nonché la relazione extraconiugale del marito il cui carattere omosessuale ledeva maggiormente la dignità della vittima fossero di per sé sufficienti al risarcimento, liquidato in via equitativa in 40.000 euro. In aggiunta, tale decisione si fondava sul timore che quella specifica modalità di infedeltà potesse ledere il diritto alla salute della danneggiata, in ragione della paura del contagio di malattie sessualmente trasmissibili. Tale timore aveva gravemente alterato la qualità di vita della richiedente.

<sup>363</sup> E. FALLETTI, *Infedeltà coniugale omosessuale con addebito ma senza danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2008, 899. Tra i critici v. anche C. FUCCI, *Se il tradimento possa fondare la pretesa risarcitoria dell'un coniuge nei confronti dell'altro*, in *Resp. civ.*, 2007, 532.

<sup>364</sup> App. Brescia, 5 giugno 2007, in *Resp. civ.*, 2008, 616, ove è confermata l'astratta applicabilità dei principi generali di RC nel caso di violazione dei doveri matrimoniali (non essendo sufficiente il rimedio dell'addebito per ristorare la vittima (Cass., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1041, la quale

Il negato risarcimento nel caso di specie viene affermato dopo aver effettuato un bilanciamento degli interessi sottesi alle rispettive sfere personali dei coniugi ed aver valutato che non poteva ravvisarsi un danno ingiusto, poiché prevaleva l'interesse alla libertà personale di sciogliere il legame matrimoniale. Tale affermazione è rafforzata dalle valutazioni in merito all'onere della prova. Infatti, essendo il danno esistenziale riconducibile ai diritti fondamentali della persona, è necessario che la lesione degli stessi sia estrinsecata in un fatto illecito altrui, consentendo la stima concreta della alterazione subita nella sfera personale del danneggiato. In questo caso l'onere probatorio consente di effettuare con elevata probabilità una verifica circa la lesione dei valori costituzionali inferta al danneggiato. In definitiva il risarcimento viene ammesso dai giudici solo astrattamente.

Altrettanto significativa è una sentenza del Tribunale di Trento che, nel dichiarare la separazione giudiziale dei coniugi con addebito al marito, ha condannato quest'ultimo al risarcimento dei danni non patrimoniali nei confronti della moglie, per aver formato, in modo occulto, un nuovo nucleo familiare parallelo, con addirittura la nascita di figli, mentre nel frattempo intratteneva una vita coniugale apparentemente normale con la propria consorte<sup>365</sup>.

---

sancisce in via definitiva il principio in base al quale il danneggiato deve allegare i fatti per provare il danno esistenziale, perché è legato alla persona e non può determinarsi secondo criteri tabellari, necessitando invece di precise indicazioni che solo il danneggiato può fornire), con ogni mezzo messo a disposizione dall'ordinamento), ma si richiedono l'allegazione e la prova del danno, nonché l'esistenza di una condotta particolarmente grave dell'agente tale da ledere prerogative personali del coniuge. Nel caso di specie il risarcimento non può essere ammesso poiché l'attrice non ha provato la lesione alla propria sfera esistenziale, in conformità con le regole di RC, né è ravvisabile un danno ingiusto, nonostante il dolore provato dalla moglie a causa del tradimento omosessuale sia più intenso di quello che avrebbe patito in caso di infedeltà eterosessuale. Tale decisione è un'utile riconferma della nozione moderna di "fedeltà", la quale si va sempre più a connotare in termini di lealtà, di capacità di saper sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia.

<sup>365</sup> Trib. Trento, 22 giugno 2007, in *Resp. civ.*, 2009, 4, 378, ove in merito ai 45.000 euro di liquidazione del danno, il giudice evidenzia che l'attrice ha dedotto un disagio protrattosi per un certo numero di anni, sicuramente non irrilevante (in cui rientra anche la modalità del tutto inadeguata ed irrispettosa di

All'indomani della consacrazione del "nuovo statuto" del danno alla persona ad opera delle già citate pronunce delle Sezioni Unite<sup>366</sup>, i giudici di merito non hanno ancora dato prova di saper applicare i meccanismi risarcitori in ambito endofamiliare, eccezion fatta per il Tribunale di Venezia, chiamato ad occuparsi dei guai di una moglie costretta per mesi a fare da badante alla suocera inferma, mortificata sotto vari profili affettivo-coniugali, tradita dal marito per mesi e maltrattata anche verbalmente nelle carte del processo di separazione<sup>367</sup>.

---

comunicazione della nuova relazione, nonchè il protrarsi di una situazione di ambiguità comprovata), ma che non risulta aver provocato una lesione dello stato di salute o problematiche concrete di particolare momento, stante la possibilità di continuare la propria vita nell'ambiente di riferimento (*ivi* compresa la casa) e tenuto conto, inoltre, che le modalità di rapporto tra i coniugi, pur nella crisi, si sono sempre attenute a criteri di reciproco rispetto. La lesione viene identificata nel venir meno di un'aspettativa di vita comune; pertanto, il parametro equitativo risarcitorio viene ricondotto a quella categoria di creazione giurisprudenziale che viene definita in termini di perdita della relazione affettiva e materiale in punto di risarcimento del danno da morte del congiunto. Il tribunale sottolinea, tuttavia, che si deve tener conto dell'infinità di situazioni in cui i comportamenti lesivi all'interno della vita matrimoniale assumono connotati ben più gravi, in cui si sommano atti di violenza, vessazioni prolungate, oltre che effetti pesanti sulla gestione di un complesso familiare in cui entrano in gioco anche le relazioni genitoriali e di gestione di figli in tenera età; di conseguenza la comparazione con queste situazioni impone di contenere il quantum risarcitorio richiesto ed ancorarlo ad un criterio meramente equitativo. In questa prospettiva pur limitante, ma aderente a criteri di equità, si ritiene che la lesione possa essere risarcita nella misura di un terzo della liquidazione che generalmente è effettuata per la morte del coniuge convivente, assumendo inevitabilmente la sussistenza di un qualche parallelismo tra il fallimento del matrimonio e la situazione della perdita dell'aspettativa di una vita comune, sia sotto il profilo affettivo che materiale, seppur ampiamente contenuta per la possibilità di mantenere un sussidio economico altrimenti mancante, e comunque di mantenere una relazione per quanto alterata nelle sue premesse di fondo.

<sup>366</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, *cit.*

<sup>367</sup> Trib. Venezia, 14 maggio 2009, in *Danno e Resp.*, 2010, 2, 187; *Fam. dir.*, 2009, 12, 1147. Nella specie, il coniuge aveva relegato la consorte al mero ruolo di badante della di lui madre gravemente ammalata; nel frattempo, tuttavia, lo stesso aveva instaurato una relazione con un'altra donna. Nel momento in cui l'anziana madre è venuta meno ed è cessato il bisogno di assistenza nei confronti della stessa, il marito è andato a convivere con la nuova compagna; in tal modo, si è allontanato definitivamente dalla moglie con modalità oltraggiose, limitandosi, tra l'altro, a corrispondere la irrisoria somma di "50 euro per il mantenimento di cani e gatti".

Nell'accertare e liquidare il danno in capo all'attrice il giudice ha fatto proprio il filtro selettivo della gravità della lesione e della serietà del danno, evidenziando fin dal principio che non tutte le condotte in violazione dei doveri coniugali possano fondare una domanda risarcitoria, ma solo quelle condotte apertamente contrarie ai doveri nascenti dal matrimonio, poste in essere nella consapevolezza della loro attitudine a recare pregiudizio alla sfera dell'altro coniuge.

La novità apportata da questa sentenza, tuttavia, risiede nel fatto che, dopo aver accertato la lesione della salute, nonché di un diritto fondamentale della donna - rappresentato dall'intangibilità della sfera morale sintetizzata nel concetto di dignità<sup>368</sup> -, il giudice veneziano ha evidenziato come nell'illecito in esame - caratterizzato dalla presenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave in capo al coniuge responsabile - il risarcimento del pregiudizio non patrimoniale non si limiti a svolgere una funzione soltanto compensativa, bensì di tipo sanzionatorio-deterrente<sup>369</sup>.

---

<sup>368</sup> Al riguardo, la c.t.u. ha accertato un vero e proprio danno psichico in capo alla donna, manifestatosi immediatamente dopo l'abbandono della casa coniugale da parte del marito; tale disturbo, pur non integrando uno stato di malattia di carattere permanente, ha determinato un quadro transitorio di impedimento dell'adattamento con ansia e depressione per circa due anni. Alla luce di tali considerazioni, il tribunale ha liquidato all'attrice la somma di 14.016 euro per il pregiudizio di natura psichica temporanea, mentre per la lesione della dignità, da cui - secondo l'organo giudicante - è derivata una compromissione della sfera relazionale di carattere permanente, è stato riconosciuto l'importo di 7.265 euro.

<sup>369</sup> In particolare il passaggio è il seguente: "a ciò s'aggiunga che non è revocabile in dubbio che il risarcimento del danno non patrimoniale non ha funzione compensativa, non servendo a rimettere il creditore nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato se il fatto non si fosse verificato come normalmente accade al cospetto della lesione di un interesse patrimoniale, rinveniente sul mercato un suo surrogato. In tali vicende, accanto al profilo soddisfacente per la perdita di utilità di carattere non patrimoniale viene sicuramente in rilievo un profilo sanzionatorio/deterrente, ossia mediante un equivalente pecuniario il sistema cerca di disincentivare condotte lesive. In altri termini, fermo restando che si devono prendere in esame le conseguenze in concreto manifestatesi nella sfera della vittima, appare possibile in tali vicende stabilire un rapporto di proporzionalità anche con la (natura ed il tipo di) condotta dell'offensore, accedendo, pertanto, alla ridetta valutazione".

La quasi totalità della decisioni della giurisprudenza, di cui si è dato conto, sembrerebbe militare a favore della metafora raffigurante una cittadella (la famiglia) ormai espugnata dalle armate dell'invasore (la RC). Tuttavia è ancora troppo presto per tirare le somme su questo rapporto tra rimedi endofamiliari, il cui equilibrio è ancora precario. Di certo, la difficoltà insita nell'applicare la clausola generale di RC in questa sede, giustifica la prudenza di chi ritiene che il rimedio risarcitorio possa solo affiancarsi, ma non sostituire gli strumenti del diritto di famiglia, né auspicare la fine di tale diritto come branca autonoma del diritto civile<sup>370</sup>.

Ad ogni modo una maggior incidenza del diritto comune va vista favorevolmente, giacché segna una nuova prospettiva per i ruoli stessi all'interno della famiglia - all'insegna della libertà, uguaglianza e autoresponsabilità dei suoi membri -, anche in rapporto alla realtà esterna.

Per la giurisprudenza quello della RC endofamiliare resta attualmente un campo aperto alle soluzioni più disparate, soprattutto perché nessun precedente pare offrire soluzioni sufficientemente convincenti, giacché ancora il risarcimento del danno a valutazioni permeate da un tasso di relatività troppo elevato.

Un'osservazione è comunque d'obbligo: oggetto di disputa sono quasi sempre le medesime fattispecie; da qui la constatazione di alcuni circa la possibilità di classificare gli illeciti endofamiliari in categorie tipiche<sup>371</sup>, della cui utilità si tratterà tra breve (v. § 2.3.3.).

---

<sup>370</sup> DOGLIOTTI, *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale, cit.*, 159 ss.

<sup>371</sup> A. QUERCI, *Responsabilità per violazione dei doveri familiari*, in *Danno e resp.*, 2007, 13 ss., suddivide gli illeciti in sette settori endofamiliari: quelli legati alla (1) violazione del dovere di assistenza ai figli (in tali ipotesi il giudice tende a valorizzare la situazione del figlio trascurato e abbandonato, privato di un rapporto costituzionalmente garantitogli dall'art. 30 Cost. nella sua crescita); (2) violazione del diritto visita; (3) violazione del dovere di fedeltà; (4) violazione del diritto di assistenza del coniuge; (5) casi di nullità matrimoniale *ex art. 129 bis c.c.*; (6) casi di *mobbing* familiare; (7) casi particolari: il risarcimento del danno è stato ammesso ad es. nell'ipotesi di un figlio nato invalido a causa dell'illecito commesso dal genitore (il padre dà un calcio in grembo materno, oppure la madre fa uso di stupefacenti) V. Trib. Trieste, 26 novembre 1997, in *Nuova giur civ comm.*, 1999, I, 110.



### 2.3.2. I dinieghi della giurisprudenza

Nello scivoloso terreno dei rapporti familiari finora sono due gli ambiti in cui la giurisprudenza non ha mai ammesso l'ingresso della RC.

L'ambito da analizzare in principio è quello che meno ha creato dubbi tra i giudici e che riguarda quei peculiari conflitti di coppia insorgenti qualora la donna decida di ricorrere alle pratiche abortive senza aver interpellato il *partner*, o addirittura nonostante la sua opposizione.

La decisione di interrompere la gravidanza rientra certamente tra quelle scelte fondamentali che possono presentarsi durante la vita matrimoniale e, come tale, dovrebbe essere frutto di un accordo tra coniugi; tuttavia l'art. 5 della legge 22 maggio 1978, n. 194 recante "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza" attribuisce soltanto alla madre la scelta se interrompere o meno la gestazione, escludendo completamente il padre da ogni decisione in merito. Tale normativa si pone dunque quale ostacolo principale all'accoglimento delle domande di risarcimento del danno che, a partire dagli anni Ottanta, hanno esercitato in molti, a tutela del proprio diritto alla paternità. La Corte di cassazione infatti ha affermato l'esistenza del "diritto della madre all'aborto". Ne consegue che l'interruzione della gravidanza *ex art. 5, l. cit.*, in quanto legittima, non può essere fonte di danno ingiusto<sup>372</sup>.

Dal canto suo la giurisprudenza di merito ha ritenuto che "sarebbe quantomeno incongruo stabilire che la moglie debba essere sanzionata con l'addebito della separazione a causa dell'esercizio di un diritto riconosciuto dalla legge"<sup>373</sup>. A maggior ragione dunque, non essendo stata espunta dall'ordinamento tale disposizione, l'atto abortivo compiuto in osservanza

---

<sup>372</sup> Cass., 5 novembre 1998, n. 11094, in *Fam. dir.*, 1999, 125; *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 708.

<sup>373</sup> Trib. Monza, 26 gennaio 2006, in *Fam. dir.* 2006, II, 198, ove si afferma che la domanda di separazione coniugale merita di essere accolta, giacché la prosecuzione della convivenza è divenuta intollerabile in seguito alla decisione della moglie di abortire nonostante l'opposizione del *partner*. Tuttavia l'interruzione della gravidanza non può essere considerata quale questione rilevante ai fini dell'addebito della separazione poiché la l. 194/1978 si pone quale legge speciale intervenuta in epoca successiva alla generale nuova disciplina sul diritto di famiglia e dunque ben può derogarvi.

delle condizioni e modalità prescritte dalla norma, si qualifica come atto lecito, insuscettibile di dare luogo ad una responsabilità risarcitoria *ex art.* 2043 c.c.

Tale argomentazione non ha tuttavia convinto una parte della dottrina che non discute circa la sussistenza del diritto della donna ad abortire, ma s'interroga sulla possibilità che il compimento dell'atto - pur legittimo - sia fonte di responsabilità nei confronti dell'altro coniuge<sup>374</sup>.

Sotto altro profilo, occorre immaginare le eventuali ricadute del nuovo filone giurisprudenziale sui rapporti di fatto, nel caso in cui vengano lesi interessi giuridicamente rilevanti nella comunità parafamiliare.

Attualmente, se si esclude il d.d.l sui c.d. Dico, il sistema italiano non dispone di una disciplina specifica sulla convivenza *more uxorio*, inducendo i più a concludere che da una semplice situazione di convivenza non possano discendere doveri vincolanti<sup>375</sup>.

Tuttavia, se si ritiene che nei rapporti di coppia in genere la violazione dei doveri *ex art.* 143 c.c. ss. non sia presupposto necessario per il risarcimento del danno - in quanto questo deriva dalla violazione di un diritto alla persona autonomamente considerato - l'esistenza di un formale

---

<sup>374</sup> C. CICERO, *Responsabilità civile e tutela dei diritti coniugali: verso la configurazione del diritto al risarcimento del danno per violazione della serenità familiare*, in *Resp. civ.*, 2007, 2453.

<sup>375</sup> BESSONE-FERRANDO, *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, in *Dir. fam. pers.*, 1979, 1338; F. D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 2001, 69 ss. E' interessante accennare alle discipline di ordinamenti a noi vicini per constatare che esistono forme di protezione delle coppie di fatto accordate dalla legge. La prima ad occuparsi del fenomeno è stata la legge danese del 1989, la quale ha istituito il modello della *registered partnership*, per cui la registrazione dell'unione produce i medesimi effetti giuridici del matrimonio, salvo quanto previsto in materia di adozione e di potestà dei genitori. Le coppie registrate hanno dunque gli stessi diritti patrimoniali, fiscali, sociali e successori di quelle coniugate; come i coniugi, i conviventi registrati hanno fra loro doveri di solidarietà e assistenza. Il modello è stato seguito negli anni successivi anche da Norvegia (1993), Svezia (1994), Islanda (1996), Olanda (1997) e Germania (2001). Una convivenza registrata di spiccata matrice contrattuale è invece prevista dalla legge francese sui PACS del 1999 di cui si tratterà con dovizia di particolari *infra* § 3.2.2. Sul punto cfr. M.C. ANDRINI, *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007, 185 ss.; G. ORLACCHIO, *Accordi di convivenza e nozione comunitaria di famiglia*, in *I rapporti di famiglia nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2007, 191 ss.

vincolo matrimoniale potrebbe non essere ritenuto necessario al fine di prendere in considerazione il danno lamentato<sup>376</sup>.

Inoltre la lesione di interessi meritevoli di tutela - salute psichica, onore, ecc. - può presentarsi con tratti di gravità la cui intensità non varia in rapporto all'esistenza di un legame matrimoniale o meno<sup>377</sup>.

Che differenza fa se il comportamento qualificato quale *mobbing* familiare è posto in essere nei confronti della convivente piuttosto che della moglie? E la condotta di chi abbandona il *partner*? In tutti questi casi potrebbe apparire discriminante l'ammissione del risarcimento nei confronti del coniuge, ma non del convivente.

Un filone dottrinale<sup>378</sup>, peraltro condivisibile, ravvedendo nelle coppie di fatto l'espressione di libertà e volontaria sottrazione al regime matrimoniale legale, sostiene che i doveri di coabitazione, fedeltà e assistenza caratterizzanti la libera unione, non possano costituire oggetto di un'obbligazione per il *partner*. Semmai una garanzia giuridica per i conviventi *more uxorio* potrebbe passare per la via dell'autonomia privata, che è in grado di meglio valorizzare le esigenze affettive, economiche, e sociali della coppia<sup>379</sup>.

Le libere scelte dei conviventi non andrebbero soffocate all'interno di una disciplina - legale - uniforme (giacché ogni relazione ha le proprie necessità) bensì valutate quali fonti di autonoma regolamentazione pattizia,

---

<sup>376</sup> BILOTTA-CENDON, *Infedeltà coniugale e danno esistenziale*, cit., 88 ss., insistono sulla possibilità di ricorrere all'azione risarcitoria a prescindere dalla separazione.

<sup>377</sup> GAUDINO, *La responsabilità civile endofamiliare*, cit., 1260.

<sup>378</sup> Così F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 150 ss. V anche F. PICCALUGA, *Famiglia, malattia, abbandono e responsabilità civile*, in *Fam. dir.*, 2003, 200 ss., il quale ipotizza la responsabilità per l'abbandono del convivente *more uxorio*, ma solo in presenza di una convenzione "simil pacs". *Contra* A. FRACCON, *I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 367, secondo cui è incoerente escludere le coppie di fatto dalla tutela risarcitoria dal momento che l'aggressione alla personalità del *partner* non assume diversa valenza a seconda che il legame sia istituzionalizzato o meno.

<sup>379</sup> Sulla valorizzazione dell'autonomia negoziale delle coppie di fatto ha puntato proprio la disciplina della famiglia di fatto in Francia, attraverso l'istituzione dei *Pactes civils de solidarité*. V. *infra*.

lecita alla stregua dell'art. 1343 c.c. e meritevole di tutela *ex art.* 1322, comma 2 c.c.

La giurisprudenza non ha avuto modo di esprimersi spesso in materia. Una recente pronuncia ha sancito la responsabilità del convivente *more uxorio* nei confronti dell'ex convivente, in quanto il rilascio tardivo della casa della donna aveva cagionato un pregiudizio derivante dalla lesione di valori della persona di rango costituzionale, quali il diritto all'inviolabilità del domicilio, al riserbo e intimità della vita domestica, e alla serenità familiare, nonché il diritto alla dignità e alla libertà personale<sup>380</sup>. Tuttavia tale decisione si lega all'inadempimento contrattuale dell'ex compagno. Con la scrittura privata infatti, il convenuto del caso si impegnava a liberare la casa entro una certa data.

Nemmeno la giurisprudenza giunge dunque a riconoscere in ambito risarcitorio rilevanza giuridica alle unioni di fatto, salvo casi di autonoma regolamentazione da parte dei suoi membri. E, si noti, la pattuizione nel caso appena ricordato non aveva ad oggetto aspetti personali del rapporto (quali la fedeltà o l'assistenza), poiché essi sarebbero stati contrari all'ordine pubblico, nonché sprovvisti del requisito contrattuale della "patrimonialità".

Questo rifiuto della giurisprudenza ad estendere la RC endofamiliare pare tanto più coerente quanto più si riconoscono sia gli aspetti problematici sottesi all'inserimento dello strumento risarcitorio nell'ambito dell'istituzione matrimoniale, che le resistenze manifestatesi nel nostro ordinamento alla regolamentazione dei rapporti di fatto.

Ciò testimonia l'importanza che il sistema giuridico attribuisce alla libertà di autodeterminazione del singolo. Insomma, almeno per ora, chi vuole essere tutelato dai comportamenti lesivi che la vita quotidiana con il

---

<sup>380</sup> Trib. Bologna, 12 ottobre 2005, in *Resp. civ.*, 2006, 913. Come si evince dalla motivazione, il tribunale ha effettuato la liquidazione dell'indennizzo in via equitativa, sulla base di tre parametri: "la durata del periodo di occupazione dell'immobile senza titolo (sei mesi), l'elemento soggettivo dell'illecito e la natura dei beni lesi". L'uso del criterio dell'elemento soggettivo, già caratterizzato in termini di "dolo" nei precedenti passaggi motivazionali, evidenzia la propensione della giurisprudenza di merito a valorizzare anche la funzione sanzionatoria del risarcimento, accanto a quella riparatoria.

proprio *partner* potrebbe riservargli, continua ad avere due alternative: interrompere la convivenza e tornare single di fatto, oppure fare il “grande passo”. La pretesa di godere soltanto dei privilegi che connotano un rapporto giuridico non è ammessa: questi saranno concessi solo se ci si accollano anche i relativi doveri e ci si assume, nel contesto delle regole vigenti, la piena responsabilità del rapporto.

### **2.3.3. La necessità di filtri per scongiurare il dilagare dell’automatismo risarcitorio**

Definita l’incidenza lesiva delle situazioni produttive dei “nuovi danni”, è necessario determinare entro quali limiti siano qualificabili come risarcibili i comportamenti che in ambito familiare incidono sulla vita quotidiana del coniuge o degli altri conviventi<sup>381</sup>.

Consapevoli della delicatezza e della complessità dei rapporti familiari, gli interpreti hanno unanimemente segnalato l’esigenza di individuare filtri idonei ad evitare che la crisi familiare comporti conseguenze automatiche sul piano risarcitorio<sup>382</sup>.

L’area in questione viene da tutti disegnata come delimitata da tre cerchi concentrici<sup>383</sup>: un’area interna giuridicamente irrilevante, comprensiva di liti, ripicche e scorrettezze di portata minore e ordinaria, caratterizzanti ogni *ménage* familiare.

Un secondo cerchio contenente la violazione degli obblighi familiari non accettabili, ma rilevanti esclusivamente ai fini dell’applicabilità del diritto di famiglia.

---

<sup>381</sup> SEBASTIO, *La responsabilità civile endofamiliare, cit.*, 200.

<sup>382</sup> Il timore dell’automaticità tra rimedio giusfamiliare e rimedio aquiliano è tanto più intenso quanto si faccia attenzione alle somiglianze, a tratti identità, ravvisabili nei criteri che giustificano l’addebito della separazione piuttosto che il risarcimento del danno. V GAUDINO, *La responsabilità civile endofamiliare, cit.*, 1238 ss. Tuttavia, almeno astrattamente il risarcimento *ex art.* 2043 c.c. è ammesso previa lesione di un diritto indipendente dall’obbligo familiare violato, quale ad es. l’onore. La mera violazione dell’obbligo familiare è invece sanzionata esclusivamente coi rimedi del libro I c.c. Sul punto v. DE MARZO, *Scene dopo un matrimonio, cit.*, 1134.

<sup>383</sup> Tripartizione esplicita in RICCIO, *Famiglia e responsabilità civile*, in A. STANZIONE, (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza, vol. I, Il matrimonio-I rapporti personali*, Torino, 2005, 394 ss.

Infine un terzo cerchio relativo ad ipotesi più gravi in cui solo le regole della RC sarebbero in grado di apprestare tutela al danneggiato.

Purtroppo, al di là delle dichiarazioni, sembra che i filtri indicati non siano sempre in grado di segnare il confine tra le ultime due aree. O meglio, se nei conflitti tra genitore e figlio l'idea della tripartizione sembra confermata grazie alla "gravità" della condotta genitoriale a fare da filtro tra le ipotesi in cui tutto può risolversi con l'applicazione del rimedio tipico - l'assegno di mantenimento - e quelle in cui vi è invece spazio per l'operatività della RC<sup>384</sup>, nei conflitti coniugali le cose stanno diversamente. La giurisprudenza infatti ha sempre ammesso il risarcimento del danno in corrispondenza di una pronuncia di addebito, e dunque della violazione dei doveri coniugali<sup>385</sup>. Tale tendenza potrebbe portare al dilagare della RC.

Inoltre se si riflette sui filtri utilizzati dalle corti per limitare l'area risarcitoria si nota come l'abbondanza di richiami alla gravità della condotta o all'importanza dell'interesse leso non offrano per nulla un fondamento tecnico inattaccabile a sostegno delle ricostruzioni dottrinali, ma giustifichino e proteggano l'esercizio di un potere equitativo del giudice, alla cui sensibilità pare sostanzialmente affidata la decisione circa l'opportunità di applicare solamente i rimedi giusfamiliari o chiamare in ausilio quelli aquiliani. Non pare plausibile tuttavia lasciare siffatta discrezionalità alla categoria giudicante, la quale potrebbe degenerare in mero arbitrio.

---

<sup>384</sup> Attraverso la valorizzazione del rimedio aquiliano nei rapporti parentali, la giurisprudenza ha ridisegnato la mappa dei doveri incombenti sul genitore, in particolare su quello naturale, sul quale, fino a poco fa, gravavano solo obblighi di natura patrimoniale.

<sup>385</sup> Degli elementi rilevanti per ammettere la RC endofamiliare, nessuno pare assente nella valutazione sull'addebito della separazione. Il dolo è rilevante anche nelle violazioni *ex art.* 143 c.c.; la gravità della condotta in ogni caso è già oggetto di valutazione quale presupposto dell'addebito; la natura dell'interesse leso è la stessa giacché la violazione dei doveri coniugali finisce per coinvolgere quasi automaticamente la personalità se non addirittura la salute (in termini quantomeno di depressione reattiva) della vittima; infine la valutazione comparativa delle condotte è valutabile anche in sede di addebito.

Ci si chiede se un freno possa essere posto dal legislatore attraverso la fissazione di condizioni e modalità di utilizzo del rimedio risarcitorio come pure di liquidazione del danno. A tale domanda pare risponderci positivamente: infatti dall'*excursus* giurisprudenziale effettuato, le varie ipotesi di torto endofamiliare sembrerebbero facilmente tipizzabili: una volta classificati i “nuovi illeciti”, e dunque il campo d’applicazione della normativa speciale il giudice non sarebbe più abbandonato a se stesso e le parti potenziali del conflitto familiare potrebbero conoscere con maggior precisione fino a che punto le conseguenze delle loro scelte/azioni potrebbero ricadere su di loro, sia in positivo che in negativo.



**Parte terza**

**LA RESPONSABILITÀ ENDOFAMILIARE  
IN FRANCIA**

### 3.1 Introduzione

Il sistema di RC italiano è fortemente debitore nella sua forma della disciplina aquiliana francese che, forte di un codice frutto della rivoluzione, si è imbattuta ben prima dei giuristi italiani nel problema qui affrontato e pare averlo gestito con maggior serenità e domestichezza<sup>386</sup>.

L'approccio con cui vanno affrontate tali questioni nell'esperienza giuridica francese non può tuttavia non tener conto delle peculiarità che caratterizzano questo ordinamento<sup>387</sup>. Il tropismo verso la legge costituisce una tendenza fondamentale del modello dell'*Héxagone*; inoltre, stante lo stile assai conciso dei giudici e del legislatore, il compito di verbalizzare il sistema in un discorso organico è stato assunto dalla dottrina, che da più di due secoli interpreta il Codice civile e quindi, molto prima di noi, ha potuto teorizzare l'applicazione dell'art. 1382 *cod. civ.* ai torti endofamiliari.

La naturalezza con cui la clausola generale di RC è penetrata entro le mura domestiche si deve oltretutto ad un fattore "strutturale", legato al dettato stesso dell'art. 1382 *cod. civ.* il quale, a differenza dell'analoga disposizione italiana, non distingue tra danno patrimoniale e non patrimoniale, e nemmeno indaga sull'ingiustizia del danno, accontentandosi di condannare al risarcimento sulla prova del danno *tout court*.

Pertanto, fin dalle origini, la clausola generale dell'illecito civile transalpino è servita all'interprete per risarcire danni dall'entità difficilmente monetizzabile. Ed anzi, questa *souplesse* del dato testuale ha invogliato un'applicazione quasi eccessiva della norma, tanto che attualmente si cerca di limitarne l'uso, soprattutto in un terreno come quello familiare, ove la contropartita pecuniaria al pregiudizio extrapatrimoniale potrebbe essere percepita come un tentativo di commercializzare i sentimenti. Questa tendenza, tra le altre, è stata

---

<sup>386</sup> Sull'influenza del *Code Napoléon* nel diritto italiano v. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia: 1796-1975*, cit., 104 ss., ove almeno fino al 1865 la disciplina francese fu legge in tutta la penisola.

<sup>387</sup> GAMBARO, voce *Francia*, cit., 471.

individuata da Chabas tra i fattori utili a spiegare l'ingresso dell'*action délictuelle* in famiglia<sup>388</sup>.

Ma vi è di più. In ragione della crisi della RC e della resistenza delle relazioni familiari al fenomeno assicurativo, l'*autrui* dell'art. 1382 *cod. civ.* concernerà sempre più le persone con cui la vittima intratteneva rapporti prima del danno, compresi i propri familiari<sup>389</sup>.

Vale la pena di descrivere anche con riferimento al contesto francese quali sono gli strumenti apprestati dal diritto di famiglia per fronteggiare gli illeciti endofamiliari, per poi soffermarsi sull'utilità, la portata e le funzioni riconosciute da dottrina e giurisprudenza al diritto della RC in ambito familiare.

### **3.2. Istituti e funzioni del diritto di famiglia: l'adeguamento repentino del legislatore**

L'assenza del lemma "famiglia" nei lavori preparatori al *Code Napoléon* è testimone dello spirito con cui il giurista guardava al *coté sensible* degli esseri umani e dell'impotenza che attribuiva al diritto, strumento incapace di supplire all'amore volontariamente assunto dai coniugi<sup>390</sup>.

Il giurista si poneva al di fuori del matrimonio, considerato alla stregua di un negozio che impegnava e responsabilizzava le parti, in

---

<sup>388</sup> F. CHABAS, *Du lien de parenté ou d'alliance entre la victime et l'auteur du dommage*, in *Mélanges dédiés à G. Marty*, 1978, 291, ove si elencano altri quattro fattori per spiegare l'incontro tra RC e famiglia: la moltiplicazione della RC oggettiva, la generalizzazione dell'assicurazione, la divisione all'interno del patrimonio familiare e il declino della coesione in famiglia.

<sup>389</sup> A. TUNC, *La responsabilité civile*, Economica, II éd., 1989, 6, sostiene che il diritto della RC è in uno stato di crisi, giacché è accerchiato e penetrato da istituzioni che modificano profondamente il suo funzionamento tradizionale e rimettono in questione le sue funzioni. Esso si è formato essenzialmente per sanzionare delle *fautes délibérées*, e lo si applica invece agli incidenti. Inoltre è il prodotto di un'epoca in cui non esistevano né previdenza sociale, né assicurazioni, mentre adesso il diritto della RC è minacciato dalla avanzata di queste forme di tutela compensativa alternative, la quale determina una tendenza alla deresponsabilizzazione del singolo.

<sup>390</sup> R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, II éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, 19 ss.

un'ottica di libertà<sup>391</sup>. La stessa natura contrattuale sottesa al vincolo coniugale giustificava il diritto al divorzio, che infatti era contemplato dal *Code* del 1804.

La brusca invasione del diritto in seno alla famiglia risale al 1939, allorchè il *Code de la famille* tradusse in legge la necessità di coniugare i rapporti familiari con il diritto<sup>392</sup>.

---

<sup>391</sup> LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de famille, cit.*, offre una preziosa ricostruzione dell'istituzione matrimoniale dalla Rivoluzione francese ai giorni nostri. La natura contrattuale del vincolo coniugale fu iscritta nella Costituzione del 1791 e segnò il trionfo dello Stato, sottolineando il carattere eminentemente politico che la questione del matrimonio rivestiva all'epoca e ha rivestito per tutto il XIX secolo. «*La loi ne considère le mariage que comme contrat civil*»: l'affermazione dei costituenti può sembrare banale, giacché veniva ripetuta fin dal XII secolo. Lo stesso valeva per il principio che delegava allo Stato la regolamentazione del vincolo di coniugio. Lo stesso POTHIER, *Contrat de mariage*, 1771 affermava che il matrimonio come contratto appartiene «à l'ordre public» e, di conseguenza, è «sujet aux lois de la puissance séculière» che possono creare degli impedimenti dirimenti; se un matrimonio «viole ces lois, le contrat est nul» et «il n'y a non plus en ce cas de sacrement car il ne peut y avoir de sacrement sans la chose qui en est la matière». La stessa visione contrattuale del matrimonio fu perpetrata anche durante la prima guerra mondiale. Il legislatore mise l'accento sulla coppia, rinforzando l'aspetto privato del matrimonio, senza però abbandonarne totalmente quello istituzionale. Così inteso, l'istituto facilitò le aspirazioni individualiste che Alexis de Tocqueville e Auguste Comte denunciavano nell'Ottocento come il peggiore dei pericoli per l'istituzione e la società. La coppia diventava un fine in sè e non un mezzo in vista di un fine superiore. Tale cambiamento fu ben percepito agli inizi del Novecento da un giurista come Armand Colin che sostituì l'idea di dovere «*qui domine naguère l'institution du mariage*», con l'idea di «*bonheur*». Il matrimonio tese a divenire un affare personale, si privatizzò nel momento in cui tuttavia, lo Stato s'immischiava sempre più nella vita familiare, una vita di cui voleva impadronirsi in ogni sua forma e non più solamente attraverso il matrimonio. Contratto o istituzione? Il legislatore ha sempre esitato tra le due concezioni ereditate dalla Storia, facendo prova di una certa prudenza. L'esempio del divorzio è, da questo punto di vista, significativo: nonostante una serie di leggi abbiano semplificato, dopo il 1884, la procedura attraverso cui si consegue, esso non ha mai perso prima del 1975 il suo aspetto di divorzio-sanzione, malgrado vari tentativi per introdurre un divorzio oggettivo.

<sup>392</sup> A.-J. ARNAUD-J. COMAILLE, *Per una ricerca sociologica sul diritto di famiglia in Francia*, in *Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa*, Milano, 1979, 109 ss., ritengono che, eccezion fatta per alcune riforme occasionali, solo dal 1964 è realmente cominciato il processo di riforma dell'intero diritto di famiglia in Francia, il quale ha profondamente innovato non soltanto il vecchio Codice civile, ma anche il più recente Codice della famiglia. La riforma unitaria della

Da allora si è registrato un *crescendo* di riforme tendenti ad adeguare le norme alle nuove concezioni della famiglia che il costume offriva. Abbandonato il pensiero dei codificatori, i quali avevano costruito la famiglia sul contratto - ai margini di ogni affettività - senza tradurre in diritti e doveri familiari né l'unità naturale, né l'affettività di cui la famiglia è frutto<sup>393</sup>, nel tempo è emerso il patrimonio affettivo di questa istituzione, patrimonio che oggi, diversamente che un tempo, può dirsi pienamente giuridificato.

### 3.2.1. Evoluzione e sociologia del divorzio: dal *divorce-sanction* al *divorce-faillite*

*Le mariage ne serait plus qu'une coquille vide*<sup>394</sup>! Con queste parole Jean Carbonnier salutava l'ingresso del divorzio per rottura della vita in comune e preannunciava quel fenomeno di "deperimento" degli effetti del matrimonio, fenomeno che, oggi più che mai, è all'apice della sua ascesa. Si sa che le leggi sono il "prodotto del loro tempo"; è opportuno quindi ripercorrere la storia degli strumenti giuridici posti a rimedio della crisi matrimoniale, poiché è all'evoluzione del diritto di famiglia che si deve il progressivo fenomeno di "normalizzazione della RC" nel cerchio delle relazioni familiari.

---

legislazione familiare francese è durata circa quindici anni ed è stata accompagnata da un importante sviluppo delle ricerche empiriche in materia, al fine di fornire al legislatore, in termini quanto più razionali e scientifici possibili, una serie di informazioni nella prospettiva di un'eventuale riforma. Così, è stata analizzata non solo l'opinione del pubblico francese nei confronti della materia, ma anche la prassi effettiva seguita dagli operatori del diritto, in particolare dai magistrati.

<sup>393</sup> Cfr. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, cit., 106, per il quale la famiglia di tipo napoleonico appare costituita su una trama giuridica nettamente individualistica.

<sup>394</sup> J. CARBONNIER, *La question du divorce. Mémoire à consulter*, in *D.*, 1975, chron., 115. Con questa metafora l'A. designava un matrimonio che, di fatto, non riposa su alcuna vita comune. Oggi tale espressione è spesso utilizzata in un altro senso. Essa tende a sottolineare che l'istituzione del matrimonio si è svuotata del suo contenuto in ragione dell'indebolimento delle obbligazioni coniugali. Sul punto cfr. anche J. ROCHE-DAHAN, *Les devoirs nés du mariage. obligations réciproques ou obligations mutuelles?*, in *RTD civ.*, 2000, chron., 735. In giurisprudenza v. Cass., 29 aprile 1994, in *Bull. civ.*, II, n. 123; *RTD civ.*, 1994.571.

Frutto della Rivoluzione francese, il divorzio fu introdotto con legge del 20 settembre 1792, come conseguenza logica di una visione puramente contrattuale del matrimonio<sup>395</sup>: accanto al divorzio per mutuo

---

<sup>395</sup> Il severo principio di indissolubilità del matrimonio, sintomo dell'influsso canonico della Francia antica, si indebolì con la laicizzazione del matrimonio e crollò miseramente in nome della libertà individuale nel 1792. Al divorzio si deve l'instaurazione dell'uguaglianza tra uomo e donna, poi soppressa dal *Code civil*, in particolare nel caso di adulterio. Il grande successo che conobbe tale istituto è dovuto alla disciplina relativa alle sue modalità di esecuzione, che, dispensando i coniugi da un ricorso obbligatorio di fronte al giudice, lo rendevano accessibile a tutti, ricchi e poveri. Il numero di divorzi pronunciati il primo anno di applicazione della legge fu effettivamente elevato, soprattutto se lo si compara al numero di separazioni ottenute davanti al Tribunale dell'Ancien régime. Solo a Lyon quell'anno si contarono duecento cause di divorzio, contro le poche decine di separazioni. Inoltre il divorzio, permettendo un nuovo matrimonio, offrì una vera e propria liberazione alle coppie scontente del proprio legame, cosa che la separazione non permetteva. Il numero dei divorzi è ancora più sorprendente se si pensa che nel 1793 per ogni matrimonio celebrato si contavano quattro scioglimenti, a riconferma della sollecitudine col quale i cittadini facevano valere i loro nuovi diritti. In realtà questa infatuazione non fu eccessiva, giacché negli anni seguenti il numero di divorzi calò; inoltre il fenomeno restò circoscritto all'area urbana. La legge del 1792 concerneva infatti solo la popolazione cittadina, la vera protagonista della Rivoluzione, soprattutto a Parigi. Pù la città era grande, più i divorzi erano numerosi. I motori sociali del fenomeno divorzile furono principalmente due. Il primo era costituito dalla piccola borghesia delle professioni liberali e commercianti. La massa dei più poveri, i meno integrati nelle città dell'Ancien régime non divorziavano, giacché tale fenomeno non avrebbe portato loro nulla di vantaggioso: l'erranza, la mobilità e l'assenza di beni non avevano nulla da guadagnare da una dissoluzione legale. All'altra estremità della scala sociale, la nobiltà dava prova della stessa reticenza al divorzio. Il secondo gruppo che approfittò largamente dello scioglimento del vincolo matrimoniale era rappresentato dalle donne. Una di loro, nel 1793 disse di apprezzare i vantaggi offerti dalla nuova legislazione, riconoscendo che *“sous l'Ancien régime, il était presque impossible que les plaintes d'une femme puissent obtenir aucun succès dans les tribunaux qui ne prononçaient de séparation des corps que dans des circonstances tellement graves et évidentes qu'à moins d'un danger bien établi pour la vie de la femme, ils rejetaient presque toujours des plaintes tendant à la séparation de corps”*. La speranza che suscitò il divorzio nelle donne era eclatante. Benché il divorzio per mutuo consenso fosse ammesso, esso dava origine a una dissoluzione su cinque; erano le donne, nella maggior parte dei casi, a prendere l'iniziativa. A Parigi il 70% dei divorzi era chiesto proprio dalle donne. Attraverso l'analisi degli atti di divorzio si rinvennero due indizi di evoluzione, a testimonianza dello sviluppo dei comportamenti e delle sensibilità. Globalmente, la maggior parte dei divorzi pronunciati durante la Rivoluzione non erano altro che il riconoscimento della cessata coabitazione. L'accoglimento del divorzio

consenso e a quello per incompatibilità caratteriale, la legge lo ammise per altre sette cause determinate<sup>396</sup>.

Solo con l'introduzione del *Code civil* fu ammesso il *divorce pour faute*, il quale da una parte mirava a combattere eccessi, sevizie ed ingiurie gravi, dall'altra a condannare ad una pena afflittiva e infamante il responsabile dell'adulterio<sup>397</sup>.

---

pertanto non faceva che legalizzare uno stato di fatto, sanando delle situazioni già degradate e permettendo al diritto di adattarsi alla realtà. Oltre che dallo "sposo fantasma", il divorzio separava la moglie dal coniuge pericoloso, assolvendo ad una funzione liberatrice, che permetteva alla donna di evitare le violenze del marito. Col tempo aumentò anche il numero di divorzi per incompatibilità caratteriale, mentre diminuì quello che constatava la semplice fine di una coabitazione, a riprova di una nuova esigenza cercata dalla coppia nel matrimonio. Progressivamente tale istituto si diffuse nell'intero corpo sociale, divenendo sempre meno un lusso elitario, grazie anche alla tendenziale capacità delle donne di rendersi autonome attraverso il lavoro. La legge del 1792 rigettò dunque le donne nel mondo del privato e della famiglia, scatenando una nuova esigenza imperniata su una superiore qualità del rapporto matrimoniale. Tuttavia una forma di lassismo dei costumi tollerata entro una piccola cerchia di persone non poteva più essere ammessa dal legislatore nel momento in cui si diffondeva alle classi sociali meno agiate. Per arrestare la libertà dei poveri egli cominciò col sopprimere i tribunali di famiglia ed a confinare il contenzioso matrimoniale in seno all'autorità pubblica (28 febbraio 1796). Inoltre, con l'introduzione del Codice civile, si limitarono considerabilmente le cause di ricevibilità del divorzio. Il secondo indizio che spinge all'emergenza di una nuova percezione del matrimonio è l'evoluzione dell'atteggiamento nei confronti della procreazione. I casi di divorzio infatti attiravano essenzialmente coppie senza figli, giacché era molto più semplice riorganizzare la vita da *single*. I tre quarti delle coppie divorziate erano senza figli. Se la Rivoluzione esaltava l'individuo e i suoi diritti, tentando di tener conto di ciascuno e soprattutto delle molteplici vittime del matrimonio, la percentuale dei divorziati che si risposavano dimostrava un sentito favore per il mantenimento del valore dell'istituzione matrimoniale. V. I. THÉRY-C. BIET, *La famille, la loi, l'état de la révolution au code civil*, Paris, Imprimerie nationales, Centre Georges Pompidou, 1989, 312 ss.

<sup>396</sup> P. MURAT (a cura di), *Droit de la famille*, IV éd., Dalloz, Paris, 2007, 198 ss.; UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia: 1796-1975*, cit., 106 ss., ritiene che, nonostante tali limitazioni, non venga indebolito il fondamento contrattuale del vincolo, né lo spirito individualistico della nuova famiglia. L'aumento delle cause di divorzio si deve alla necessità di supplire alle poche cause di nullità matrimoniale predisposte dall'ordinamento.

<sup>397</sup> THÉRY-BIET, *La famille, la loi, l'état de la révolution au code civil*, cit., 246, ove il consolidamento senza entusiasmo del divorzio dovuto al *Code Napoléon* appariva come il semplice risultato della tensione tra aspirazione politica ad ostracizzarlo, e difficoltà psicologica e dottrinale a farlo. Tuttavia, restringere il



Il XIX secolo vide la sparizione del divorzio<sup>398</sup>, il quale fu ristabilito solo con la *loi Naquet* del 27 luglio 1884 ed unicamente *en cas de faute*<sup>399</sup>.

Tale esclusività perdurò fino alla legge dell'11 luglio 1975 che mantenne questo tipo di divorzio e depenalizzò l'adulterio. Con la legge n. 2004-439 del 26 maggio 2004 il divorzio per colpa assurse a peculiarità del sistema francese, differenziandosi dagli altri sistemi europei che invece ammettono unicamente il divorzio per causa oggettiva.

Nel 1975 il legislatore, ispirandosi alle legislazioni straniere, istituì il divorzio per rottura della vita comune, il quale aprì la porta al divorzio per

---

campo visuale al solo Codice priva della possibilità di analizzare l'economia d'insieme del sistema di Bonaparte. È evidente infatti che Napoleone si attendeva dal cattolico Concordato una relativa caducità pratica della facoltà di divorziare. Comunque la reticenza latente del legislatore di fronte al divorzio durò poco, giacché nel 1816 l'istituto venne abrogato.

<sup>398</sup> La soppressione del divorzio nel 1816 segnò il successo della lobby clericale, ma fu anche il frutto della concezione sociale dell'epoca in tema di dissoluzione del matrimonio. Il dibattito parlamentare era intriso di tali riflessioni: *"Vous ne désunirez pas la famille, parce que vous voulez avoir de bons citoyens. Un mari divorcé a cessé d'être un bon mari et un bon père; le fils [...] d'un père divorcé, ne peut être un bon fils [...], et l'un et l'autre ne seront jamais bons citoyens..."*. V. A.P., II série, t. 16, 373. L'involuzione apportata dal *Code civil* al diritto di famiglia si manifestò anche in altre aree. La patria potestà fu ristabilita ed esaltata come il fondamento più prezioso dell'ordine sociale. Maleville, segretario della commissione incaricata della redazione del codice, affermò che *"c'est d'elle qui dépend la conservation des mœurs et le maintien de la tranquillité publique"*. Anche l'autorità del marito venne rinforzata. Per farlo si invocarono cause naturali, contro l'uguaglianza dei coniugi nell'amministrazione della vita comune. Il carattere misoginico della legislazione napoleonica è testimoniato da una riflessione dello stesso Bonaparte, secondo cui *"la nature a fait de nos femmes nos esclaves"*. Il codice stesso disponeva che la moglie fosse obbligata ad abitare col marito e seguirlo ovunque, nonché fosse privata dei diritti civili (artt. 217-225 *cod. civ.*). Il principio egualitario della Rivoluzione fu bandito anche nel terreno della filiazione, a scapito dei figli incestuosi e adulterini che furono trattati dalla legge con grande sfavore. Questo aspetto reazionario del diritto di famiglia contrasta tuttavia col mantenimento, nel settore della proprietà, delle conquiste della Rivoluzione. Sconfitto Napoleone, più di mezzo secolo di calma legislativa regnò sulla famiglia, in attesa della ripresa in avanti che, con la III Repubblica, tornò ad imporre i principi rivoluzionari.

<sup>399</sup> Simbolo della vittoria dei repubblicani sui monarchici, simbolo soprattutto di una rottura definitiva col matrimonio cattolico, la reintroduzione del divorzio si situa in un contesto di perduranti scontri politici, sopiti dall'imporsi delle riflessioni di Naquet attraverso l'opera *Réligion, propriété, famille*, 1863.

causa oggettiva, ma nel 2005 il divorzio per rottura della vita comune sparì a vantaggio del divorzio per alterazione definitiva del legame coniugale<sup>400</sup>.

Il mantenimento della pluralità di casi di divorzio è stato da molti criticato, soprattutto da chi milita a favore di una privatizzazione dei rapporti di coppia<sup>401</sup>.

La volontà di mantenere il divorzio per causa soggettiva dimostra d'altra parte la volontà dei parlamentari di poter sanzionare la violazione delle obbligazioni che discendono dal matrimonio e che sono state liberamente accettate dagli sposi<sup>402</sup>.

Questo tipo di divorzio ha natura sanzionatoria ed è ammesso qualora siano compresenti due condizioni: una grave violazione degli obblighi del matrimonio tale da rendere intollerabile il mantenimento della vita in comune e l'imputabilità del fatto al congiunto (art. 242 *cod. civ.*)<sup>403</sup>.

---

<sup>400</sup> Attualmente in Francia esistono quattro tipi di divorzio. Oltre alla nuova ipotesi di divorzio per alterazione definitiva del legame coniugale -che suggella la rottura oggettiva del legame di coppia dopo una separazione di fatto durata più di due anni-, persistono il divorzio per mutuo consenso -frutto della volontà concorde di entrambi i coniugi-, il divorzio accettato -che prevede un accordo tra i coniugi sul principio della dissoluzione del matrimonio ma un disaccordo sulle sue misure accessorie- e il divorzio per colpa.

<sup>401</sup> Durante la riforma del divorzio fu addirittura proposto un emendamento -poi respinto- che ammetteva entro cinque anni dal matrimonio la domanda congiunta di divorzio davanti all'ufficiale civile, qualora la coppia non avesse figli, né immobili ed ognuno esercitasse un'attività lavorativa. V. JO, Débats Sénat, 7 gennaio 2004, 49° seduta, sessione ordinaria 2003-2004: emendamento n. 57.

<sup>402</sup> Dei 139.147 divorzi pronunciati nel 2006 in Francia, il 55% avviene per mutuo consenso, il 21% per colpa, il 16% per accettazione della rottura del matrimonio e il 5% per alterazione definitiva del legame coniugale. Tali dati testimoniano il raggiungimento degli obiettivi della riforma, tesi a semplificare le procedure dei casi di *divorce d'accord*. Fonte: min. Justice, INSEE. Cifre riprese in *Le Figaro* del 29 maggio 2007.

<sup>403</sup> La menzione invariata che l'art. 242 *cod. civ.* fa dei diritti ed obblighi matrimoniali costituisce la nozione-quadro a partire dalla quale il dibattito sulla colpa va costruito, e obbliga quindi a riferirsi all'art. 212 *cod. civ.* Tale disposizione è stata completata in occasione della legge n. 2006-399 del 4 aprile 2006 (legge sulle violenze in seno alla coppia) che ha aggiunto agli obblighi matrimoniali precedentemente elencati (fedeltà, soccorso e assistenza) quello del "rispetto reciproco". Similmente agli artt. 143 ss. del codice italiano, gli artt. 212-215 *cod. civ.* impongono agli sposi un insieme di obbligazioni discendenti dalla concezione stessa del matrimonio, la cui violazione può costituire una *faute* ai sensi dell'art.

---

242 *cod. civ.* La giurisprudenza ha allargato queste nozioni, operando soprattutto sull'obbligazione d'assistenza, la quale ha oggi dei confini molto labili. Inoltre, dopo una serie di sentenze emanate nel 2005, la Cassazione ha adottato una posizione più elastica, rinunciando ad esigere dai giudici di merito una motivazione dettagliata sul fondamento dell'art. 242 *cod. civ.*; sembra dunque che determinati comportamenti e certe colpe (adulterio, alcolismo, comportamenti violenti) caratterizzino di per sé la lesione del legame coniugale e il carattere intollerabile della vita in comune, v. Cass., 11 gennaio 2005, n- 02-12.314, in *Bull. civ.* I, n. 12; n. 02-21.230, *inedita* e n. 02-18.689, *inedita*, in *RTD civ.*, 2005 370, obs. J. HAUSER; Cass., 6 luglio 2005, n. 04-10.081, in *Bull. civ.* I, n. 307. L'identificazione della colpa rileva dunque del potere dei giudici di merito sotto il controllo della Cassazione. Un ulteriore allentamento del controllo della SC, lo si deve alla riforma del 2004 che, agli artt. 245-1 *cod. civ.* e 1128 NCPC autorizza i giudici a constatare, alla domanda di divorzio dei coniugi, l'esistenza dei fatti costitutivi una causa di divorzio, senza dover enunciare l'illecito o la lamentela delle parti. Così facendo però si impedisce all'interprete di verificare la coerenza delle decisioni dei giudici in merito all'identificazione della colpa. Lo testimoniano alcuni esempi tratti dalla recente giurisprudenza. Così, è stato considerato costitutivo di una colpa il fatto di intrattenere delle relazioni con un terzo stabilite attraverso la corrispondenza e un'indagine privata (Cass., 18 maggio 2005, in *AJ Famille*, 2005, 403, obs. S. DAVID). Poiché nella sentenza non era stato rilevato alcun carattere intimo o adulterino si teme che una semplice relazione amicale intensa con una persona diversa dal coniuge possa costituire oggi una colpa imputabile, causa di divorzio. In un altro caso i giudici hanno pronunciato il divorzio *aux torts partagés* allorché il marito se n'era andato con un'altra e la moglie, in risposta, aveva brutalmente annunciato ai figli comuni che essi erano stati concepiti con l'inseminazione artificiale con donatore straniero. I giudici in tal caso hanno rifiutato di giustificare il comportamento della donna, tradita, poiché a loro avviso esso costituiva una sorta di vendetta (App. Metz, 7 settembre 2004, in *JCP*, 2005.IV.2464). Allo stesso modo la Cassazione ha rigettato il ricorso proposto contro una decisione della Corte d'appello che aveva pronunciato il divorzio *aux torts partagés* per il motivo che, in risposta alla relazione adulterina, ingiuriosa e pubblica di suo marito, alle percosse che le aveva inflitto e al suo brutale congedo senza lettera di licenziamento di cui era stato l'autore, la moglie gli aveva fatto varie scenate in pubblico, ciò che i giudici avevano catalogato come costitutive di una violazione grave e reiterata dei doveri matrimoniali, nonché dell'intollerabilità del mantenimento della vita comune. La decisione sembra giustificata in relazione al marito, ma è difficilmente spiegabile in rapporto alla moglie, giacché ella aveva semplicemente risposto al comportamento fortemente condannabile del suo sposo (Cass., 22 marzo, 2005, in *D.* 2005, IR, 1053). In considerazione di queste sentenze può constatarsi che i giudici di merito, sotto l'egida della Cassazione adottano un ruolo di "moralizzatori" nell'identificazione della colpa, causa di divorzio. Infatti, nelle due decisioni precedentemente citate la Corte rifiuta di giustificare le colpe delle mogli, giacché vi notava una volontà di vendetta che lasciava trasparire un'intenzione di nuocere. Sembra allora che, quando si scorga un'intenzione

Dalle sentenze fin qui accumulate si è possibile trarre ed elencare i tipi di colpa più frequenti: si spazia dall'infedeltà<sup>404</sup>, alla violazione dell'obbligo di coabitazione o di assistenza materiale e morale (al coniuge o al figlio), al rifiuto di curare il familiare, al rifiuto o desiderio di figli, all'incompatibilità caratteriale, all'assenza di lealtà, fino a ricomprendere la violazione di "doveri innominati"<sup>405</sup>.

Gli effetti predisposti dall'ordinamento alla rottura del vincolo matrimoniale, come pure l'importanza attribuita all'elemento soggettivo della condotta agente, dimostrano l'impegno del legislatore francese nel tutelare il soggetto debole della coppia in modo molto più stringente di quanto non faccia il suo omonimo nostrano, sanzionando la condotta colpevole dell'altro.

Tale assetto viene comunque bilanciato dall'ampio margine di libertà attribuito dalla riforma ai coniugi, i quali, durante l'istanza, possono disciplinare autonomamente le conseguenze del divorzio (soprattutto in relazione alla *prestation compensatoire*, all'esercizio dell'*autorité parentale* ed al mantenimento della prole).

---

dolosa del coniuge-vittima, il suo comportamento non possa essere giustificato dalla colpa dell'altro. In tale contesto la colpa imperversa ancora nella giurisprudenza, nonostante il tentativo della riforma di rompere ogni legame tra la colpa e le conseguenze che essa provoca sugli effetti del divorzio.

<sup>404</sup> L'adulterio conserva per principio la sua natura colposa, ma l'insieme degli elementi di fatto può condurre a rigettare la domanda di divorzio se il criterio legale di gravità non è stabilito. Così, nell'esercizio del suo libero apprezzamento dei caratteri della colpa, il giudice di merito ha dato all'adulterio l'apparenza di un mosaico dalle infinite sfumature. V. Cass., 22 novembre 2005, n. 05-12.126, *inedita*, in *Juris-Data* n. 030897, ove si è affermato che una relazione adulterina non costituisce una violazione grave e reiterata dei doveri coniugali se la relazione del marito intrattenuta per oltre due anni è stata conosciuta e tacitamente subita dalla moglie fin dal principio del secondo anno di rapporto.

<sup>405</sup> Ai doveri espressamente previsti dalla legge se ne aggiungono altri, definiti appunto "innominati", e di cui la giurisprudenza è fedele traduttrice. Si tratta di comportamenti caratterizzati dalla mancanza di rispetto verso il congiunto, i quali costituiscono una violazione del dovere di assistenza latamente inteso: viene ricompresa non solo ogni forma di violenza, ma qualsiasi comportamento pregiudizievole sul piano coniugale o sociale, come la volontà di cambiare le modalità di vita del *partner* imponendogli un determinato abbigliamento, o impedendogli di frequentare gli amici. V. App. Grenoble, 16 marzo 1998, in *Juris-Data* n. 047840.

Al peculiare strumento risarcitorio che caratterizza il diritto di famiglia in Francia si riserverà un paragrafo a sé. Preme qui analizzare un ulteriore e più generale meccanismo approntato dall'ordinamento per compensare la disparità che la rottura del matrimonio crea nelle rispettive condizioni di vita dei *partners* (art. 270 *cod. civ.*).

Nata nel 1975, la *prestation compensatoire* si caratterizza per avere natura incerta, giacché è un ibrido tra l'indennizzo, il c.d. *forfet* e la prestazione alimentare<sup>406</sup>. Tuttavia essa non coincide col dovere di soccorso - e col corrispondente assegno alimentare - poiché il giudice lo neutralizza col divorzio. Indipendentemente da ogni responsabilità nell'aver determinato il divorzio, essa è garantita al coniuge le cui condizioni di vita peggiorano con la rottura del vincolo.

La legge n. 2004-439 del 2004 ha rinforzato questo diritto alla prestazione, sopprimendo le due eccezioni che rendevano inoperante tale tutela, segnatamente il divorzio per rottura della comunione di vita e il divorzio per colpa esclusiva di un coniuge. Tale prestazione diventa quindi un diritto da applicare in via generale. Le condizioni per la sua concessione sono fissate dalla legge, anche se la lista non è limitativa<sup>407</sup>.

Per quanto concerne la natura della "disparità" che dà diritto alla prestazione, se in un primo momento la giurisprudenza la restringeva all'aspetto economico, preferendo riparare alla disparità morale attraverso

---

<sup>406</sup> Il carattere forfettario della *prestation compensatoire* emerge dal fatto che essa è fissata una volta per tutte durante la pronuncia del divorzio e, per principio, non è suscettibile di revisione. La prestazione però ha anche natura indennitaria: infatti è legata all'idea di responsabilità, giacché il giudice può rifiutarsi di accordare la prestazione *si l'équité le commande, notamment lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui a demandé le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture.*

<sup>407</sup> Quando sono le parti a scegliere di comune accordo l'ammontare della prestazione, esse sono libere di svincolarsi dai criteri legali, anche se a volte si dubita della validità di alcune prestazioni convenzionali. V. artt. 270-271 *cod. civ.* nei quali si elencano i criteri utilizzati dal giudice per determinare la prestazione: egli deve tener conto non solo delle risorse e dei bisogni delle parti, ma anche della durata del matrimonio, dell'età e salute degli sposi, delle loro condizioni professionali, delle conseguenze risultanti dalle scelte professionali fatte da una parte per educare i figli o favorire la carriera dell'altra, del patrimonio di ciascuno e delle rispettive situazioni in materia pensionistica.

il meccanismo risarcitorio (art. 266 *cod. civ.*), oggi la distinzione non è più così netta<sup>408</sup>.

La riforma del 2004 ha promosso la prestazione compensatoria a strumento di tutela per tutti i tipi di divorzio ed ha correlativamente ristretto l'ambito di applicazione dell'art. 266 *cod. civ.* relativo al risarcimento dei danni da divorzio, rendendo auspicabile che l'art. 270 possa compensare anche disparità di tipo morale.

Anche la Francia conosce l'istituto della separazione personale (*séparation de corps*), la cui disciplina è simile a quella italiana. Essa viene concessa per le stesse cause per cui è ammesso il divorzio, ma può esserne essa stessa causa (trascorsi due anni dalla separazione, quest'ultima può convertirsi in divorzio). Inoltre ad essa si applicano le stesse disposizioni sugli effetti del divorzio, compresa la concessione della *prestation compensatoire*.

Sul piano patrimoniale la separazione può dar luogo a una pensione alimentare a titolo di dovere di soccorso, erogata al coniuge che versa in stato di bisogno, indipendentemente da torti da lui subiti. Al contrario, il coniuge responsabile della separazione può vedersi applicare le disposizioni di cui all'art. 207, comma 2 *cod. civ.*, che esonerano il coniuge innocente dal dovere di soccorso.

### 3.2.2. I PACS e la tutela delle coppie di fatto

La storica importanza assunta dall'*union libre* nel sistema giuridico francese emerge fin dalle parole di René Savatier, il quale negli anni '60 riteneva che, nonostante non obbligasse come il matrimonio, il *concubinage* fosse comunque un fatto e, come tale, il diritto positivo non potesse ignorarlo, giacché i suoi effetti potevano far nascere doveri di umanità e giustizia<sup>409</sup>.

---

<sup>408</sup> App. Versailles., 11 marzo 1985, in *D.*, 1986, IR 111, obs. A. BÉNABENT.

<sup>409</sup> SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, cit., 137 ss. Anche LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de famille*, cit., 222 ss., ove se in epoca rivoluzionaria le coppie di fatto non interessavano il legislatore (sono famose le parole di Napoleone: «*Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*»), non poteva dirsi lo stesso per la giurisprudenza, che già all'epoca risolveva



Tale eredità ha influenzato il pensiero dei posteri a tal punto che i giuristi d'oltralpe si sono mossi già da tempo alla ricerca di un sistema di alternative legali al matrimonio, che offrisse alle coppie di fatto un *plafond* minimo di protezione.

Non potendo incidere sull'ineliminabile autonomia lasciata ai *concubins*<sup>410</sup> (espressione di libertà, principio sacro ai francesi), la legge n. 99-944 del 15 novembre 1999 ha istituito un nuovo statuto giuridico in favore dei conviventi che desiderano registrare la loro unione e vincolarsi parzialmente l'uno all'altro anche dal punto di vista legale: allo stato attuale esiste pertanto una concorrenza di forme giuridiche della vita di coppia<sup>411</sup>.

---

questioni diverse da quelle sulle donazioni, unica problematica in cui l'*union libre* è oggetto di disciplina giuridica. L'evoluzione dei rapporti di fatto è ben tracciata da A. CARPENTIER-G. FREREJOUAN DU SAINT, *Répertoire général alphabétique du droit français*, Paris, 1989, COLIN, *Des fiançailles*, thèse de Paris, 1987, L. BOYER, *Concubinage et concubinats du Code d'Hammurabi à la fin de XIXe siècle*, in *Les concubinages. Approche sociojuridique*, a cura di RUBELLIN-DEVICHI, 1986, t. 1, 150 ss. Lo sviluppo del *concubinage* tra le due guerre e l'interesse suscitato dal legislatore provocarono reazioni rimaste celebri tra i giuristi, in particolare quella di JOSSERAND, *L'avènement du concubinat*, in *D.*, 1932, chron. Per lo studio delle società di fatto v. B. DEMAÏN, *La liquidation des biens des concubins*, Paris, 1968. Per l'apporto legislativo alla materia invece cfr. L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, Paris, 1990, che consacra un intero capitolo al «matrimonio di fatto».

<sup>410</sup> Il *concubinage* è una situazione di fatto priva di statuto giuridico, ma tuttavia costitutiva di determinate conseguenze giuridiche per gli individui che hanno scelto di vivere una relazione di coppia senza ricorrere al matrimonio o al PACS. A differenza di questi ultimi, il *concubinage* non ingenera alcuna conseguenza sul piano personale o patrimoniale tra i concubini, a tal punto che tale rapporto è regolato dal diritto comune. Tuttavia la durata della coabitazione e l'assenza di un regime legale inducono spesso i *partners* a stipulare delle convenzioni. Come per l'unione, anche per la rottura del *concubinage* vige la libertà, giacché ognuno può abbandonare l'altro quando vuole, per lo meno in principio. Si vedrà infatti che in alcune circostanze legate al venir meno del rapporto un convivente può ottenere il risarcimento del danno dall'altro qualora siano riunite le circostanze applicative dell'art. 1382 *cod. civ.*

<sup>411</sup> La disciplina relativa al *Pacte civil de solidarité* (in *JO*, 16 novembre 1999, 16959) si applica a coppie eterosessuali ed omosessuali e suppone una vita comune, caratterizzata non solo dalla coabitazione, ma da una vera e propria vita di coppia. Esso si distingue dal semplice *concubinage*, definito dall'art. 515-8 *cod. civ.* in termini di *vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe et vivant en couple*. Il fatto di dare alle coppie eterosessuali la scelta tra due tipi di unione -matrimonio e PACS-, a seconda delle loro preferenze potrebbe sembrare scioccante, soprattutto dopo l'avvicinamento



Sono le rivendicazioni pressanti degli omosessuali, inizialmente decimati dalla pandemia dell'AIDS e in seguito marginalizzati dalla giurisprudenza della *Cour de cassation*<sup>412</sup>, che hanno reso necessario consacrare questo testo nel cantiere aperto del *Code Napoleon*. Inserito nel Codice civile (al Titolo XIII del libro I, *Des personnes*) e riformato nel 2006, il regime dei PACS ha creato più dubbi che certezze, poiché, dietro l'apparente natura contrattuale e l'originario contenuto esclusivamente patrimoniale, l'istituto nasconde uno statuto di coppia con una dimensione personale, rafforzata ulteriormente dall'ultima novella<sup>413</sup>.

In quanto contratto, il patto si differenzia dal matrimonio per il fatto che l'autonomia della volontà domina e che la valenza dell'ordine pubblico - in recessione anche all'interno del matrimonio -, deve essere relegata entro stretti limiti. Sono inoltre possibili stipulazioni particolari che non sarebbero certamente permesse tra coniugi. Il *Conseil constitutionnel* ha tuttavia appianato tale opposizione rilevando che, salvo l'art. 515-5 *cod. civ.* concernente i beni dei *partners*, le disposizioni degli artt. da 515-1 a 515-

---

che i due istituti hanno subito ad opera della riforma del 2006. Tuttavia tale avvicinamento è assai logico giacché le implicazioni sociali che la *vie de couple* reca con sé, hanno indotto la giurisprudenza prima, e il legislatore poi, a rinneare la pretesa iniziale, volta a costringere l'istituto in questione entro i confini di una dimensione puramente contrattuale. Per ulteriori approfondimenti v. I. RIVA, *Il PACS o la convivenza registrata in Francia*, in *Contratto e impresa – Europa*, 2005, 752 ss.

<sup>412</sup> La Cassazione ha a lungo rifiutato di considerare come *concubinage* l'unione di due persone dello stesso sesso. Cfr. Soc., 11 luglio 1989, in *Bull. civ.*, V, n. 514-515; D., 1990, 582, con nota di MALAURIE; Cass., 17 dicembre 1997; in D., 1998, 111, concl. contrarie dell'Avv. gen. J.-F. WEBER, con nota di J.-L. AUBERT.

<sup>413</sup> La legge n. 2006-728 del 23 giugno 2006 recante "*Réforme des successions et des libéralités*", in *JO*, 24 giugno, 9513, ha nettamente rinforzato la dimensione personale del contratto, avvicinando in tal modo i PACS al matrimonio. Le disposizioni maggiormente colpite sono quelle relative agli obblighi reciproci dei *partners*, i quali sono decisamente aumentati (art. 515-4 *cod. civ.*): non solamente c'è il dovere di assistenza reciproca, ma ci s'impegna ad una vita comune. Nondimeno vengono loro attribuiti timidi ma simbolici diritti successori. Ne discende una sorta di matrimonio-*bis*, che induce l'interprete, nel silenzio della legge, a definirne meglio i contenuti, prendendo a riferimento le regole applicate all'istituzione stessa del matrimonio. V. M. GRIMALDI, *Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français*, *Défrenois* 2003, art. 27763; P. SIMLER-P. HILT, *Le nouveau visage du Pacs: un quasi mariage*, in *JCP G*, 2007, I, 1497.

7 *cod. civ.* rivestono carattere obbligatorio e pertanto sono inderogabili dalle parti: tale è il caso della vita comune, della mutua assistenza e delle condizioni di cessazione del patto<sup>414</sup>.

Tale giurisprudenza, seguita a ruota dalle corti di merito, ha a dir poco rivoluzionato la situazione del PACS ponendosi in netto contrasto con tutta la dottrina precedente<sup>415</sup>.

Oggi ci si trova di fronte a una sorta di regime primario dei PACS, di ordine pubblico, che si applica nonostante la volontà della coppia e che può eventualmente completarsi con disposizioni convenzionali.

Purtroppo la linea di confine tra autonomia della volontà e ordine pubblico non è ancora tracciata in modo netto: se è facile elencare dal testo le disposizioni inderogabili, la questione si fa spinosa laddove esiste una sorta di ordine pubblico tacito, i cui contorni sono di difficile definizione a causa delle incertezze sulla natura dei patti.

I giudici pertanto non sono esclusivamente chiamati a concretizzare l'espressa previsione legislativa, ma sono investiti del più arduo compito di pronunciarsi sui profili di natura personale, precisando caso per caso l'estensione dell'ordine pubblico in materia di PACS. Tale attività dimostra che la sensibilità sociale non è propensa ad escludere le questioni sui rapporti personali dall'ambito di rilevanza dei PACS, problema che invece il legislatore avrebbe volentieri ignorato.

I dubbi maggiori sorgono in materia di fedeltà: è possibile prevedere tale obbligo in una clausola? La risposta è incerta, ma prevale l'idea che ogni clausola limitativa della libertà dei *partners* debba reputarsi come non scritta. Quanto all'art. 515-4 sulla *vie commune*, esso non menziona espressamente un dovere di fedeltà. Tuttavia il Tribunal de grande instance di Lille ha statuito che « *l'obligation de devoir exécuter loyalement le devoir de communauté de vie commune commande de sanctionner toute*

---

<sup>414</sup> Cons. cost., 9 novembre 1999, n. 99.419 CD, in *JO*, 16 novembre 1999 ; *D.*, 2000, somm., 424, obs. GARNIERI.

<sup>415</sup> GRIMALDI, *Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français*, cit., 817, ove si afferma che il PACS non crea alcuna obbligazione personale tra le parti: né obblighi di fedeltà, né d'assistenza, né di vita comune. Nello stesso senso COURBE, *Droit de la famille*, III éd., Paris, 2003, 231; DEKEUWER, in *RTD civ.*, 2001, 540.

*forme d'infidélité entre partenaires. [...] Que le manquement à l'obligation de vie commune justifie une procédure en résiliation de PACS aux torts du partenaire fautif»<sup>416</sup>.*

Il riconoscimento implicito del dovere di fedeltà tra gli obblighi previsti dall'art. 515-4 *cod. civ.* ne determina dunque l'inderogabilità. Il giudice, statuendo circa la natura contrattuale del patto, vincolato quest'ultimo alle disposizioni del *Code civil* relative alle obbligazioni, prevede che i contraenti debbano rispettare il principio di lealtà *ex art. 1134 cod. civ.*, il quale si manifesta nel PACS attraverso la fedeltà. Pare questa una conclusione azzardata, tanto più che la genesi della legge sui PACS mostra a sufficienza di non aver mai preso in considerazione l'obbligazione di fedeltà. Certo, la natura contrattuale del patto implica che esso sia eseguito con buona fede e lealtà tra le parti (art. 1134 *cod. civ.*), ma è difficile dedurre un obbligo di fedeltà, anche perché tale contratto vive sotto il segno della libertà, tanto nella sua costituzione quanto nella sua rottura.

Il vero paradosso sotteso all'ordinanza di cui sopra pare emergere più chiaramente se si osserva il ruolo svolto oggi dall'obbligo di fedeltà nel contesto matrimoniale. Il principio che prevede la nullità degli accordi che derogano a tale obbligo, pare qui non applicarsi in seguito all'affermarsi di una corrente giurisprudenziale che riconosce effetto a tali convenzioni "per il tempo passato in cui sono state eseguite" (secondo una logica non diversa da quella dell'obbligazione naturale)<sup>417</sup>.

In quest'ottica, il matrimonio, tenderebbe a divenire più liberale e allora forse più attrattivo dei PACS, almeno per quanto concerne la

---

<sup>416</sup> TGI Lille, ord., 5 giugno 2002, in *D.*, 2003, 514, con nota di X. LABBÉE.

<sup>417</sup> TGI Lille, 26 novembre 1999, in *D.*, 2000, jur., 254, con nota di LABBÉE, ove un giudice ha convalidato una convenzione temporanea, nel caso di divorzio su richiesta congiunta, nella quale gli sposi si dispensavano mutuamente dal dovere di fedeltà durante l'istanza di divorzio; App. Grenoble, 3 maggio 2000, in *Dr. Fam.*, marzo 2001, n. 28, ha ritenuto l'adulterio quale *faute* giustificativa di divorzio per colpa esclusiva del coniuge separato di fatto, considerando che la convenzione di separazione conclusa tra gli sposi non comprendeva alcuna stipulazione che li dispensasse dalla loro obbligazione di fedeltà.

fedeltà, giacché essa diventa derogabile tra coniugi, ma non tra conviventi<sup>418</sup>.

Una recentissima decisione invero pare cambiare decisamente direzione e, pur attribuendo natura contrattuale al PACS, abbandona l'idea di constatare e conseguentemente sanzionare l'adultero nell'ipotesi di violazione del dovere di vita in comune<sup>419</sup>.

Un ulteriore ambito in cui sono evidenti le analogie tra matrimonio e patto è quello relativo alla dissoluzione del PACS, la quale può avvenire per morte, matrimonio di un *partner*, dichiarazione congiunta o decisione unilaterale, mettendo fine a tutti i diritti e doveri nati dal contratto.

Anche la rottura di un tale rapporto può essere fonte di danno per il convivente<sup>420</sup>; e il legislatore se n'è accorto, laddove, seppur

---

<sup>418</sup> Un discorso analogo si potrebbe fare per l'obbligazione di *communauté de vie*, cuore dei PACS, la quale subisce numerosi aggiustamenti in materia matrimoniale (art. 108 *cod. civ.*). V. L. ANTONINI-COCHIN, *Le paradoxe de la fidélité*, in *Rec. Dalloz*, 2005, 1, 25.

<sup>419</sup> App. Paris, 9 nov 2006, in *Juris-Data*, n. 2006-314683; *JCP G*, 2006, act. 548, ove era incerto se la ragazza avesse abbandonato il fidanzato per vivere con un terzo o a causa dei litigi. I giudici statuiscono sull'infondatezza dell'azione risarcitoria, giacché ritengono che l'attore cercasse solamente di soddisfare un interesse finanziario. Essi rifiutano altresì di considerare la rottura come abusiva e dunque colposa, in ragione delle attestazioni contraddittorie sulle sue esatte circostanze. Ciò che rende singolare il caso è l'asprezza delle risposte della Corte, la quale ritiene che le scappatelle della convenuta, anche se fossero state vere, non avrebbero potuto causare la nullità del patto concluso tra le parti.

<sup>420</sup> Il diritto al risarcimento del danno sussiste qualora il fatto sia imputabile al danneggiante. Tuttavia non può esserci colpa nella rottura stessa, poiché la rottura è libera. Il carattere di ordine pubblico del diritto alla riparazione implica inoltre che i *partners* non possano inserire nel PACS alcuna clausola che vieti ad un convivente di agire in responsabilità nei confronti dell'altro. Il regime di tale responsabilità resta però incerto, soprattutto in relazione alla sua portata, giacché non è dato capire se si possano riparare tutti i danni causati dal *partner*, compresi quelli subiti durante la convivenza, o solamente quelli legati alla rottura del patto. L'art. 515-7, comma 10 *cod. civ.* sembra considerare solo i pregiudizi derivanti dalla rottura. In tal caso ci si troverebbe di fronte a una situazione analoga a quella del semplice *concubinage*, in cui si può agire ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* solo per sanzionare una condotta colposa causativa di un danno legato al venir meno della convivenza. Cfr. Cass., 7 aprile 1998, n. 96-10.581, in *Dr. fam.*, 1998, chron. n. 81, con nota di LÉCUYER, ove il concubino sposato è stato condannato a risarcire con 500.000 Franchi la compagna che aveva abbandonato, dopo averla incitata a trasferirsi, ad abbandonare il lavoro e ad essersi

timidamente, ha previsto il diritto di agire con lo strumento aquiliano da parte di chi ha subito la rottura nei confronti del *partner* danneggiante, circoscrivendo però tale diritto solo al danno eventualmente subito in occasione della liquidazione degli interessi patrimoniali (art. 515-7, comma 10 *cod. civ.*).

Il legislatore tuttavia non prevede ulteriori tutele legate alla dissoluzione del PACS. Non esistono *prestation compensatoire* o assegni alimentari in favore del più debole, e nemmeno una disposizione analoga all'art. 266 *cod. civ.* Tuttavia, l'apparente lacuna lasciata dal Parlamento in tema di tutela della convivenza *more uxorio* è stata colmata quasi naturalmente dalla giurisprudenza, che ha sdoganato l'applicazione delle regole aquiliane anche nei rapporti di fatto<sup>421</sup>.

Tale prassi è diventata una sorta di imperativo dopo che il *Conseil constitutionnel* ha energicamente enunciato che il diritto di agire da parte dei *pacés* sul fondamento dell'art. 1382 *cod. civ.* è costituzionalmente garantito dall'art. 4 della *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* del 1789<sup>422</sup>.

---

formalmente impegnato a mantenerla.

<sup>421</sup> Va segnalato un orientamento contrario che attribuisce natura contrattuale alle sanzioni derivanti dalla violazione delle obbligazioni tra *pacés*, facendo leva sulla natura contrattuale del PACS e sulle ineliminabili differenze che sussistono con il matrimonio. Cfr., SIMLER-HILT, *Le nouveau visage du Pacs: un quasi mariage*, *cit.*, 1497.

<sup>422</sup> Cons. const., 9 novembre 1999, *cit.*, ove, per affermare la conformità dell'art. 515-7 *cod. civ.* alla Costituzione è stato costituzionalizzato il principio generale contenuto nell'art. 1382 *cod. civ.*, collegandolo al principio di libertà sancito dall'art. 4 della DDHC. Il Consiglio aveva già avuto occasione di fare riferimento al principio generale di RC, ma senza attribuirgli valore costituzionale. La decisione in commento sembra aver avvicinato i principi di responsabilità e libertà, dato che l'azione in responsabilità per colpa diviene un diritto fondamentale, che è a sua volta uno dei componenti della libertà. Cfr. B. BLANCHER-J.-B. SEUBE, *Le PACS à l'épreuve de la constitution*, in *RD publ.*, 2001, 203 ss.; BRUN, *La constitutionalisation de la responsabilité pour faute*, in *La responsabilité pour faute*, colloque des université du Maine et de Tours, RCA, juin, 2003, 37. Un tempo invece il Conseil const. tutelava il diritto al risarcimento da parte della vittima attraverso il principio costituzionale di uguaglianza davanti alla legge. V. Cons. const., déc. 82-144 DC, 22 ottobre 1982. E' solo grazie alle riflessioni del prof. Molfessis e in ragione della materia trattata che questa costituzionalizzazione è stata realizzata. Il contesto familiare e la sua capacità di umanizzare maggiormente il contenuto dei contratti (nella specie, i PACS) ha infatti contato molto sull'assimilazione del principio generale di RC ad un

Un decennio dopo l'entrata in vigore della legge istitutiva dei PACS, istituto che ha oltretutto ha riscosso un buon successo ed è in crescente ascesa<sup>423</sup>, si avverte fortemente la sensazione che l'opera interpretativa della giurisprudenza francese si stia incamminando verso una significativa rivisitazione dell'istituto, - nell'ottica di una sua consacrazione quale nuova forma di unione istituzionalizzata -, tendenza che infatti è stata presto registrata dal legislatore con la riforma del 2006.

Se è vero che determinante è stata l'impronta data dal *Conseil constitutionnel*, è altresì vero che in certe circostanze i giudici di merito sono andati persino oltre le indicazioni tracciate dal consesso costituzionale, che su alcuni profili aveva ribadito e salvaguardato gli intenti del legislatore<sup>424</sup>.

---

principio costituzionale derivato. Per approfondimenti v. N. MOLFESSIS, *Le renouvellement des sources constitutionnelles du droit des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, t. 1, Ass. Henri Capitant, LGDJ, 1996, spéc. n. 20, 80; PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, cit., 31 ss.

<sup>423</sup> Tra il 1999 e il 31 dicembre 2005 sono stati registrati in Francia 204.055 PACS. Le cifre testimoniano che questo contratto è in netta ascesa: dai 39.373 PACS nel 2004 si è passati ai 60.040 nel 2005. A fine 2005 si contavano invece solo 26.713 rotture e ciò lascia pensare che, contrariamente a ciò che si pensava, il PACS sia più stabile del matrimonio. Comunque c'è da diffidare di quest'ultima cifra, poiché è probabile che molte coppie non abbiano informato le cancellerie della rottura del patto. Malgrado il numero non così irrilevante delle dissoluzioni di PACS, contrariamente alle aspettative, il contenzioso è quasi inesistente. Se si analizzano le cause giuridiche del fenomeno, non conviene di certo fare le comparazioni con l'imponente contenzioso del divorzio, ma con la rottura del *concubinage*, che non è mai stato importante dal punto di vista quantitativo. La presenza del giudice nel divorzio è stata spesso difesa in nome della volontà di preservare l'integrità del consenso. Il *concubinage* e il PACS invece rinviano forse ad un'altra immagine: gli interessati trovano altrove ed individualmente -giacché non è loro imposto- il mezzo per regolare il loro contenzioso. Fonte: Rep. min. Justice, n. 93281 Min., 2 maggio 2006, in JOAN Q, 20 giugno 2006, 6638. Grazie alla riforma del 23 giugno 2006 che ha legalizzato le statistiche per sesso, si è scoperto che nel 2004, 32.000 dei 38.763 PACS conclusi, cioè la grande maggioranza, concernevano coppie eterosessuali.

<sup>424</sup> Significativa in tal senso una pronuncia del TGI di Paris, 27 giugno 2001, in *D.*, 2003, *jur.*, 1941, ove, posti di fronte a una coppia di donne legate da un PACS, delle quali una madre di tre figli concepiti con l'inseminazione artificiale e l'altra legata ai medesimi da un rapporto duraturo, nonché partecipe della loro crescita ed educazione, i giudici parigini si sono pronunciati per l'adottabilità da parte della compagna della madre dei tre bambini, ravvisandovi un interesse dei minori al rafforzamento dei legami affettivi e non ritenendo viceversa sussistere al riguardo impedimenti legislativi. La disciplina sui PACS

Ne discende un rafforzamento dell'istituto in questione, la cui rilevanza, altrimenti, sarebbe stata modesta. Certamente l'opera dell'interprete presenta grandi difficoltà, come sempre accade di fronte a leggi viziate da gravi imprecisioni. Queste però sono in tale sede aggravate a causa della contraddizione che permea l'istituto in esame e che discende dalla pretesa che il PACS possa rispondere a due categorie di coppie, quelle dello stesso sesso e quelle di sesso diverso, inevitabilmente mosse da differenti necessità.

L'istanza di libertà reclamata dalla coppia eterosessuale che sceglie di non unirsi in matrimonio, prediligendo la più snella soluzione della convivenza registrata, pare per vero in contrasto con decisioni che impongono l'obbligo di fedeltà a carico del *pacsé* o che gravano di obblighi risarcitori il convivente fedifrago.

Gli effetti descritti appaiono invece una risposta minimale alle aspirazioni delle coppie dello stesso sesso sfornite della facoltà di contrarre matrimonio, la cui scelta di legarsi con il PACS vale quale richiesta di un legame riconosciuto e giuridicamente rilevante, di un regime di diritti e doveri reciproci; insomma, di un vincolo.

Nonostante la discrasia insita nelle due anime del PACS, la volontà di tutelare le coppie di fatto - soprattutto quelle omosessuali - può rappresentare un'importante lezione per quegli Stati che, come quello italiano, hanno miseramente visto fallire il tentativo di delineare uno statuto giuridico ai conviventi *more uxorio*<sup>425</sup>.

---

infatti nulla dice in materia di filiazione tra *pacsés*. Se tale scelta può spiegarsi col fatto che questo contratto riguarda spesso coppie omosessuali (che non possono procreare), tuttavia essa è da biasimarsi, giacché determina una grave lacuna nel sistema.

<sup>425</sup> G. ORLACCHIO, *Accordi di convivenza e nozione comunitaria di famiglia*, cit., 173 ss, ritiene che, nell'attesa che il Parlamento italiano superi l'indifferenza verso la famiglia di fatto, si debba utilizzare, come in Francia, lo strumento contrattuale per disciplinare la convivenza *more uxorio*. D'altronde il superamento del supposto antagonismo tra contratto e famiglia è stato registrato già da ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* IUDICA-ZATTI, Milano, 2001, 60 ss.; FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in A. MARINI, *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1990, 5 ss. Va da sé che l'idea di un regola contrattuale destinata a disciplinare il rapporto che con la convivenza si instaura induce a verificare quale sia oggi il significato dello *status*. La riflessione sul contratto di convivenza ripropone infatti la



### 3.2.3. La *coparentalité* e la rivalutazione dell'*autorité parentale*

L'accresciuta sensibilità sociale verso i minori si riflette nel movimento di promozione di un *droit commun familial* che coinvolge la legislazione francese da circa un decennio e si esplica in un insieme di regole indifferenti ai vari tipi di filiazione e di coppia<sup>426</sup>.

Quella che maggiormente tutela il rapporto parentale e prevede alcuni seppur minimi meccanismi rimediali agli illeciti commessi dai genitori nei confronti dei figli è la legge relativa all'*autorité parentale*<sup>427</sup>.

Tale nozione ha natura funzionale poiché racchiude i diritti e doveri che i genitori esercitano in comune e in ugual misura nell'interesse del figlio<sup>428</sup>.

Essendo una funzione di ordine pubblico, l'*autorité parentale* impedisce ai genitori di rinunciare all'esercizio dei loro diritti o a delegarli a terzi, salvo nei casi strettamente previsti dalla legge (art. 376 *cod. civ.*): i

---

dialettica tra il modello rigido dello *status* e la tensione dinamica del contratto.

<sup>426</sup> In merito all'evoluzione della legislazione in materia di filiazione v. la *loi* n. 72-3 del 3 gennaio 1972 relativa alla filiazione, in *JO*, 5 gennaio 1972, 145; la *loi* n. 2001-1135 del 3 dicembre 2001 relativa ai diritti dei coniugi sopravvissuti e dei figli adulterini, nonché ai diritti successori, in *JO*, 4 dicembre 2001, 19279; la *loi* n. 2002-305 del 4 marzo 2002 relativa all'*autorité parentale*, in *JO*, 5 marzo 2002, 4161; l'*ordonnance* n. 2005-759 del 4 luglio 2005 relativa alla filiazione, in *JO*, 6 luglio 2005, 11159, grazie alle quali sono stati riconosciuti l'uguaglianza tra figli legittimi e naturali, nonché nuovi metodi per stabilire il legame di filiazione.

<sup>427</sup> *Loi* n. 2002-305 del 4 marzo 2002, *cit.*, la quale ha ricodificato i testi sull'*autorité parentale* che sono ormai tutti raggruppati in un capitolo unico del *Code civil* contenente gli artt. da 371 a 374-2 e applicabili a tutti i bambini, che siano figli legittimi o non, i cui genitori siano separati o uniti. Le disposizioni relative all'*autorité parentale* che erano contenute nella parte del Codice relativa al divorzio sono state soppresse e sostituite con un rinvio alle regole comuni. Per approfondimenti sulle leggi precedenti cfr. la *loi* del 22 luglio 1987 sull'esercizio dell'*autorité parentale* nonché la *loi* n. 93-22 dell'8 gennaio 1993 relativa allo stato civile, alla famiglia e ai diritti dei bambini, in *JO*, 9 gennaio 1993, 493. La soppressione della patria potestà e la conseguente costituzione del concetto di *autorité parentale* discendono invece dalla *loi* del 4 giugno 1970.

<sup>428</sup> A. GOUTTENOIRE-CORNUT, *La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002*, in *Dr. fam.*, 2002, chron. n. 27; E. MOULON-MONTERAN, *La nouvelle autorité parentale*, in *RJPF*, 2002, 12.

genitori sono dunque obbligati verso i loro figli fino al raggiungimento della maggior età o all'emancipazione.

La riforma del 2002 ha ampliato il catalogo di diritti-doveri imposti ai genitori: custodia, sorveglianza, mantenimento<sup>429</sup>, protezione ed educazione della prole sono i compiti principali ai quali dottrina e giurisprudenza ricollegano una definizione assai ampia, allo scopo di impegnare in maniera sempre più incisiva il genitore a tenere un comportamento corretto verso la prole<sup>430</sup>.

L'idea di *coparentalité* suppone in principio un accordo tra genitori, giacché l'esercizio dell'autorità è congiunto e non concorrente. Oltre a prevedere una serie di presunzioni di accordo inerenti agli atti usuali e a disciplinare le conseguenze del disaccordo, la volontà legislativa di favorire il dialogo tra i genitori lascia tuttavia sempre più spazio alle soluzioni negoziate, ed a tal fine prevede l'omologazione delle convenzioni che

---

<sup>429</sup> Il *devoir d'entretien* dipende direttamente dal legame di filiazione, col quale nasce e si dissolve. Se non è stabilito un rapporto di filiazione il figlio non può pertanto esigere l'esecuzione forzata dell'obbligazione di mantenimento. Un diritto agli alimenti può esistere semmai in virtù dell'art. 342 *cod. civ.* relativo all'*action à fins de subsides*, con la quale, in presenza di una mera possibilità che esista un rapporto di filiazione, il minore può ottenere una prestazione alimentare. Tale azione ha un fondamento per metà alimentare e per l'altra metà indennitario. Nella legge del 3 gennaio 1972, *cit.*, essa costituiva un correttivo al rigore dell'azione in ricerca di paternità. Oggi la sua esistenza è quasi paradossale, poiché con le attuali tecniche di perizia biologica non vi è più incertezza sulla paternità e, in aggiunta, sono stati ammorbiditi i criteri in tema di accertamento del rapporto di filiazione. V. MURAT, *Droit de la famille, cit.*, 589 ss. Tornando al dovere di mantenimento, se ne ravvisa l'indipendenza dall'esercizio dell'*autorité parentale*. Ogni genitore ha l'obbligo di contribuire al mantenimento ed all'educazione del figlio in proporzione alle sue risorse, a quelle dell'altro genitore e ai bisogni del figlio. L'obbligazione non cessa nemmeno con la separazione dei coniugi. L'oggetto dell'obbligazione di mantenimento è assai ampio, poiché comprende sia il cibo, l'abbigliamento e le spese sanitarie, sia tutte le spese atte a garantire l'autonomia professionale del figlio, permettendogli di arrivare a mantenersi. Grazie alla giurisprudenza il dovere di mantenimento è stato esteso oltre la minore età e finalmente la legge del 4 marzo 2002 ne ha sancito la sua permanenza anche al di fuori dei casi di studenti maggiorenni, allontanando la disposizione dal suo scopo iniziale che era legato al mantenimento ed educazione del bambino. Oggi tale obbligo può estendersi ai figli maggiorenni incapaci di lavorare, disoccupati o in cerca di lavoro.

<sup>430</sup> Per approfondimenti sul contenuto dei singoli compiti attribuiti ai genitori v. MURAT, *Droit de la famille, cit.*, 739 ss.

stabiliscono “le modalità di esercizio dell'*autorité parentale* e fissano l'ammontare dei contributi di mantenimento nonché le regole per l'educazione del minore”<sup>431</sup>.

Il principio di *coparentalité* prevede però alcune eccezioni: in tali casi il genitore che esercita unilateralmente l'*autorité parentale* deve rispettare i diritti che la legge riconosce all'altro, segnatamente il diritto di visita e di sorveglianza.

Tali diritti sono stati rafforzati nel tempo al fine di assicurare un migliore equilibrio nelle relazioni tra il figlio e i genitori, e sono ulteriormente garantiti da un certo numero di disposizioni penali.

Al genitore privo di autorità è imposto tuttavia il dovere di mantenimento del figlio. Per contestare la decisione dell'altro il genitore privato dell'*autorité parentale* è obbligato ad adire il giudice e dimostrare che tale decisione va contro gli interessi del figlio. Se il giudice ritiene fondata la domanda, può vietare l'esecuzione della decisione, ordinare il mantenimento dello *status quo* o imporre gli orientamenti forniti dall'altro genitore. In pratica tuttavia, la necessità di passare attraverso il giudice rischia di limitare la capacità di esercizio del diritto di sorveglianza del genitore<sup>432</sup>.

Il meccanismo risarcitorio previsto dal diritto comune è invece utilizzato per regolare i rapporti tra genitori quando uno di essi violi i diritti altrui in materia di *autorité parentale*<sup>433</sup>.

La separazione dei genitori non incide sulle regole di devoluzione dell'esercizio dell'*autorité parentale*. Solo in via eccezionale se ne prevede l'esercizio unilaterale, cioè qualora l'interesse del minore lo richieda e la condotta del genitore sia grave (art. 373-2-1 *cod. civ.*)<sup>434</sup>.

---

<sup>431</sup> PATTI-CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, cit., 340, ove si saluta con favore l'ingresso dell'autonomia privata nelle relazioni familiari.

<sup>432</sup> App. Paris, 9 dicembre 1967, in *JCP G*, 1968, II, 15345.

<sup>433</sup> App. Paris, 29 settembre 2000, in *D.*, 2001, 1585, con nota di C. DUVERT; Cass., 26 gennaio 1994, n. 92-10.838, in *Bull. civ.*, I, n. 31; *D.*, 1995, 226, con nota di C. CHROAIN.

<sup>434</sup> App. Douai, 3 dicembre 1998, in *Juris-Data*, n. 048057, ove l'*autorité parentale* è stata affidata ad un solo genitore per mancanza di disponibilità dell'altro; App. Reims, 29 aprile 1999, in *Juris-Data*, n. 041587, ove è stata tolta

L'esercizio unilaterale dell'*autorité parentale* può costituire dunque una sanzione quando il comportamento del genitore integri la violazione grave e deliberata dell'esercizio congiunto dell'*autorité parentale*<sup>435</sup>.

La perdita di tale potere genitoriale costituisce l'unico rimedio predisposto dal diritto di famiglia a tutela del figlio in caso di violazione degli obblighi genitoriali previsti dalla riforma del 2002<sup>436</sup>.

Le due cause scatenanti questo meccanismo ne evidenziano la funzione di protezione del minore piuttosto che di sanzione al genitore.

Da un lato il giudice penale può sospendere l'*autorité parentale* qualora il genitore sia stato condannato per un reato commesso nei confronti del figlio o per un reato commesso dal figlio in complicità con il genitore. Dall'altro, il giudice civile, indipendentemente da una condanna penale, può sanzionare allo stesso modo il genitore il cui comportamento sia pericoloso per il figlio, o qualora, in costanza di una misura di assistenza educativa, si sia dimostrato assolutamente disinteressato al figlio per almeno due anni (art. 378 ss. *cod. civ.*)<sup>437</sup>.

---

l'*autorité parentale* a causa della fragilità psicologica del genitore. Altre circostanze giustificative della deroga alla *coparentalité* possono ravvisarsi nel passato penale di un genitore, nel suo comportamento irraguardevole o nel suo disinteresse verso il figlio e infine nell'incapacità dei genitori di accordarsi circa l'educazione da impartire al figlio.

<sup>435</sup> App. Poitiers, 21 novembre 2000, in *Juris-Data*, n. 146397, ove ad un padre è stata tolta l'*autorité parentale* per aver fatto circoncidere il figlio all'insaputa e contro la volontà della madre.

<sup>436</sup> Come precisa l'art. 379 *cod. civ.* il ritiro totale dell'*autorité parentale* incide su tutte le attribuzioni -patrimoniali e personali- che si collegano a tale funzione, provocandone la perdita. Al contrario, sono mantenuti i diritti e doveri che si collegano alla filiazione. Come tutte le misure relative all'*autorité parentale*, il ritiro di essa è provvisorio e viene meno previa prova della capacità del genitore di assumersi nuovamente le funzioni legate all'*autorité parentale* stessa.

<sup>437</sup> Le condotte scatenanti il ritiro totale dell'*autorité parentale* sono costituite da maltrattamenti, consumo abituale ed eccessivo di alcolici, uso di stupefacenti, comportamenti delittuosi, difetto di cure o sorveglianza (disinteresse, incapacità di occuparsi del figlio o di proteggerlo nei confronti dell'altro genitore). Si tratta di ipotesi in cui è manifesto il pericolo per la sicurezza, salute o moralità del figlio. L'uso dell'avverbio *manifestement* sottolinea che il ritiro dell'*autorité parentale* dev'essere pronunciato come *extrema ratio*, qualora non ci siano azioni meno invasive che possano comunque proteggere il minore.

Poco importa in questi casi la gravità della condotta che fonda la domanda; tutto dipende dalla minaccia che la condotta fa pesare sul minore. Tuttavia il solo rischio di un pericolo per il figlio non è sufficiente per applicare la misura, giacché serve anche un comportamento repressibile del genitore<sup>438</sup>.

La sussistenza di questi due requisiti rende assai difficile in pratica l'applicazione della misura protettiva. Più di ogni altra cosa è da censurare il rifiuto del giudice di riconoscere con frequenza l'esistenza di un pericolo in concreto per l'incolumità del minore, in casi in cui è palese che la condotta genitoriale può pregiudicarne l'incolumità; va da sé che raramente lo scopo della disposizione viene raggiunto<sup>439</sup>.

Quanto invece al ritiro dell'*autorité parentale* in seguito al disinteresse nei confronti del figlio sottoposto ad una misura educativa, la prassi dimostra la difficoltà di provare l'astensione volontaria del genitore, soprattutto nei casi in cui egli non disponga di risorse materiali sufficienti a mantenere il figlio, o quando le sue condizioni mentali siano alterate<sup>440</sup>. Inoltre le relazioni col figlio possono oggettivamente essere difficili a causa dell'allontanamento o dell'atteggiamento del terzo a cui il figlio è dato in affido.

---

<sup>438</sup> Cass., 6 luglio 1999, n. 97-16.654, in *Dr. fam.*, 2000, comm. 4, obs. MURAT; Cass., 6 marzo 2001, n. 99-14.948, in *RJPF*, 2001, 6-23, obs. A.-M. BLANC.

<sup>439</sup> App. Lyon, 22 maggio 2001, in *JCP G*, 2002, II, 10177, obs. GARÉ, ove la violenza sessuale commessa da un padre verso la nipote non giustificava il ritiro dell'*autorité parentale* nei confronti dei figli; Cass., 14 febbraio 1995, n. 92-15-579, ove la mancata visita da parte del padre naturale al figlio per quattro anni e mezzo non è stata riconosciuta necessariamente come causa di ritiro dell'*autorité parentale*, giacché tale astensione si giustificava con l'ostilità della madre naturale; Cass., 23 aprile 2003, n. 01-05.143, in *Dr. fam.*, 2003, comm. n. 143, obs. MURAT, ove non è stata ritirata l'*autorité parentale* ad una madre che si era disinteressata al figlio, poiché non è stato dimostrato che tale condotta metteva in pericolo la salute, sicurezza o moralità del figlio.

<sup>440</sup> La disciplina relativa all'assistenza educativa è prevista dagli artt. 375 a 375-8 *cod. civ.* e dagli artt. 1181 a 1200-1 NCPC. Si tratta anche in questo caso di misure prese per tutelare il minore qualora la sua salute, sicurezza o moralità siano messe in pericolo, oppure se le condizioni della sua educazione e sviluppo siano gravemente compromesse.

La breve disamina della disciplina giusfamiliare sul rapporto genitori-figli ne dimostra l'incapacità di rispondere con misure adeguate ai danni provocati ai figli, in violazione degli obblighi imposti ai genitori.

Non esistono strumenti in grado di sanzionare la condotta lesiva dei genitori, né tanto meno di prevenirla, a meno che essa sia di una tale gravità da chiamare in causa il diritto penale.

Soprattutto, la perdita dell'*autorité parentale* non pare affatto utile laddove il genitore non abbia interesse a interferire nella vita del figlio. E' vero che l'obbligazione di mantenimento grava su ogni genitore per il solo fatto di aver messo al mondo un figlio, ma tale dovere non è in grado di sostituire quel bagaglio di affetto, conoscenze ed esperienza che la sola presenza costante di un genitore può garantire.

E' per questo che il giurista dell'*Héxagone* si è servito fin dalle origini di strumenti estranei all'area giusfamiliare per garantire in determinate ipotesi una maggior protezione al minore, onde poter infliggere una vera e propria pena privata al soggetto che si renda inadempiente ai suoi obblighi genitoriali.

### **3.3. Tutela risarcitoria da illecito endofamiliare: un punto fermo**

L'ideale incompatibilità tra la qualità di coniugi (o genitori) e parti processuali ha influito a lungo sul diritto francese, ma ha ostacolato la possibilità di apprestare meccanismi di tutela all'interno delle mura domestiche in misura minore che in Italia<sup>441</sup>.

In origine, il diritto stesso traduceva in regole giuridiche l'impossibilità che un coniuge agisse nei confronti dell'altro in via risarcitoria. Così, l'incapacità della moglie, da un lato, la *puissance maritale* dall'altro, potevano prima del 1938 giustificare l'irricevibilità dell'azione intentata dalla moglie. Riconosciuta la parità formale tra coniugi, il problema dei ricorsi giurisdizionali per illeciti endofamiliari si spostò dal

---

<sup>441</sup> CARBONNIER, *L'hypothèse de non-droit*, in *Le dépassement du droit*, *Archives de philosophie du droit*, n. 8, 1963, 55; M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962, 306.

terreno della ricevibilità a quello del fondamento giuridico. In tal modo si negava ogni intervento al giudice per paura che esso diminuisse ancor più le *chances* di salvare il matrimonio.

Il problema tuttavia si poneva in termini differenti a seconda dello scopo perseguito dall'attore. Se lo sposo avesse voluto solamente soddisfare interessi individuali ed egoisti sarebbe stato spiacevole garantirgli un risarcimento per il solo fatto, ad esempio, dell'adulterio del suo *partner*. Al limite, solo ravvisando una colpa in capo al convenuto la riparazione avrebbe avuto ragion d'essere.

Il rifiuto totale di un'azione giurisdizionale originata dal diritto comune poteva però determinare dei rischi di ingiustizia troppo gravi; da qui dottrina e giurisprudenza si adoperarono per definire una soglia entro la quale consentire l'azione giurisdizionale del familiare danneggiato<sup>442</sup>.

Qualora lo scopo perseguito dall'attore fosse invece risieduto nell'interesse della famiglia, il risarcimento sarebbe stato ammesso più facilmente<sup>443</sup>.

In tal modo si moltiplicarono le possibilità di intervento del giudice nell'ottica di proteggere gli "interessi familiari"<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> Delle restrizioni all'azione in giustizia tra coniugi apparivano già nel regime giuridico di questi ricorsi. Ad es., l'art. 220-1 *cod. civ.* disponeva che «*si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le président du tribunal de grande instance peut prescrire toutes mesures urgentes que requièrent ces intérêts*». L'esigenza di una grave violazione e di un pericolo per la famiglia costituivano pertanto dei limiti al ricorso nella misura in cui non ogni tipo di colpa poteva giustificare l'azione.

<sup>443</sup> Inizialmente il ricorso al giudice fu ammesso esclusivamente per tutelare l'interesse della famiglia, al solo scopo di controllare l'esercizio dei poteri reciproci dei coniugi e dei genitori nei confronti dei figli. Le leggi del 22 settembre 1942, n. 573 e del 13 luglio 1965, n. 570 recanti "*Effets sur les mariages quant aux droits et devoirs des époux*", affermarono infatti che l'interesse della famiglia rappresentava l'autonomo ed esclusivo fondamento di determinati ricorsi giurisdizionali.

<sup>444</sup> C. LABRUSSE, *Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint*, in *Rév. int. dr. comp.*, 1967, 481 ss., ove si sottolinea l'interesse di tali ricorsi nella misura in cui rileva più delle altre la funzione specifica del giudice all'interno dei rapporti familiari, che è più simile a quella dell'arbitro che del magistrato in sé e che decide secondo equità al fine di far sopravvivere la famiglia a disaccordi gravi ma passeggeri.



Al di fuori del dovere di soccorso che, in caso di crisi coniugale, faceva nascere un diritto alla prestazione alimentare, il sistema giuridico faticava però ad elaborare delle sanzioni efficaci alla violazione dei doveri matrimoniali.

Anche nell'ordinamento francese, per lungo tempo, non si sono riscontrate azioni in giudizio del familiare fondate sulla clausola generale di RC, giacché si riteneva che la sanzione del divorzio approntata dal diritto di famiglia fosse sufficiente<sup>445</sup>.

Ancora negli anni Sessanta, sebbene la giurisprudenza ammettesse in certi casi il risarcimento del danno endofamiliare, si giustificava la ricerca di rimedi alternativi al diritto comune evidenziando le difficoltà di ordine teorico e pratico che l'ingresso dell'art. 1382 *cod. civ.* in famiglia avrebbe generato.

Non solo i tribunali sarebbero esplosi per il carico eccessivo di ricorsi, ma si sarebbe dubitato fortemente sulla purezza dei motivi del coniuge danneggiato, animato da un sentimento di vendetta nei confronti del familiare<sup>446</sup>.

Inoltre i meccanismi di RC avrebbero giocato in quest'ambito ben più un ruolo sanzionatorio che risarcitorio, col rischio di incorrere in censure da parte dei sostenitori della natura strettamente risarcitoria della responsabilità aquiliana. Infine, riconoscere un diritto illimitato alla riparazione pecuniaria del coniuge vittima della colpa dell'altro, avrebbe significato ammettere l'esistenza di diritti soggettivi nell'ambito delle

---

<sup>445</sup> EISMEN, in nota ad App. Poitiers, 6 aprile 1965, in *D.*, 1966, 113 ss., osserva che il fondamento dell'art. 225 *cod. civ.* -oggi modificato- dev'essere individuato nell'ordine di pensieri secondo cui la prescrizione non decorre tra i coniugi (nel nostro ordinamento tale regola è espressa dall'art. 2941, n. 1, c.c.). Tuttavia lo stesso A. ricorda peraltro alcuni casi giurisprudenziali che hanno ammesso il risarcimento del *dommage corporel* causato da un coniuge all'altro (incidente d'auto o di caccia). Nello stesso anno invece NERSON, *De l'application de l'article 1382 du Code civil dans les rapports entre époux*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, 514 ss., osserva che ormai non sussiste più alcun dubbio sull'applicabilità della norma generale sulla RC ai rapporti interconiugali.

<sup>446</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. I, II éd., PUF, coll. Thémis Droit privé, 2002, 444.

relazioni coniugali, sdoganando una concezione eccessivamente individualista del *ménage*.

Delle tre soluzioni successivamente offerte per giustificare il fondamento giuridico dei ricorsi endofamiliari, nessuna pareva in grado di risolvere al meglio il delicato problema relativo alla protezione dei rapporti personali tra coniugi<sup>447</sup>; tuttavia prevalse negli anni la possibilità di applicare il diritto comune della RC adattandolo alle peculiarità della famiglia ma ammettendolo solo in via sussidiaria, nei casi in cui le azioni proprie del diritto di famiglia fossero inesistenti o inefficaci.

Il tempo ha però dimostrato la difficoltà del legislatore nell'istituire dei regimi speciali di RC<sup>448</sup>; di qui la consapevolezza che l'art. 1382 *cod. civ.* costituisce oggi il fondamento giuridico più appropriato per risolvere in ambito civile i conflitti endofamiliari.

---

<sup>447</sup> Tra le soluzioni proposte, la prima cercava il rimedio nel diritto di famiglia, il quale però era completamente sfornito di meccanismi generali che permettessero di garantire i diritti personali della coppia. Alcuni proposero di fondare le azioni di risarcimento sulla violazione alle obbligazioni di soccorso e assistenza piuttosto che sull'art. 1382 *cod. civ.* V. *L'affaire* deciso da Cass., 6 novembre 1965, in *D.*, 1966, 80, con nota di MAZEAUD; *RTD*, 1966, 228 e 514, con nota di RODIÈRE e NERSON, ove l'azione avrebbe potuto essere fondata sul dovere di soccorso del marito piuttosto che su quello della RC. Rifiutando di ricevere la moglie presso il domicilio coniugale, il marito avrebbe dovuto assicurarne il mantenimento e l'alloggio, e la necessità di mantenere una doppia abitazione sarebbe stata una sanzione più pesante della condanna al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* La seconda soluzione acclamava una riorganizzazione degli effetti della separazione di fatto, giacché i processi in materia familiare normalmente intervengono in seguito alla rottura della coppia. In tal caso la riparazione ai danni endofamiliari avrebbe potuto sussistere in una prestazione alimentare apprezzata secondo equità e proporzionata alle colpe rispettive dei coniugi nella rottura del rapporto. L'ultima soluzione si fondava sull'ausilio della clausola generale di RC, la quale avrebbe dovuto essere plasmata per adattarsi alla comunità familiare, a scapito però dell'apprezzamento della colpa, giacché quel minimo di tolleranza richiesta nel rapporto coniugale non avrebbe potuto giustificare il risarcimento per *culpa lievissima*, criterio invece sufficiente per fondare la riparazione in diritto comune. V. LABRUSSE, *Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint*, *cit.*, 453 ss.

<sup>448</sup> Se si esclude la disciplina prevista dall'art. 266 *cod. civ.* in tema di risarcimento per danno derivante dallo scioglimento del matrimonio, non esistono attualmente degli strumenti risarcitori di diritto speciale per far fronte agli specifici danni causati dal familiare. L'area delle relazioni parentali, ad es., è totalmente sprovvista di meccanismi sanzionatori di diritto civile.

Le difficoltà che hanno suscitato i ricorsi tra familiari sono tuttora attuali perché risultano da un'ambiguità irriducibile, legata al fatto che il matrimonio non potrà mai essere ridotto alla sola dimensione giuridica.

### 3.3.1. Il contributo del legislatore: il risarcimento del danno a causa dello scioglimento del matrimonio

Il rapporto tra formanti nell'ordinamento francese è sempre stato assai proficuo: lo dimostra la nota rapidità con cui il legislatore d'oltralpe è solito reagire ai *revirements* giurisprudenziali. L'origine dell'art. 301, comma 2 *cod. civ.* -oggi art. 266 *cod. civ.* - è proprio il frutto della consacrazione di una giurisprudenza anteriore fondata sulla clausola generale di RC e corrispondente alla volontà del legislatore non già di porre un limite all'applicazione della *lex communis* in materia di responsabilità aquiliana<sup>449</sup>, quanto di presidiare con norme speciali un'area rispetto alla quale l'operatività dell'art. 1382 *cod. civ.* poteva apparire dubbia<sup>450</sup>.

---

<sup>449</sup> L'art. 301 *cod. civ.* nacque con la legge del 2 aprile 1941 (poi convalidata con l'*ordonnance* del 12 aprile 1945) ed enunciava che, indipendentemente da ogni altra riparazione dovuta dallo sposo contro cui il divorzio era stato pronunciato, i giudici potevano concedere al coniuge che aveva ottenuto il divorzio il risarcimento dei danni materiali o morali causati dalla dissoluzione del matrimonio. La legge n. 75-617 del 11 luglio 1975 riprese la precedente disposizione nel nuovo art. 266 *cod. civ.*, collegandone l'azionabilità alla sola ipotesi di divorzio pronunciato *aux torts exclusifs* di un coniuge. Tali novelle furono originate per dare soluzione al problema posto da un fondamentale *arrêt* della *Chambre civile* che già tra le due guerre del XX secolo aveva stabilito per la prima volta che, indipendentemente dall'attribuzione della *pension alimentaire* di cui all'art. 301 *cod. civ.* nel testo all'epoca vigente, il coniuge, a profitto del quale il divorzio era pronunciato, potesse ottenere ristoro dei danni secondo le norme comuni, se dai fatti che avevano causato il divorzio risultava un pregiudizio materiale o morale distinto da quello determinante la rottura del vincolo e non riparato dalla prestazione alimentare. Da tale decisione non era tuttavia chiaro se i danni risarcibili al di fuori degli obblighi alimentari fossero solamente quelli cagionati direttamente dall'illecito del coniuge contro il quale il divorzio era pronunciato o anche quelli derivanti dalla dissoluzione stessa del matrimonio. V. Cass., 21 giugno 1927, in *Dalloz rep.*, 1928, I, 5.

<sup>450</sup> MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, *cit.*, 611, ritiene che l'idea del divorzio-sanzione ponga in termini di specialità il problema della reazione dell'ordinamento agli illeciti propriamente coniugali; egli suggerirebbe quindi l'ipotesi di una sorta di assorbimento di ogni altra sanzione in quella espressamente prevista dall'art. 266 *cod. civ.*, anche perché -

La disposizione in questione costituisce una dei tre tipi d'indennità con cui è possibile reagire in caso di divorzio, ma è l'unica a riparare il danno specificatamente risultante dalla rottura del vincolo coniugale<sup>451</sup>.

Nonostante l'auspicio di ridurre il legame tra la colpa e le conseguenze di divorzio, la riforma del divorzio intervenuta nel 2004 non è riuscita a sopprimere l'art. 266 *cod. civ.* - ed a lasciare il campo libero all'art. 1382 *cod. civ.* Si è preferito riscrivere la norma, rinforzandone considerabilmente le condizioni di applicazione: lo sposo "innocente" può così sempre ottenere il risarcimento dei danni, ma unicamente per riparare le conseguenze di una particolare gravità.

La natura sanzionatoria di tale disposizione costituisce dunque un'isola di resistenza del nuovo "diritto di divorzio oggettivo". Questa norma pare inoltre applicabile dalla giurisprudenza anche nelle ipotesi di separazione (e non solo di divorzio) pronunciata *aux torts exclusifs*, giacché anche in questo caso si vuole punire lo sposo responsabile del danno<sup>452</sup>.

Apparentemente chiaro, il criterio di ripartizione delle funzioni tra le differenti indennità, fondato sull'oggetto della domanda, è però difficile da mettere in opera. Non sono rare le cassazioni di sentenze che applicano l'art. 266 *cod. civ.* per riparare danni che non derivano dallo scioglimento

---

a differenza del vecchio testo dell'art. 301, comma 2 *cod. civ.*-, non fa più salva l'applicazione del *droit commun*. Tuttavia la giurisprudenza francese ha sempre ammesso che l'esistenza della specifica disposizione *ex art. 266 cod. civ.* non costituisce un ostacolo all'applicazione dell'art. 1382 *cod. civ.*, poiché le due norme mirano alla riparazione di danni diversi. Cfr. Cass., 6 luglio 2005, n. 1157, in *JCP*, 2005, I, 2967; in *Dr. fam.*, 2005, 212, obs. LARRIBAU-TERNEYRE.

<sup>451</sup> Gli altri due tipi di indennità con cui è possibile riparare a un pregiudizio legato allo scioglimento del matrimonio sono di carattere generale: si tratta della *prestation compensatoire* (concessa per compensare la disparità che la rottura del matrimonio crea tra le condizioni di vita rispettive dei coniugi) e del risarcimento *ex art. 1382 cod. civ.* (invocato per riparare i pregiudizi risultanti da fatti o atti precedenti il divorzio, cagionati dalla violazione dei diritti coniugali o dei diritti in genere dell'altro coniuge).

<sup>452</sup> Cass., 22 maggio 1979, in *Bull. civ.*, II, n. 154; Cass., 6 gennaio 1993, n. 91-16.672, in *Bull. civ.*, II, n. 2; Cass., 7 maggio 2002, n. 00-18.026, in *RTD civ.*, 2002, n. 3, obs. HAUSER; Cass., 9 dicembre 2003, n. 02-12.245, in *Dr. fam.*, 2004, comm. 34, obs. LARRIBAU-TERNEYRE; Cass., 4 ottobre 2005, n. 04-12.755, *inedita*.

del matrimonio<sup>453</sup>, o che condannano al risarcimento senza precisarne il fondamento testuale<sup>454</sup>.

La confusione tra queste diverse indennità nasce allorché è esperita un'azione *ex art. 266 cod. civ.* Al contrario, tra la prestazione compensatoria e il risarcimento di diritto comune la distinzione è netta, poiché la prima è totalmente slegata da ogni nozione di colpa.

La legge del 2004 per la prima volta aiuta a definire il rapporto tra gli artt. 266 e 270 *cod. civ.*, affermando che il risarcimento *ex art. 266* è ammesso “*sans préjudice de l'application de l'art. 270...*”.

Benché la Cassazione ricordi che la prima disposizione non è destinata a riparare una disparità economica consecutiva al divorzio, ma solo le conseguenze morali o materiali scaturite da esso, è difficile identificare le conseguenze che non sono riparate dalla seconda (la prestazione compensatoria) e che dunque potrebbero chiamare in causa l'altro strumento indennitario: vanno sicuramente escluse dalla lista le conseguenze di tipo materiale, ma non di carattere morale<sup>455</sup>.

Certo, determinate sentenze rivelano un danno non coperto dall'art. 270 *cod. civ.*, come per esempio quello derivante dalla brutalità della rottura<sup>456</sup>; tuttavia queste fattispecie applicano a torto l'art. 266 *cod. civ.*,

---

<sup>453</sup> Cass., 11 aprile 2002, n. 00-13.417, i n *RJPF*-2002-78/24; Cass., 4 marzo 1999, n. 97-14.474, in *RJPF*-1999-2/32; Cass., 25 gennaio 2005, n. 02-16.255, in *Dr. fam.*, 2005, n. 104, obs. LARRIBAU-TERNEYRE, ove un marito aveva lasciato rapidamente il tetto coniugale per vivere con un'altra donna.

<sup>454</sup> Cass., 13 luglio 2000, n. 98-23.097; Cass., 27 febbraio 2003, n. 01-14.083, in *RJPF*-2003-5/21; Cass., 29 settembre 2004, n. 02-12.973, in *RJPF*-2004-12/22, obs. GARÉ.

<sup>455</sup> Incontrando la maggiore utilità nel risarcire il danno morale, il quale sarà poi valutato arbitrariamente dal giudice, la disposizione di cui all'art. 266 *cod. civ.* rafforza la sua natura di pena privata. V. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *cit.*, 625. Tuttavia l'estensione dell'art. 266 *cod. civ.* al divorzio per alterazione definitiva del legame coniugale induce a chiedersi se, in fondo, la disposizione non costituisca un'ipotesi di responsabilità *sans faute* per causa oggettiva, ma sottomessa alla difficile prova del danno grave derivante dalla dissoluzione del matrimonio.

<sup>456</sup> App. Poitiers, 19 gennaio 1999, in *Juris-Data*, 1999-120697; App. Rennes, 3 aprile 2002, cassato da Cass., 25 gennaio 2005, n. 02-16.255, *cit.* Altre sentenze caratterizzano il fatto illecito nella lunga durata del matrimonio, ma anche in questo caso l'applicazione dell'art. 266 *cod. civ.* è discutibile visto che di

poiché il pregiudizio non discende dalla dissoluzione del matrimonio (art. 271, comma 2 *cod. civ.*).

Sono rare in fin dei conti le ipotesi in cui causa del risarcimento è davvero la dissoluzione del vincolo. E l'applicazione dell'art. 266 è ancor più ridotta, giacché il nuovo testo continua ad essere circoscritto nel tempo, essendo il risarcimento azionabile solo in occasione della domanda di divorzio<sup>457</sup>.

Contro ogni attesa, però, la riforma del 2004 potrebbe restituire una nuova giovinezza alla disposizione grazie all'estensione della sua applicazione al divorzio per alterazione definitiva del legame coniugale, una recente tipologia di divorzio oggettivo che ha messo fine al dovere di soccorrere il coniuge<sup>458</sup>.

---

questo elemento del vincolo si tiene già conto per determinare l'ammontare della prestazione compensatoria. Cfr. App. Aix en Provence, 13 novembre 2001, in *Juris-Data*, 2001-175753; App. Bordeaux, 10 dicembre 2002, in *Juris-Data*, 2002-203438.

<sup>457</sup> L'art. 266 *cod. civ.* è stato applicato a buon diritto in Cass., 17 febbraio 2004, n. 02-13.061, in *RJPF*-2004-5, 18, con nota di GARÉ, ove una donna si è trovata sola dopo trent'anni di matrimonio con a carico un figlio handicappato; in App. Toulouse, 1 novembre 2002, in *Juris-Data*, 2005-264572, ove la sposa handicappata si è ritrovata sola dopo il divorzio; in Cass., 11 aprile 2002, n. 00-13.417, in *Dr. fam.*, 2002, n. 114, con nota di H. LÉCUYER, ove il danno risultava dal rifiuto di perseguire una procedura di divorzio per mutuo consenso; in Cass., 28 settembre 2000, n. 98-22.952, in *Dr. fam.*, 2001, n. 5, con nota di LÉCUYER, ove il marito aveva avuto dei figli con un'altra donna prima del divorzio; in Cass., 5 giugno 1984, in *Bull. civ.*, II, n. 106, ove, dopo una lunga vita in comune, la moglie è stata lasciata dal marito che le ha preferito una giovane amante; in Cass., 5 maggio 1976, in *D.*, 1976, IR, 226, ove è stato ammesso il risarcimento a causa della riprovevolezza sociale a cui la donna sarebbe andata incontro in caso di divorzio.

<sup>458</sup> MURAT, *Droit de la famille*, cit., 375. Come recita l'art. 238 *cod. civ.*, l'alterazione definitiva del legame coniugale risulta dalla cessazione della comunione di vita tra gli sposi, quando essi vivono separati da più di due anni. Apparentemente scioccante poiché contraria allo spirito della riforma, tale estensione del campo d'applicazione della disciplina risarcitoria ex art. 266 *cod. civ.* si spiega col venir meno del divorzio per rottura della vita in comune e della sua valvola di sicurezza rappresentata dalla possibilità di sollevare la clausola di eccezionale durata del matrimonio per far rigettare il divorzio (art. 240 *cod. civ.*). Il legislatore è dunque stato sensibile alla particolare afflizione che può rappresentare per il coniuge il fatto di vedersi imposto il divorzio allorché nessun torto può essergli imputato nella separazione. In tal modo la clausola di durata

Tale nuovo divorzio, benché imposto al convenuto, con riferimento alle conseguenze pecuniarie non presenta particolarità rispetto agli altri casi di divorzio. Se la sua pronuncia determina un pregiudizio di tipo patrimoniale, quest'ultimo sarà compensato attraverso la prestazione compensatoria; trattandosi però di un divorzio imposto, si presume che esso determini sempre anche un danno morale. In questo caso il giudice, previa prova di un danno grave, potrebbe applicare sistematicamente l'art. 266 *cod. civ.* e in tal modo compensare l'estinzione del dovere di soccorso.

Anche la clausola generale di RC, nonostante formalmente ripari danni distinti da quelli della rottura del vincolo coniugale, si pone in concorrenza con l'art. 266 *cod. civ.*<sup>459</sup>. Le due condanne invero sono cumulabili<sup>460</sup>. Quella *ex art.* 266 tuttavia è più agevole per il danneggiato, giacché non richiede la prova della colpa.

Per quanto riguarda la prova del danno invece, in entrambi i casi è il giudice a dover valutare e poi liquidare il pregiudizio, il quale non ha alcun rapporto con le risorse economiche del danneggiante<sup>461</sup>, né coi bisogni della vittima, benché la durata del matrimonio sia regolarmente tenuta in considerazione<sup>462</sup>.

---

viene rimpiazzata da una clausola compensatoria di carattere finanziario.

<sup>459</sup> Cass., 12 giugno 1996, n. 94-18.103, *cit.*; Cass., 28 settembre 2000, n. 98-22.952, *cit.*

<sup>460</sup> App. Paris, 3 febbraio 2005, in *Dr. fam.*, 2005, comm. 167, con nota di LARRIBAU-TERNEYRE, ove una donna è stata risarcita sia ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* -perché aveva tentato il suicidio dopo che il marito aveva trovato un'altra compagna e l'aveva gravemente insultata- che dell'art. 266 *cod. civ.* -perché il divorzio aveva spezzato un legame che dava l'immagine di una famiglia unita e felice-.

<sup>461</sup> Cass., 21 luglio 1982, in *D.*, 1982, IR, 426: «[...] *vu l'article 1382 du Code civil, attendu que l'évaluation du dommage doit être faite exclusivement en fonction du préjudice subi; attendu que pour fixer le montant des dommages-intérêts alloués à Dame x [...] par application de l'article précité, l'arrêt prend en considération les ressources du mari, que ce faisant, la Cour d'Appel a violé le texte sousvisé; par ces motifs casse et annule dans la limite du moyen l'arrêt rendu par la Cour d'Appel.*»

<sup>462</sup> App. Montpellier, 27 aprile 2005, in *Juris-Data*, n. 34044, ove il danno causato dalla doppia vita del marito durante i trent'anni di matrimonio, è stato stimato in 300.000 Franchi. App. Aix-en-provence, 7 ottobre 1994, in *Juris-Data*, n. 051925, ove è stato stimato in 50.000 Franchi il danno causato per l'abbandono della moglie dopo dieci anni di matrimonio e la nascita di un figlio.



Il problema del rapporto tra i due strumenti indennitari sorge nondimeno nei casi di divorzio che non consentono l'applicazione dell'art. 266 *cod. civ.* In tali ipotesi ci si chiede se l'art. 1382 *cod. civ.* possa coprire i danni derivanti direttamente dal divorzio. Infatti l'accettazione di un divorzio (che sia *aux torts partagés, accepté o par consentement mutuel*) non impedisce la nascita di un danno legato alla dissoluzione del matrimonio.

Le corti tuttavia tendono a risolvere la questione negativamente, giacché anche se il danno è caratterizzato, il suo fatto generatore, cioè la dissoluzione del matrimonio, non è da considerarsi di per sé una “colpa”.

Nemmeno in questo caso però la distinzione tra i due meccanismi risarcitori è limpida e i giudici spesso condannano ai sensi dell'uno piuttosto che dell'altro<sup>463</sup>. Tale confusione si spiega se si considera che, in fondo, l'origine delle due riparazioni è la stessa: il divorzio, che si tratti delle sue conseguenze o delle sue cause.

Incastrato tra due sistemi rimediali, il risarcimento per danno da divorzio sembra ai più solo una valvola di sicurezza predisposta per rimpiazzare il vecchio art. 240 c.c., che, come tale, andrebbe eliminata. L'idea non è nuova ed è stata invocata già all'epoca del vecchio testo; attualmente basterebbe solo scegliere quale tra le due indennità (*ex artt. 270 o 1382 cod. civ.*) potrebbe meglio rimpiazzare l'art. 266<sup>464</sup>.

Quanto alle regole generali di responsabilità aquiliana, esse potrebbero applicarsi solo se si ammettesse che il divorzio possa essere considerato una *faute in sé*, indipendentemente da torti eventuali<sup>465</sup>.

Per ora siffatta evidenza è stata volontariamente occultata dal legislatore, preoccupato all'idea di ammettere un “diritto al divorzio” che presupponga un esercizio non colposo, che però causi un danno. L'artificio assai comodo dell'art. 266, il quale non richiede la prova della colpa, non pare qui applicabile.

---

<sup>463</sup> Cass., 11 aprile 2002, n. 00-13.417, *cit.*

<sup>464</sup> F. OUDIN, *Indemnités entre époux divorcés: faut-il abroger le nouveau article 266 du Code civil?*, in *RJPF*, 2006, 12.

<sup>465</sup> CARBONNIER, *La famille, l'enfant, le couple*, PUF, XXI éd., 2002, 623. Tale ipotesi sarebbe ammissibile nel caso di una dissoluzione imposta all'altro coniuge.

Per assorbire il ristretto campo d'applicazione dell'art. 266 *cod. civ.* ci si potrebbe forse rivolgere alla prestazione compensatoria.

In fondo basterebbe solo estenderne l'applicazione ai danni di carattere morale<sup>466</sup>. Per ora tuttavia anche tale soluzione è esclusa, giacché la prestazione può compensare un danno morale solo se si confonde con un danno patrimoniale (come nel caso in cui il danno derivi dalla lunga durata del matrimonio).

In attesa di una riscrittura dell'art. 270 *cod. civ.*, per riparare i danni morali discendenti dalla rottura del vincolo è quindi applicabile solo l'art. 1382 *cod. civ.*, e la norma richiede la prova della colpa del danneggiante. Il fatto è che la rottura può considerarsi “colposa” solamente quando è imposta. Sono dunque risarcibili ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* solo il divorzio per colpa o quello per alterazione definitiva del legame coniugale, cioè quei casi già riparabili *ex* 266 *cod. civ.* In questo caso tuttavia, se la clausola generale di RC potesse colmare la lacuna lasciata dall'art. 266, sarebbero risarcibili anche i danni non particolarmente gravi derivanti dal matrimonio. Per le altre ipotesi di divorzio, invece, un indennizzo non è concesso, perché l'accettazione del divorzio neutralizza il carattere colposo del fatto dannoso divorzio.

La riscrittura dell'art. 266 *cod. civ.* lascia in sospeso un grande interrogativo, che attiene alle modalità di apprezzamento in concreto del criterio della gravità.

Analizzare una situazione di fatto implica certamente una buona dose di discrezionalità da parte del giudice di merito. Si può dubitare, tuttavia, che le corti uniformino in tempi rapidi le loro decisioni, ed è concreto il rischio che il coniuge sia lasciato privo della possibilità di conoscere *ex ante* le tipologie di danno risarcibile e che dunque ciò vanifichi lo sforzo del legislatore di predisporre una normativa speciale e tipizzata di RC endofamiliare.

L'introduzione del criterio della gravità del danno pare inoltre contrario al diritto comune della RC, il quale non lo enumera tra i requisiti

---

<sup>466</sup> HAUSER, in *RTD civ.*, 2005, 113; ID., *Le divorce nouveau et la responsabilité*, in *Dr. & Patr.* 2005, 82.

individuati per comminare il risarcimento. E' possibile tuttavia giustificare la condizione supplementare imposta con la riforma sotto un duplice motivo. Oltre ad esprimere una volontà politica forte del legislatore di accantonare l'effettività dell'art. 266 *cod. civ.*, essa spinge ad allontanare questa condizione supplementare dall'idea della colpa (che oltretutto non è mai presa in considerazione dalla lettera della norma). Piuttosto, tale condizione sembra situarsi unicamente sul terreno della riparazione del pregiudizio<sup>467</sup>. Sembra che la legge del 2004 abbia dunque consacrato una responsabilità *sans faute*, di tipo oggettivo, che resta subordinata solamente alla prova del grave pregiudizio. Di qui, un motivo in più per domandarsi se tale innovazione normativa sia davvero utile visto che, come si vedrà nel proseguo dell'analisi, la principale funzione riservata alla responsabilità aquiliana endofamiliare è quella sanzionatoria.

### **3.3.2. Il contributo delle corti: il riconoscimento della *faute familiale* e del *prejudice familiale ex art. 1382 cod. civ.***

L'incapacità sovente dimostrata dagli strumenti giusfamiliari di rispondere al bisogno di giustizia invocato da figli e coniugi danneggiati, ha indotto ormai da molti decenni la giurisprudenza francese a rivolgersi agli strumenti di RC, non senza l'ausilio di una dottrina sempre pronta ad analizzare i meccanismi giusfamiliari nella loro interazione problematica con le regole della responsabilità aquiliana.

L'ormai pacifica ricezione dell'art. 1382 *cod. civ.* nella sfera familiare consente oggi di affermare che essa ingenera un vero e proprio "contenzioso familiare" della RC, che si smarca dal contenzioso classico della RC *ex art. 1382* e che pertanto merita uno studio a parte.

Si deve alla *souplesse* e alla generalità della clausola generale di RC la facilità con cui essa è sempre stata predisposta per seguire (se non addirittura per precedere) l'evoluzione della famiglia e del diritto che disciplina questo istituto. Nondimeno entrambe le funzioni classiche rivestite dalla responsabilità aquiliana hanno svolto un ruolo importante in ambito domestico.

---

<sup>467</sup> MURAT, *Droit de la famille, cit.*, 379.

Dall'analisi casistica infatti è emerso che il diritto extracontrattuale, a seconda della circostanze in cui è applicato, talvolta sanziona una colpa endofamiliare, talora ripara un pregiudizio endofamiliare<sup>468</sup>.

La prima funzione è ben evidente sia nelle situazioni matrimoniali che nei rapporti di fatto. In quest'ultimo caso, scarsamente dotato di regole che impongano diritti e doveri ai seno alla coppia, la RC ha in qualche modo contribuito a moralizzare/riformare la materia, rivelando i valori difesi dal diritto di famiglia.

Nelle relazioni matrimoniali invece, l'art. 1382 *cod. civ.* non si è giustapposto al diritto matrimoniale in modo arbitrario, ma è stato adattato alle particolarità della relazione coniugale. Allo stesso modo, nei conflitti parentali la clausola generale di RC è stata utilizzato per moralizzare i comportamenti dei genitori, sia nei confronti dei figli, che nei rapporti tra genitori.

La funzione indennitaria della RC ha invece faticato maggiormente a svilupparsi in seno alla famiglia, a causa della soglia di tolleranza che dovrebbe equilibrare le relazioni tra i suoi membri.

L'individualismo contemporaneo ha tuttavia accelerato l'ingresso della RC nella famiglia, giacché si accetta sempre meno di subire un danno di carattere endofamiliare. Si vedrà però che l'accoglimento in giurisprudenza di nuove domande tendenti a far riconoscere l'esistenza di un diritto alla normalità familiare, innesca una serie di corposi interrogativi, poiché mette a repentaglio quelli che sono i valori fondamentali dell'istituzione familiare, primo fra tutti quel dovere di solidarietà che sta alla base del legame in questione.

L'avvento della RC in funzione risarcitoria pare testimoniare il fatto che viviamo in una società che fa fatica a concepire un amore adulto,

---

<sup>468</sup> PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, cit., 11 ss., ove l'adeguamento subito dalla clausola generale di RC in ambito familiare, ha condotto a sostenere l'esistenza di fattispecie colpose e dannose peculiari al solo contesto familiare, tanto da poterli identificare in termini di "*faute familiale*" e "*préjudice familiale*".

cioè un “amare l’altro per quello che è e non solo per quello che apporta” e che si nutre della soddisfazione di un momento<sup>469</sup>.

### 3.3.2.1. La sanzione della *faute* endofamiliare

La più importante utilità applicativa dello schema di RC in area familiare interviene nell’ambito delle relazioni di fatto, nella misura in cui queste ultime non trovano protezione con norme di diritto speciale e pur tuttavia, presentando molte analogie con le relazioni istituzionalizzate, non possono essere totalmente ignorate dal diritto.

La sanzione normativa imposta dall’art. 1382 *cod. civ.* è intervenuta inizialmente nelle relazioni parentali, condannando il genitore per il mancato riconoscimento del figlio<sup>470</sup>.

I giudici non hanno atteso l’abrogazione del principio che proibiva l’azione in ricerca di paternità<sup>471</sup>, o che tale azione fosse liberalizzata nel 1993<sup>472</sup>, per condannare un padre che rifiutava di assumersi le proprie responsabilità nei confronti del figlio<sup>473</sup>.

---

<sup>469</sup> P.-J. CLAUX, *Fut-il supprimer le droit de la famille?*, in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, 1990, 57.

<sup>470</sup> Con la sentenza del 28 ottobre 1935, in *D. H.*, 1935, 537, la Corte di cassazione si è pronunciata per la prima volta sul risarcimento dei danni in un processo relativo alla dichiarazione di paternità. Nonostante la conferma della sentenza d’appello in merito alla pronuncia di paternità, la SC ne ha condannato il capo relativo al risarcimento del danno per il mancato riconoscimento del figlio naturale, il quale -secondo il giudice di merito- l’avrebbe posto in condizioni di vita deteriori rispetto a quelle in cui sarebbe vissuto se fosse stato riconosciuto fin dalle origini. Dall’analisi del caso si nota tuttavia che la soluzione adottata dalla Cassazione (il rigetto della condanna) riflette la concezione del tempo secondo cui un’omissione non condannata dalla legge (segnatamente il mancato riconoscimento del figlio naturale) non era assimilabile ad un fatto colposo. Oggi invece, poiché la colpa può risultare da un obbligo non espressamente imposto dalla legge, innestato sul dovere di prudenza e diligenza, la soluzione sarebbe diversa e il silenzio del diritto di famiglia non ostacolerebbe più una sanzione imposta *ex art.* 1382 *cod. civ.*

<sup>471</sup> Legge del 16 novembre 1912 relativa al riconoscimento giudiziario di paternità naturale ha abrogato il principio posto dall’art. 340 *cod. civ.* che vietava la ricerca della paternità.

<sup>472</sup> Per approfondimenti sulla disciplina relativa all’*action en recherche de paternité* cfr. MURAT, *Droit de la famille, cit.*, 563 ss.

<sup>473</sup> E’ in un contesto ostile alla filiazione di fatto che l’art. 1382 *cod. civ.* appare assai rapidamente nelle decisioni delle corti, al fine di riequilibrare la

Né l'ingresso dell'azione di ricerca di paternità ha colpito l'ampiezza di questa giurisprudenza. Al contrario, l'azione aquiliana della madre ha continuato a produrre i suoi effetti nelle situazioni in cui era impossibile stabilire *ex lege* la paternità del convenuto.

Sempre più persuasive sono diventate le decisioni che accordano il versamento di una pensione alla madre il cui figlio sia privo di filiazione paterna, includendovi, oltre alla riparazione del danno morale subito dal fatto della seduzione, il danno materiale consistente nell'obbligazione di mantenere il bimbo<sup>474</sup>.

Alcune corti sono anche andate oltre, derivando dal mancato riconoscimento non solo un danno alla madre, ma anche un pregiudizio diretto nei confronti del figlio, e accogliendo l'idea che il padre biologico abbia il dovere di mantenere suo figlio, indipendentemente dallo stabilimento di un legame di filiazione<sup>475</sup>.

Così facendo il diritto della RC francese ha dimostrato tutta la sua pragmaticità, trovando applicazione anche in assenza degli artifici invece

---

condizione deteriore del figlio naturale. Già in Cass., 24 marzo 1845, in *D. P.*, 1845, I, 177 una donna rimasta incinta in seguito a seduzione fraudolenta aveva trovato nella formula generale della responsabilità aquiliana il mezzo per far rispettare una regola elementare di civiltà secondo cui chi fa un figlio deve nutrirlo. L'art. 1382 *cod. civ.* non è stato tuttavia l'unico fondamento che ha permesso di attenuare il rigore del dispositivo legale. In Cass., 10 marzo 1808, in *S.*, 1808, I, 231, una ragazza sedotta ha potuto invocare l'art. 1142 *cod. civ.* per ottenere il risarcimento del danno derivante dalla gravidanza, alla condizione di provare una promessa di matrimonio del suo seduttore e la sua confessione circa la paternità. Anche il diritto dei contratti ha permesso ad un bambino di ottenere una pensione alimentare in ragione dell'impegno sottoscritto dal padre-seduttore di sopperire ai suoi bisogni in virtù dell'art. 1134 *cod. civ.* V. Cass., 27 maggio 1862, in *D.*, 1862, I, 208.

<sup>474</sup> Bourq, 21 novembre 1933, in *Gaz. Pal.*, 1934, 1, 284; Dax, 7 febbraio 1935, in *Gaz. Pal.*, 1935, 1, 666; Clamcy, 7 dicembre 1941, in *Gaz. Pal.*, 1942, 1, 118; Amiens, 5 gennaio 1949, in *JCP*, 1950, II, 5254, con nota di SAVATIER.

<sup>475</sup> App. Poitiers, 8 gennaio 1932, in *D.*, 1933, 2, 99, con nota di LALOU. Un passo successivo fu fatto solo con App. Paris, 12 maggio 1977, in *Gaz. Pal.*, 1978, 2, 369, con nota di J. MASSIP, ove, in occasione di una procedura in ricerca di paternità il giudice svelò la colpa sanzionabile, segnatamente la violazione del dovere di mantenimento del figlio. Nella specie il padre era a conoscenza dell'esistenza dello stesso e cionondimeno non aveva mai contribuito ai suoi bisogni. Dello stesso avviso è anche App. Reims, 5 ottobre 1995, in *Juris-Data*, n. 051938.

necessari alla coerenza interna del diritto di famiglia, i quali impongono che il mantenimento sorga solo in corrispondenza di un legame di filiazione (art. 203 *cod. civ.*).

Oggi, anche se il supremo collegio di Parigi non si è più pronunciato sull'argomento dopo il 1935, i giudici di merito non esitano a sanzionare l'astensione volontaria del padre a riconoscere il figlio, qualora da essa derivino pregiudizi alla madre e a suo figlio. La consacrazione di tale dovere è recente ed è totalmente indipendente dalla fissazione della contribuzione all'educazione e al mantenimento del bimbo in seguito a dichiarazione giudiziale di paternità<sup>476</sup>.

Tuttavia, a ragione, le corti giustificano un risarcimento esclusivamente in presenza di un comportamento doloso del padre, a dimostrazione della volontà di colpire solo l'autore di un comportamento grave<sup>477</sup>.

Vi sono ipotesi in cui, viceversa, sono i diritti paterni ad essere violati. Ciò capita qualora un legame di filiazione sia stabilito, ma la madre

---

<sup>476</sup> App. Aix-en-provence, 5 febbraio 1998, in *Juris-Data*, n. 0404785, ove un padre, consapevole della propria paternità, aveva cercato di imputarla al compagno della madre (e padre del suo primo figlio) ed era così stato condannato al risarcimento di 10.000 Franchi per il danno materno e altri 10.000 per quello arrecato al figlio. Più esplicitamente App. Colmar, 23 giugno 2005, in *Juris-Data*, n. 277891, ha qualificato in termini di *faute* il mancato riconoscimento e mantenimento volontario del padre, indipendentemente dall'inazione della madre. V. anche App. Paris, 29 aprile 2003, in *Juris-Data*, n. 218097, ove un padre è stato condannato a versare 3000 euro per il danno morale arrecato al figlio maggiorenne -costretto ad una *action en recherche de paternité*- causatogli dal rifiuto di riconoscerlo e di sottoporsi agli esami biologici che gli erano stati prescritti. Al contrario, i giudici si sono sempre rifiutati di sanzionare il mancato riconoscimento del figlio in assenza di un comportamento offensivo del padre. Così, in App. Paris, 17 gennaio 1984, in *Juris-Data*, n. 021992, si è giustificato il comportamento di un padre che, non essendo stato investito di un'azione in ricerca di paternità da parte della madre nei due anni seguenti al parto e pur avendo inizialmente confessato la paternità, aveva creduto che costei volesse mantenere da sola il figlio.

<sup>477</sup> App. Bordeaux, 16 maggio 2001, in *Juris-Data*, n. 145082, ove il tardivo riconoscimento di paternità non ha integrato di per sé la *faute* del padre per il solo fatto di essere stata fatta spontaneamente, giacché nulla permetteva di affermare che l'autore del riconoscimento tardivo non potesse ignorare di essere il padre allorché non era stata stabilita nessuna relazione *more uxorio* all'epoca della concezione, né la madre aveva agito per il riconoscimento.



faccia di tutto per ostacolare il rapporto padre-figlio. Anche in questo caso l'illecita privazione della paternità viene sanzionata dalla giurisprudenza, facendo applicazione della clausola generale di RC<sup>478</sup>.

Ad ogni buon conto, l'uso più azzardato che le corti abbiano fatto dell'art. 1382 *cod. civ.* inerisce alla tutela delle coppie di fatto, che in tal modo sono state elevate al rango delle coppie sposate<sup>479</sup>.

L'intervento creativo della giurisprudenza, contribuendo all'evoluzione del diritto vivente, ha infatti permesso di far discendere dai rapporti di mera convivenza un obbligo di lealtà nei comportamenti durante la convivenza e un dovere di solidarietà materiale al momento della rottura.

L'esigenza di lealtà nelle relazioni tra concubini trova le sue origini nella sanzione della seduzione dolosa con promessa di matrimonio<sup>480</sup>.

---

<sup>478</sup> App. Paris, 12 settembre 2002, in *Juris-Data*, n. 192042, ove è stata definita colposa e perciò sanzionabile con 3.800 euro la condotta di una madre che, pur conoscendo la vera identità del padre, aveva agito affinché fosse il suo futuro marito a riconoscere il bambino. Nello stesso senso cfr. App. Aix-en-provence, 21 gennaio 2003, in *Juris-Data*, n. 205381.

<sup>479</sup> GOUTTENOIRE-CORNUT, *Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage*, *cit.*

<sup>480</sup> Nell'esperienza francese, a dispetto dell'indifferenza del legislatore per la materia da oltre due secoli, le domande risarcitorie per *rupture fautive de fiançailles* sono ancora in voga e vengono gestite attraverso l'art. 1382 *cod. civ.* con tutte le difficoltà che ne discendono. L'applicazione della clausola generale di RC in tema di rottura della promessa di matrimonio ha contribuito a proteggere e valorizzare la libertà matrimoniale. Per giustificare il ricorso a tale disciplina i giudici hanno fatto riferimento alla teoria dell'*abus de droit*. Essendo contrario al buon senso far coincidere la colpa con la mera libertà di lasciarsi, i francesi hanno sanzionato l'abuso con cui il *partner* ha esercitato il suo diritto di rompere il fidanzamento. All'interessato non viene dunque rimproverata l'inesecuzione della promessa, ma l'eccesso di egoismo sotteso alla rottura unilaterale. V. VINEY-JOURDAIN, *Traité du droit civil. Les conditions de la responsabilité civile*, *cit.*, 475. La colpa dipende pertanto dalle modalità con cui viene esercitata la libertà di non sposarsi. Esigendo un motivo serio dietro la rottura, i giudici cercano di conciliare l'intollerabilità di una rottura troppo tardiva col principio di libertà matrimoniale, dovendo quest'ultimo sussistere fino alla cerimonia. Ne deriva che è sanzionabile ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* solo la rottura di una promessa di matrimonio brutale, non precisamente motivata e tardiva (App. Paris, 1 luglio 1999, in *D.*, 2000, 411. Tale orientamento non è nuovo, essendo conosciuto fin da Cass., 12 novembre 1901, *cit.*). L'esigenza di una motivazione legittima è consacrata in ragione dell'attrazione temporale del matrimonio nel periodo precedente alla sua

Le molteplici forme sotto cui prende forma il dovere di lealtà spaziano dalla sincerità in fase di formazione della relazione, alla fedeltà, rispetto e onestà in pendenza del rapporto, alla dolcezza (o comportamento socialmente accettabile) in caso di rottura. Indipendentemente dalla forma, la giurisprudenza ha dimostrato sempre di esigere una colpa grave da parte del *partner*, sanzionando esclusivamente comportamenti non corrispondenti alla logica di coppia<sup>481</sup>.

La scorrettezza tra concubini ad esempio, è stata assimilata alla disonestà nel caso della scoperta brutale del legame del compagno con un'altra donna alla vigilia di un concorso, allorché quest'ultimo si era impegnato per iscritto a sposarla, dopo quattro anni di convivenza. La *faute*

---

conclusione. La conferma di questa constatazione si lega al tema dell'onere probatorio. Dagli anni Sessanta la giurisprudenza infatti presume dalla rottura tardiva l'esistenza di una *faute* in capo al *partner*, cui spetterà pertanto l'ardua prova contraria dell'esistenza di un motivo legittimo fondante la rottura. Cfr. App. Dijon, 11 dicembre 1996, in *Juris-Data*, n. 049756. Sanzionando l'assenza di motivazione seria della rottura, la RC offre in tal modo al fidanzamento una considerazione giuridica, che fonda le sue radici nel rispetto dell'etica familiare. Quanto al pregiudizio morale sofferto dal fidanzato abbandonato, è da notare come esso si sia evoluto nel tempo: se inizialmente lo si individuava nella lesione all'onore e reputazione del *partner* abbandonato che si ritrovava solo di fronte alla malignità pubblica e con minor *chances* di fidanzarsi nuovamente (Cass., 12 novembre 1901, *cit.*), oggi esso si materializza nella tristezza o nello schoc psicologico subito per il fatto di dover disdire il matrimonio poco prima della celebrazione (App. Paris, 1 luglio 1999, *cit.*). Dalle decisioni giurisprudenziali è emerso che tale tipologia di danno, essendo la stessa -anche se di intensità inferiore- di quello risarcito ai sensi dell'art. 266 *cod. civ.*, induce a ritenere che il risarcimento *ex art. 1382 cod. civ.* sia una sorta di surrogato del risarcimento *ex art. 266 cod. civ.* In un'epoca caratterizzata dall'iper individualizzazione del matrimonio e dalla conseguente indifferenza per il periodo prematrimoniale, ci si chiede fino a che punto possa avere un senso applicare la RC in questo frangente. Esigere una fin troppo dettagliata motivazione da parte del fidanzato recalcitrante alle nozze, significa infatti considerare implicitamente che egli è già vincolato. Per ulteriori approfondimenti sulla disciplina della promessa di matrimonio in Francia v. OBERTO, *La promessa di matrimonio, cit.*, 171.

<sup>481</sup> App. Nîmes, 28 marzo 2002, in *Juris-Data*, n. 181091; si veda poi App. Lyon, 20 febbraio 1996, in *Juris-Data*, n. 055177, ove il mutismo del concubino per un determinato periodo, o le parole offensive con cui si è rivolto alla sua *partner* poco prima della separazione, per quanto siano state spiacevoli, costituiscono un mero disaccordo tra due persone che hanno vissuto insieme e non integrano una colpa sufficientemente grave da giustificare il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.*

del partner è stata rinvenuta nel mancato coraggio di confessare il tradimento, nonché nell'aver creato il rischio che la ragazza lo scoprisse in prossimità dell'esame<sup>482</sup>.

Ancora, la rottura brutale ingiustificata di una relazione di dodici anni da cui era nato un figlio, ha giustificato il risarcimento in favore di una donna, poiché non era riuscita a preparare degnamente la partenza. La condotta del *partner* è stata definita sleale, poiché ne è stata dimostrata la certezza del carattere abusivo<sup>483</sup>.

Allo stesso modo è stata giudicata colposa l'espulsione brutale di un convivente dall'abitazione di coppia, indipendentemente dalle modalità con cui egli aveva occupato tali luoghi<sup>484</sup>.

Nato negli anni Settanta, questo orientamento giurisprudenziale si caratterizza per la volontà di responsabilizzare l'esercizio della libertà di rottura del *concubinage*, tenendo conto delle esigenze della vita in comune; ne discende un processo di "familiarizzazione della RC" al momento della rottura della convivenza<sup>485</sup>.

Un tale effetto è stato potenziato col tempo poiché, ammettendo il dovere di solidarietà materiale tra concubini, le corti hanno preservato, in caso di rottura, i mezzi finanziari di esistenza del *partner* che si trovi in uno stato di dipendenza economica dall'altro.

Fin dall'Ottocento la Corte di cassazione, malgrado il biasimo sociale nei confronti del *concubinage*, ha permesso l'indennizzo del *partner* abbandonato senza risorse economiche ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* in caso di seduzione dolosa<sup>486</sup>.

---

<sup>482</sup> App. Bordeaux, 4 gennaio 2000, in *D.*, 2000, 411, ove i giudici hanno ritenuto che la disonestà del concubino avesse superato la soglia di tolleranza della vita di coppia.

<sup>483</sup> App. Besançon, 9 marzo 1994, in *Juris-Data*, n. 053720.

<sup>484</sup> App. Angers, 22 aprile 1978, in *Juris-Data*, n. 055395, ove è stato ritenuto colposo il divieto al concubino di accedere all'alloggio comune di cui era co-conduttore, nonché l'aver depresso i beni mobili di lui al di fuori dell'abitazione, sotto la pioggia. In tal senso v. anche TI Niort, 17 gennaio 2001, in *Juris-Data*, n. 158505; App. Bordeaux, 8 aprile 2002, in *Juris-Data*, n. 175810.

<sup>485</sup> Utilizza quest'espressione PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, *cit.*, 103.

<sup>486</sup> Cass., 10 marzo 1808, *cit.*

Altri giudici addirittura hanno ammesso il risarcimento del danno per il solo fatto della rottura, per il motivo che sarebbe stato ingiusto che la concubina abbandonata si trovasse in una situazione di miseria<sup>487</sup>, o ancora perché l'assenza di seduzione avrebbe determinato un concorso di colpa, nonché attenuato e diviso la responsabilità, senza però sopprimerla<sup>488</sup>.

Per lungo tempo la Cassazione non ha accettato di riconoscere la *faute* nella rottura stessa del rapporto, in assenza di seduzione dolosa<sup>489</sup>. Solo vent'anni più tardi il suo pragmatismo l'ha indotta a considerare che, se la colpa non poteva identificarsi con la rottura<sup>490</sup>, essa poteva però ravvisarsi nelle circostanze che l'avevano causata<sup>491</sup>.

Allargando il campo d'applicazione della clausola generale di RC la giurisprudenza di legittimità si è fatta sempre più audace, giungendo a identificare la colpa tanto nella formazione quanto nella rottura del *concubinage*<sup>492</sup>.

Dalla seconda metà del Novecento le sentenze di risarcimento del danno per rottura del *concubinage* si sono assestate intorno a due motivazioni. Da un lato si è voluto sanzionare la dipendenza economica

---

<sup>487</sup> App. Poitiers, 28 marzo 1927, in *J.*, 1929, 2, 1, con nota di M. GARAUD; App. Aix-en-provence, 7 giugno 1869, in *D.*, 1971, 1, 52, ove l'afflizione della donna abbandonata è stata determinante per fondare il risarcimento ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.*; Trib. civ. Seine, 16 marzo 1907, in *Pandectes françaises*, 1907, 2, 175, ove si è accordato il risarcimento del danno per il solo fatto della rottura del legame di fatto.

<sup>488</sup> Trib. civ. Gray, 5 giugno 1902, in *Pandectes françaises*, 1903, 2, 97.

<sup>489</sup> Cass., 9 luglio 1935, in *D. H.*, 1935, 444, ove si è affermato che la prova della seduzione dolosa è l'unica modalità per il concubino abbandonato di ottenere il risarcimento del danno. La corte ha sottolineato il principio della libera rottura che si giustifica con l'instabilità tradizionalmente assegnata al *concubinage*.

<sup>490</sup> Cass., 17 giugno 1953, in *Bull. civ.*, I, 39.

<sup>491</sup> Cass., 22 febbraio 1960, in *Bull. civ.*, I, 117; Cass., 3 marzo 1964, in *Gaz. Pal.*, 1964, 2, 83.

<sup>492</sup> La seduzione dolosa è diventata oggi quasi obsoleta, giacché quando viene invocata è raramente ammessa dai giudici. In tal senso App. Papeete, 29 novembre 2001, in *Juris-Data*, n. 169206. V. anche App. Rouen, 29 gennaio 2003, in *Juris-Data*, n. 205429, ove la *faute* è ravvisata negli avvenimenti sia precedenti che susseguenti la rottura, segnatamente nella brutale partenza del *partner* senza aver lasciato dei sussidi alla compagna e al loro figlio.

creata dal concubino; dall'altro la situazione di disagio in cui si è trovato il *partner* abbandonato.

Se inizialmente la colpa è stata ravvisata nell'aver creato un rischio volontario per aver messo la compagna nella situazione di dipendenza economica impedendole di lavorare<sup>493</sup>, successivamente ci si è resi conto che tale dipendenza economica era un rischio normale di ogni vita di coppia, dunque la RC non poteva sanzionare la creazione di tale situazione.

Così, il fondamento dell'art. 1382 *cod. civ.* è stato individuato nella violazione di un dovere, precisamente quello di solidarietà<sup>494</sup>. A ben guardare l'obbligazione di solidarietà diviene in questo caso una sorta di surrogato della *prestation compensatoire* nella misura in cui il giudice prende in considerazione la disparità creata nelle condizioni di vita rispettive dei *partners* in caso di rottura, come farebbe in occasione di divorzio<sup>495</sup>.

---

<sup>493</sup> App. Caen, 11 maggio 1989, in *Juris-Data*, n. 044287, ove la domanda attrice è stata rigettata, ma solo per mancanza di prova circa la volontà del *partner* di porre la compagna in uno stato di dipendenza economica. Di fatto dunque quando la situazione di dipendenza è scelta da chi viene abbandonato, non si può applicare la clausola generale di RC.

<sup>494</sup> Cass., 6 luglio 1976, in *Bull. civ.*, I, 248, ove per la prima volta è stato ammesso il risarcimento del danno nei confronti di un *partner* che aveva abbandonato la compagna incinta in assenza di ausilio materiale e morale; Cass., 29 novembre 1977, in *Bull. civ.*, I, 449, ove si è esplicitato che non è contraddittorio enunciare che una donna non possa pretendere il risarcimento del danno per aver subito la rottura del rapporto di fatto, ma possa essere invece risarcita per il mancato supporto economico da parte del padre nei confronti dei figli comuni.

<sup>495</sup> L'analogia tra il risarcimento *ex art. 1382 cod. civ.* e la *prestation compensatoire* conosce dei limiti, giacché la RC può essere invocata solo dal concubino abbandonato in stato di bisogno e non da colui che causa la rottura. La concessione della *prestation compensatoire* è indipendente dalla causa di divorzio. Questa neutralità dell'istituzione matrimoniale non si ritrova invece nel dovere di solidarietà istituito dal diritto comune per addolcire la rottura del *concubinage*. Una somiglianza con la *prestation compensatoire* dell'art. 270 *cod. civ.* è ravvisabile invece nell'ammontare dei danni accordati al concubino abbandonato. Lo scopo della RC è dunque proprio quello di rimediare alla sua assenza di risorse. Così, non c'è da stupirsi se il giudice ha comminato un risarcimento di 100.000 euro al *partner* abbandonato e privo di risorse economiche a causa della volontà del compagno di renderlo economicamente dipendenza da lui (App. Aix-en-provence, 25 novembre 2003, in *Juris-Data*, n. 246737).

Ne deriva, a contrario, che se il concubino abbandonato è in grado di provvedere ai suoi bisogni, non potrà agire ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.*<sup>496</sup>.

Se la mera *vie en commun* del *concubinage*, criterio indispensabile per qualsiasi tipologia di vita di coppia, ha prodotto conseguenze giuridiche suscettibili di giustificare la sanzione di determinati comportamenti per mezzo della clausola generale di RC, a maggior ragione il discorso vale per le coppie legate dai PACS.

Includere i PACS all'interno di una riflessione relativa alle coppie di fatto non deve stupire, giacché queste due tipologie di relazione danno vita a un contenzioso simile visto che in entrambi i casi la legge non predispone un regime di tutela del *partner* debole, comparabile a quello predisposto in caso di divorzio. Pertanto le potenzialità del diritto della RC per colpa si affermano similmente anche in quella relazione semi-istituzionalizzata che è il PACS<sup>497</sup>.

Tali orientamenti giurisprudenziali si allontanano sempre più dalle teorie che giustificavano una tutela *souple* del *partner* di fatto, appoggiandosi all'idea che l'instaurazione volontaria di un rapporto non coperto dal diritto implichi l'accettazione del rischio derivante dalle sorti del rapporto stesso<sup>498</sup>.

L'art. 1382 *cod. civ.* ha riscosso un notevole successo anche sul terreno delle relazioni coniugali, regolando il diritto matrimoniale al fine di moralizzare i comportamenti degli sposi.

---

<sup>496</sup> App. Paris, 14 febbraio 2003, in *Juris-Data*, n. 207349, ove una donna incinta abbandonata dal compagno non ha ottenuto il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.*, perché esercitava la professione di ingegnere da molti anni e dunque poteva provvedere da sola alle spese per il figlio; App. Aix-en-provence, 19 febbraio 2002, in *Juris-Data*, n. 184958, ove un concubino non è stato condannato al risarcimento del danno *ex art.* 1382 *cod. civ.* perché non percepiva un reddito regolare mentre, al contrario, la sua *partner* lavorava stabilmente come professoressa in un liceo.

<sup>497</sup>PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, *cit.*, 148.

<sup>498</sup> PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, *cit.*, 114.

L'obiettivo della sanzione imposta dalla clausola generale di RC è stato diversamente concepito a seconda del fatto che l'azione aquiliana fosse intentata indipendentemente da una domanda di divorzio, oppure in occasione della stessa.

Nel primo caso, la giurisprudenza ha ammesso con parsimonia la ricevibilità dell'art. 1382 *cod. civ.*, modulandola in funzione delle diverse concezioni del matrimonio nelle varie epoche<sup>499</sup>.

Questo contenzioso, infatti, nacque e si sviluppò tra il 1804 e il 1884 per fronteggiare l'assenza di una disciplina legislativa sul divorzio. Di fronte al rifiuto categorico del coniuge di accettare la separazione di fatto o d'intentare un'azione di divorzio per colpa, l'altro coniuge violava deliberatamente le obbligazioni nascenti dal matrimonio.

Così, per rimediare a questa situazione di crisi coniugale, il coniuge vittima della violazione intentava un'azione contro il coniuge colpevole sul fondamento dell'art. 1382 *cod. civ.*, al fine di rendere effettiva l'esecuzione delle obbligazioni matrimoniali<sup>500</sup>.

---

<sup>499</sup> La questione della ricevibilità della domanda di risarcimento in costanza di matrimonio fu volontariamente evitata dai redattori del *Code Napoléon*, i quali considerarono che *ces difficultés devaient être abandonnées aux mœurs de chaque époque*. V. LOCRE, *Législation civile*, t. IV, 396.

<sup>500</sup> Sotto l'impero della *loi* dell'8 maggio 1816 non esisteva ancora il concetto di *communauté de vie*, dunque le obbligazioni degli sposi si riducevano per la moglie ad un dovere di coabitare col marito, e per quest'ultimo ad un obbligo di protezione e mantenimento della sua sposa. Nella maggior parte dei casi, la violazione dell'obbligazione si concretizzava nell'assenza di coabitazione, pertanto per assicurare l'effettività del diritto il giudice doveva utilizzare misure coercitive affinché la moglie tornasse al domicilio coniugale. L'art. 1382 *cod. civ.* si rivelava spesso impotente a riavvicinare gli sposi e unicamente in grado di fondare una causa illegittima di arricchimento personale. Di conseguenza spesso esso non veniva applicato. V. App. Colmar, 4 gennaio 1817, in *S.*, 1818, 2, 123; App. Pau, 20 febbraio 1862, in *D. P.*, 1863, 2, 194, ove per rigettare la domanda di diritto comune il giudice rileva *qu'il serait immoral que le mari put trouver une occasion de lucre dans le refus de sa femme de cohabiter avec lui*. Affinché la clausola generale di RC fosse pienamente efficace essa avrebbe dovuto concretizzarsi in un'*astreinte* al fine di costringere il coniuge a ritornare sotto il tetto coniugale. In tal modo il risarcimento del danno avrebbe dovuto essere proporzionale ad ogni giorno di ritardo che la moglie faceva nel tornare a casa, identificando nel ritardo la causa del danno.



Con la reintroduzione del divorzio nel 1884 le azioni in RC non passarono di moda; tuttavia il loro obiettivo divenne quello di preservare la perennità del matrimonio. Fu solo nel 1965 che la Cassazione consacrò esplicitamente il principio di ricevibilità della RC nei rapporti coniugali, ritenendo «*qu'indépendamment du divorce ou de la séparation de corps et de leurs sanctions propres, l'époux qui invoque un préjudice étranger à celui résultant de la rupture du lien conjugal, est recevable à demander réparation à son conjoint, dans les conditions de droit commun*»<sup>501</sup>.

Sancendo il legame sussistente tra diritto di famiglia e diritto comune, la SC ha sfruttato l'illimitato campo d'applicazione del principio di RC per estenderlo nella fase propriamente detta di "esecuzione delle obbligazioni matrimoniali".

L'avvento di una concezione moderna del matrimonio cui fa da sfondo la liberalizzazione del divorzio<sup>502</sup>, ha rimesso in discussione la ricevibilità dell'azione in RC, questa volta propendendo in favore del suo rigetto<sup>503</sup>.

Il ragionamento adottato dai giudici per escludere l'applicazione dell'art. 1382 *cod. civ.* è conforme allo spirito della nuova legislazione

---

<sup>501</sup> Cass., 9 nov 1965, in *Bull. civ.*, I, 597, ove è stata cassata la sentenza della Corte d'appello di Parigi del 27 giugno 1963, in *JCP*, 1963, II, 13360. Il giudice di secondo grado aveva adottato un'interpretazione rigida dell'art. 1382 *cod. civ.* per rigettare l'intrusione del diritto comune nella gestione delle relazioni coniugali, affermando che «*le manquement aux obligations légales, qui résultent du mariage, a pour sanction la séparation de corps ou le divorce; la RC d'un conjoint à l'égard de l'autre, au cours de sa vie conjugale, ne peut être engagée que par un fait personnel étranger aux droits et devoirs qui résultent du mariage, [...] la réparation du dommage causé par un manquement fautif aux obligations légales qui s'inscrivent dans le cadre de l'institution matrimoniale ne peut être demandé que sur les fondements de l'art. 311 ou 301, après la séparation de corps ou le divorce; il suit de là que le conjoint qui souffre d'un tel manquement et s'abstient d'en provoquer la sanction adéquate en demandant la séparation de corps ou le divorce est irrecevable à prétendre à une réparation sous forme de dommages-intérêts*».

<sup>502</sup> La concezione moderna del matrimonio è nata nel momento in cui i tribunali hanno pronunciato *contra legem* il divorzio per mutuo consenso e si è rafforzata attraverso la riforma del 1975 tendente a liberalizzare l'accesso al divorzio e la successiva legge del 26 maggio 2004.

<sup>503</sup> E. DE LAGRANGE, *La crise de la famille, le législateur et le juge*, in *Etudes dédiés à Alex Weill*, Dalloz, Litec, 1983, 353.

familiare che, in fase di pendenza del matrimonio, cerca in ogni modo di far riconciliare i coniugi piuttosto che di rafforzare i reciproci rancori<sup>504</sup>.

Così, una giurisprudenza dissidente a quella della Cassazione ha affermato che un coniuge non può invocare la RC dell'altro per la mera violazione delle obbligazioni nascenti dal matrimonio se non si trova in pendenza di divorzio o separazione, senza sconvolgere le previsioni del legislatore<sup>505</sup>.

Va da sé che la riconciliazione in ambito matrimoniale è intimamente legata all'idea di "perdono" che, nel linguaggio della RC, si traduce nell'accettazione del danno.

Lo scopo di questa giurisprudenza sembra quello di preservare l'equilibrio familiare in un momento in cui la coppia non sente il bisogno di divorziare, probabilmente perché la violazione delle obbligazioni matrimoniali nel caso concreto non è così grave agli occhi del coniuge danneggiato. Se lo fosse, comunque, nemmeno una mera condanna ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* sarebbe da sola in grado di ristabilire l'equilibrio della coppia. Pertanto, anche se l'azione in RC durante il matrimonio è astrattamente ricevibile, essa va concepita solo come premessa di una procedura di divorzio. Una sentenza del 2002 ha confermato questa evidenza, considerando che «*les faits engageants la RC de leur auteur peuvent aussi constituer une cause de divorce*»<sup>506</sup>.

Queste riflessioni sull'applicazione della clausola generale di RC tra coniugi in pendenza di matrimonio si rivelano in fin dei conti più teoriche che pratiche, giacché, da un'analisi casistica, risulta che da più di

---

<sup>504</sup> L'art. 244 *cod. civ.* dimostra che la riconciliazione fa parte del linguaggio giuridico familiare. Essa produce degli effetti irreversibili, poiché, se interviene l'allegazione dei fatti da parte del coniuge che chiede il divorzio, impedisce di invocare tali fatti come causa di divorzio. V. anche l'art. 220-1 *cod. civ.*

<sup>505</sup> TGI Brest, 9 luglio 1974, in *D.*, 1975, 418, con nota di J. PRÉVAULT.

<sup>506</sup> Cass., 14 novembre 2002, in *Bull. civ.*, II, 256, 201, ove invero, il dibattito sulla ricevibilità dell'azione ai sensi del diritto comune indipendentemente da un domanda di divorzio era totalmente assente.

trent'anni non vengono risarciti dei danni derivanti dall'inesecuzione delle obbligazioni matrimoniali<sup>507</sup>.

La *ratio* di tale orientamento riposa sull'idea che sia contrario alla morale familiare che un coniuge, durante il matrimonio, possa sfruttare la colpa del *partner* per essere compensato delle mancanze altrui attraverso un risarcimento pecuniario; l'interesse sotteso all'attore sarebbe puramente vendicativo; e tale interesse sembra già pienamente soddisfatto dall'esperimento del divorzio per colpa.

Tutt'altra rilevanza ha assunto l'art. 1382 *cod. civ.* nel momento del divorzio, giacché la disposizione è stata utilizzata dalla giurisprudenza al fine di responsabilizzare i coniugi. La frequenza con cui è stata applicata è altresì aumentata in seguito all'oggettivizzazione del divorzio<sup>508</sup>, poiché lo strumento aquiliano è diventato l'unico mezzo giuridico per sanzionare a dovere *l'inexécution grave et dommageable* delle obbligazioni nascenti dal matrimonio che i coniugi si erano solennemente impegnati a rispettare<sup>509</sup>.

---

<sup>507</sup> L'ultima decisione che ha condannato un coniuge al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* per aver violato il dovere di *communauté de vie*, sembra essere quella della Corte d'appello di Aix-en-provence risalente al 22 giugno 1978, in *D.*, 1979, 192.

<sup>508</sup> Prima della riforma del 2004 il divorzio per colpa pronunciato *aux torts exclusifs* era accompagnato da diverse sanzioni, di cui la più penalizzante consisteva nell'impossibilità di ottenere una *prestation compensatoire*. I coniugi avevano dunque un interesse economico a battersi sul terreno della colpa. Oggi gli effetti del divorzio sono stati uniformati e, poiché il divorzio non ha più natura sanzionatoria, la logica dei suoi effetti si collega ad una mera responsabilità oggettiva. In altre parole, l'elargizione della *prestation compensatoire* non è più, in principio, dipendente da una *faute matrimoniale*. Il legislatore del 2004 tuttavia non è andato fino in fondo alla logica della neutralizzazione della colpa; lo dimostra una lettura attenta dell'art. 270, comma 3 *cod. civ.* anche se tale disposizione delimita assai il ruolo dell'equità, relegandolo alle "circostanze particolari della rottura". Nemmeno la riparazione del danno legato alla dissoluzione del matrimonio sembra dipendere dal concetto di colpa (art. 266 *cod. civ.*). Senza dirlo espressamente, il legislatore sembra aver introdotto una responsabilità oggettiva per rispondere all'obiettivo di protezione del coniuge psicologicamente più debole, o attaccato al rapporto di coppia. Tale soluzione è stata raccomandata nel caso di *divorce pour rupture de la vie commune* da D. GUITON, *Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce*, in *D.*, 1980, chron., 237.

<sup>509</sup> Le ipotesi maggiormente analizzate dalla giurisprudenza riguardano violenze fisiche o morali di cui un coniuge è artefice. Si spazia dall'adulterio (Cass., 22 marzo 2005, in *Bull. civ.*, I, 143), all'abbandono, alla diffamazione, al

L'applicazione dell'art. 1382 *cod. civ.* (e non dell'art. 1147 *cod. civ.*) rappresenta inoltre un indizio decisivo del tentativo di rigettare il fenomeno di contrattualizzazione del matrimonio, il quale era stato ultimamente avvalorato - a scapito del carattere istituzionale del matrimonio - dall'oggettivazione del divorzio. Fortunatamente la soggettività del divorzio è in parte sopravvissuta alla nuova ideologia del diritto di famiglia, giacché il divorzio per colpa è ancora presente nella disciplina codicistica, ad ulteriore riprova che il matrimonio ha natura istituzionale e l'impegno che esso richiede deve essere fonte di responsabilità<sup>510</sup>.

Per affinare l'analisi dell'ingresso della RC in tema di divorzio è utile procedere a datare l'avvento del fenomeno. E non appaia strano se esso coincide con il turno di tempo in cui la giurisprudenza ha modificato l'interpretazione dell'art. 301 dell'allora vigente *Code civil*, relativo alla *pension alimentaire* dovuta dal coniuge colpevole a quello innocente. Per tutto il XIX secolo il diritto comune non apparve mai sulla scena, dal momento che i tribunali inglobavano nella pensione alimentare tutti i danni conseguenti agli atti deprecabili del coniuge colpevole, in caso di separazione o divorzio<sup>511</sup>.

Da quando tale disposizione venne circoscritta alla riparazione dei danni derivanti dal divorzio, l'art. 1382 *cod. civ.* comparve nel contenzioso per sanzionare la violazione pregiudizievole delle obbligazioni

---

*mobbing* familiare (App. Paris, 30 aprile 2003, in *RTD civ.*, 2003, 486, ove, dopo cinquant'anni di matrimonio, umiliazioni continue e finalmente un abbandono, un marito è stato sanzionato con 12.000 euro), a qualsiasi tipo di comportamento oltraggioso.

<sup>510</sup> D. PERBEN, *Compte rendu intégral*, in *JO déb. Sénat*, Séance du 7 janv. 2004.

<sup>511</sup> App. Aix-en-provence, 18 gennaio 1841, in *D.*, 1842, 2, 241; Cass., 12 dicembre 1848, in *D.*, 1852, 5<sup>ème</sup> partie, V<sup>o</sup> aliments ; Cass., 5 gennaio 1891, in *D. P.*, 1893, I, 126.

matrimoniali<sup>512</sup>. Oggi i danni riparabili attraverso l'azione extracontrattuale sono di tutt'altro genere rispetto a quelli sanzionabili *ex art. 266 cod. civ.*<sup>513</sup>.

Tuttavia dottrina e giurisprudenza non sono mai state chiare nello stabilire se la *faute* civile invocabile ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* debba essere distinta dalla causa del divorzio. Nella maggior parte dei casi comunque la SC non si è opposta a sanzionare la *faute matrimoniale* sul fondamento del diritto comune della RC, decidendo che «*viole l'art. 1382 cod. civ., l'arrêt qui rejette la demande de dommages-intérêts fondée sur ce texte en retenant que les violences alléguées à l'encontre du mari s'inscrivent dans les griefs formulés au titre du divorce lui-même qui a été prononcé aux torts partagés et qu'il n'apparaît pas, dans ces conditions, que l'épouse justifie d'un préjudice distinct de celui résultant de la séparation, alors que les violences invoquées étaient à l'origine d'un préjudice distinct de celui résultant de la rupture de la vie commune*»<sup>514</sup>.

Tuttavia chi si attendeva che i giudici considerassero la *faute* dell'art. 1382 *cod. civ.* come una semplice violazione alle obbligazioni matrimoniali si sbagliava. La colpa qualificata dall'art. 242 *cod. civ.* ha avuto una certa influenza su quella della RC, sicché il linguaggio usato per caratterizzare le due diverse colpe è simile<sup>515</sup>. È la giurisprudenza ad averlo

---

<sup>512</sup> Cass., 2 luglio 1913, in *D. H.*, 1913, 75; Cass., 13 maggio 1924, in *D. H.*, 1924, 389; Cass., 21 giugno 1928, in *D.*, 1928, 1, 5; Cass., 29 marzo 1938, in *S.*, 1938, 1, 230.

<sup>513</sup> Cass., 12 giugno 1996, in *Bull. civ.*, II, 149, 90; Cass., 6 luglio 2005, in *Juris-Data*, n. 029336.

<sup>514</sup> Cass., 28 febbraio 1996, in *Bull. civ.*, II, 47, 29. Per degli es. più datati v. App. Paris, 23 marzo 1928, in *D. H.*, 1928, 325. Procedendo in questa direzione ci si chiede se l'art. 1382 *cod. civ.* non sia in fin dei conti un *éscamotage* attraverso cui reintrodurre una pronuncia di colpevolezza nella separazione, allorché il legislatore del 2004 ha cercato in tutti i modi di ridurre la frequenza del divorzio per colpa. In certi casi la Corte di legittimità ha addirittura incoraggiato tale attitudine del giudice di merito, rigettando una sentenza d'appello che aveva ritenuto l'adulterio come causa di divorzio senza ricercare se questa *faute* potesse aver originato un pregiudizio distinto da quello risultante dalla *rupture de la vie commune*. V. Cass., 25 aprile 2006, n. 05-16.062, in *Juris-Data*, n. 033234. Pertanto non basta più riconoscere la colpa ai fini di ottenere il divorzio; è necessario che la vittima ottenga da questa colpa anche un risarcimento.

<sup>515</sup> La riforma del 1975, nel modificare l'art. 242 *cod. civ.*, ha preteso che i fatti da cui scaturisse la causa del divorzio costituissero una *violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage*, fossero *imputables à l'un des conjoints* e rendessero *intolérable le maintien de la vie commune*.

ribadito, richiedendo che la colpa sanzionata ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* sia *caractérisée*<sup>516</sup>, o ancora rivesta un *caractère injurieux*<sup>517</sup>.

Ad esempio, in caso di adulterio, per mezzo della clausola generale di RC si è riparato un danno risultante dal suo carattere aggravato a causa delle modalità molto eclatanti e molto poco riservate con le quali era stato realizzato<sup>518</sup>.

Tale orientamento dimostra quanto l'art. 1382 *cod. civ.* sia stato condizionato dal contesto in cui è stato applicato, adattando la sua disciplina in funzione della soglia di tolleranza che esige la relazione familiare e che, per natura, è più alta rispetto a quella operante tra due estranei<sup>519</sup>.

Valorizzato con l'applicazione dell'art. 1382 *cod. civ.* al *divorce aux torts partagés*<sup>520</sup>, il riferimento alla gravità della colpa è ormai un dato di fatto conforme alla logica familiare e oggi, dopo la riforma del divorzio,

---

<sup>516</sup> App. Paris, 3 febbraio 2005, in *Juris-Data*, n. 263352, ove un marito è stato sanzionato per aver indotto la moglie al suicidio a causa della sua fuga con un'amica di famiglia e di un biglietto inviatole con suscritto "Buon compleanno vecchio sacco di patate!"

<sup>517</sup> App. Paris, 2 dicembre 2004, in *Juris-Data*, n. 263950.

<sup>518</sup> Trib. Mamers, 10 giugno 1954, in *D.*, 1954, 468; App. Pau, 6 settembre 2004, in *Juris-Data*, n. 263270; App. Chambéry, 25 maggio 2004, in *Juris-Data*, n. 252711; App. Orléans, 3 agosto 2004, in *Juris-Data*, n. 258444, ove il tradimento, da cui in seguito era nato un figlio, era stato consumato con la migliore amica della moglie.

<sup>519</sup> Già nel XIX secolo MARCADÉ, *Eléments du droit civil français ou explication méthodique du Code civil*, T. 1, III éd., 1847, 653, precisava che le *fautes facultatives de divorce* enunciate dall'art. 232 *cod. civ.* allora vigente dovessero caratterizzarsi per una determinata gravità, che solo i giudici potevano apprezzare, considerando parallelamente le circostanze di sesso, età, educazione, posizione sociale, [...] delle parti.

<sup>520</sup> Cass., 15 ottobre 1891, in *Bull. civ.*, II, 186, 120. V. anche Trib. Mamers, 10 giugno 1954, *cit.*, ove il giudice aveva constatato un reciproco tradimento dei coniugi e aveva pronunciato un *divorce aux torts réciproques*. Tuttavia, dato che i tradimenti erano stati commessi in circostanze ben differenti -quello della donna non era pubblico, mentre quello del marito era consumato con una collega-, il marito fu condannato ad un risarcimento di 50.000 Franchi ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.*, poiché in considerazione dei fatti di causa, il carattere oltraggioso del suo comportamento aveva causato un danno indipendente da quello derivante dalle rottura del matrimonio. Da questa decisione isolata ma inequivoca si evince che la clausola generale di RC funzionava, come accade tuttora, sulle modalità della regola posta dall'art. 242 *cod. civ.*

rimedia alla neutralità del divorzio stesso, contribuendo a preservare il rispetto di una certa moralità in costanza del matrimonio.

Invero, dalle decisioni dei giudici, si evince che questa funzione di moralizzazione dei comportamenti è in aumento. Ad esempio, in un caso in cui il giudice avrebbe dovuto respingere le domande di risarcimento di entrambi i coniugi per il fatto che il danno morale che si erano reciprocamente inflitti era della stessa intensità (segnatamente il marito denunciava le calunnie della moglie, la quale, a sua volta agiva contro la condotta equivoca del *partner* che lasciava intendere di avere una relazione omosessuale), ognuno è stato riconosciuto debitore e creditore di una somma di 3.000 euro nei confronti dell'altro<sup>521</sup>.

Evitando di neutralizzare le responsabilità che apparteneva ad ogni coniuge per metà, i giudici hanno analizzato la questione nell'ottica della condotta colposa e non del danno subito<sup>522</sup>.

Così facendo, come ha chiarito anche Georges Ripert<sup>523</sup>, i giudici sono stati in grado di superare un ulteriore problema, segnatamente quello relativo alle incertezze legate ai criteri di quantificazione del danno derivante dalle violazioni matrimoniali che normalmente è di carattere morale e dunque è di difficile valutazione in termini pecuniari. Solo così il coniuge colpevole viene raggiunto effettivamente dalla sanzione, la quale pesa sul suo patrimonio in modo proporzionale alla gravità della colpa<sup>524</sup>.

---

<sup>521</sup> App. Paris, 12 maggio 2004, in *Juris-Data*, n. 241210.

<sup>522</sup> Sempre nel quadro del *divorce aux torts partagés* la Corte d'appello di Parigi (8 settembre 2005, in *Juris-Data*, n. 281707) in assenza di una domanda specifica di risarcimento da parte della moglie, è chiaramente ricorsa ad una condanna simbolica di un euro ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* per riparare al danno subito da un coniuge. Con quest'euro simbolico i giudici hanno voluto ricordare al marito che il suo comportamento (violenze fisiche ripetute nei confronti della moglie) era tanto oltraggioso quanto quello della moglie (colpevole di aver fatto scenate presso l'esercizio commerciale del marito, nonché di *mobbing* coniugale telefonico ed epistolare).

<sup>523</sup> RIPERT, nota a Cass., 21 giugno 1927, in *D.*, 1928, 1, 5. Il famoso giurista è stato l'unico ad aver chiarito il ruolo dell'art. 1382 *cod. civ.* in tema di divorzio.

<sup>524</sup> PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, *cit.*, 195. L'unica critica che si può rivolgere ai giudici in tema di risarcimento del danno riguarda il disinteresse nei confronti del patrimonio del danneggiante in fase di liquidazione. Il mero riferimento alla gravità della condotta non è infatti



Anche oggi, dopo la liberalizzazione del divorzio, la funzione di pena privata dell'art. 1382 *cod. civ.* pare evidente e i giudici hanno sempre meno remore a nascondere il ricorso a questa tecnica moralizzatrice in materia di divorzio<sup>525</sup>. La legittimità dell'applicazione dell'art. 1382 *cod. civ.* per riparare le conseguenze legate alla *faute conjugale* è stata riconosciuta anche nei lavori preparatori della legge del 26 maggio 2004<sup>526</sup>.

La diffusione della RC per colpa è un fenomeno comune anche al terreno dell'*autorité parentale*. Applicato più frequentemente in seguito alla riforma destitutiva del regime della *puissance paternelle*, l'art. 1382 *cod. civ.* protegge *in primis* il principio normativo di cogenitorialità consacrato dalla legge del 4 marzo 2002. La funzione regolativa della RC per colpa tende ad assicurare l'effettività delle relazioni genitori-figli, rivelandosi in ultima istanza funzionale alla volontà di moralizzare i comportamenti dei genitori, sia nel loro reciproco rapporto, sia nei confronti dei figli.

Nel primo caso il genitore può invocare una responsabilità di tipo orizzontale, al fine di rimediare alle interferenze nel funzionamento

---

sufficiente a determinare un *quantum* risarcitorio in grado di far percepire al danneggiante il carattere afflittivo del risarcimento.

<sup>525</sup> App. Bourges, 4 aprile 1928, in *D. H.*, 1928, 329, ove, in deroga al principio di riparazione integrale del danno secondo cui la colpa non incide sulla riparazione, il giudice ha espressamente affermato che la sanzione dev'essere proporzionata alla gravità della colpa e all'importanza del pregiudizio; App. Toulouse, 16 novembre 2004, in *Juris-Data*, n. 264572, ove la motivazione del giudice ha solamente suggerito il ricorso alla pena privata per denunciare la violazione grave da parte del marito del suo dovere di assistenza, allorché la moglie, dopo tredici anni di matrimonio, era diventata handicappata in seguito ad un incidente vascolare cerebrale. I giudici hanno evidenziato che la donna, isolata dal marito, era stata costretta ad abbandonare il domicilio coniugale e che il marito, oltre a non aver effettuato alcun adattamento in casa per rendere meno pericolosi gli spostamenti della moglie, non l'aveva soccorsa e le aveva impedito i contatti col mondo esterno. Coincidendo come sempre con la *faute* causa di divorzio, la *faute civile* è stata severamente sanzionata con 9.000 euro di risarcimento per il danno morale. Ad esso si è oltretutto aggiunto il risarcimento di 7.000 euro per riparare il danno derivante dalla dissoluzione del matrimonio ai sensi dell'art. 266 *cod. civ.*

<sup>526</sup> PERBEN, *Compte rendu intégral, cit.*, 48, ove pare che la riflessione del Guarda Sigilli sia un'eco della costituzionalizzazione dell'art. 1382 *cod. civ.* avvenuta durante l'apprezzamento della legittimità costituzionale della legge sui PACS del 1999.

dell'esercizio congiunto dell'*autorité parentale*<sup>527</sup>. La tutela risarcitoria resta subordinata al superamento di una soglia di tolleranza parametrata sulla gravità dell'atto genitoriale e di conseguenza sulla sua intrinseca capacità di ledere gli interessi del figlio.

Un caso permette di esemplificare il discorso. La Corte d'appello di Nancy deve valutare la domanda risarcitoria spiegata dalla madre nei confronti del padre che aveva deciso unilateralmente di portare il figlio di quattro anni a tagliare i lunghi capelli. La corte ritiene che il comportamento del padre non possa considerarsi colposo, rilevando come il genitore non avesse agito con la maliziosa intenzione di calpestare l'*autorité parentale* della madre, ma anzi di esercitare in modo ordinario le prerogative spettantegli, discendenti dall'*autorité* medesima<sup>528</sup>. La decisione pare invero armonizzarsi con la normativa familiare, la quale permette ad un genitore di prendere unilateralmente le decisioni inerenti al figlio qualora esse siano relative ad *actes usuels*, mentre richiede il consenso di entrambi in caso di "atti non usuali", ovvero di decisioni di particolare rilievo per l'interesse del figlio minore.

Diversamente, la Cassazione ha sanzionato con lo strumento aquiliano un padre che aveva fatto circoncidere il figlio in occasione di un soggiorno in Marocco, senza il consenso materno e in spregio a un divieto giudiziario di uscire dal territorio francese col bambino<sup>529</sup>. È palese in questa decisione la volontà dei giudici di sanzionare il mancato rispetto delle regole concernenti l'esercizio in comune dell'*autorité parentale*.

In caso di violazione da parte del genitore del dovere di rispettare i legami del bambino con l'altro genitore, o similmente, ove il genitore che ha il monopolio dell'*autorité parentale* frapponga ostacoli ingiustificati al diritto di visita del genitore che ne è privo, le corti hanno applicato la clausola generale di RC in quanto essa costituisce una misura che l'art.

---

<sup>527</sup> A. GUINERET-BROBBEL DORSMAN-S. SIRE, *Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale*, in *Petites affiches*, 31 marzo 2003, n. 64, 5.

<sup>528</sup> App. Nancy, 5 ottobre 1998, in *Juris-Data*, n. 056212.

<sup>529</sup> Cass., 17 dicembre 1998, in *JRPF*, aprile 1999, 125.

373-2-6, comma 2 *cod. civ.* consente al giudice di prendere per garantire effettività ai legami del genitore col figlio<sup>530</sup>.

L'utilità di sanzionare il danneggiante ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* è però ancor più evidente se si considera la limitatezza degli strumenti con cui il diritto di famiglia regola le relazioni parentali orizzontali: non esiste alcuna sanzione giuridica per far fronte alla violazione dei doveri reciproci tra genitori. Così, i giudici parigini hanno condannato ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* una madre per aver escluso il padre dall'esercizio dell'*autorité parentale*, omettendo volontariamente di menzionare il nome del marito in occasione della dichiarazione di nascita (il quale era pertanto stato obbligato a far ristabilire la paternità) e impedendogli di intrattenere rapporti con la figlia. La quantificazione nominale del danno in un solo euro rende in questo caso evidente che la corte abbia voluto rilevare il comportamento contrario alla cogenitorialità, senza tuttavia sanzionarlo sul piano concreto<sup>531</sup>.

In altre occasioni la giurisprudenza ha dimostrato che l'applicazione della clausola generale di RC non è sempre in grado di sanzionare a dovere la condotta riprovevole del genitore. È per questo che si è affiancato alla RC uno strumento già ben noto al diritto francese e capace di assicurare maggiormente l'effettività del diritto: *l'astreinte*. In tal modo è stato risolto un caso relativo al rifiuto volontario di una madre di lasciare che il padre vedesse la figlia<sup>532</sup>.

Invero una sanzione così invasiva era giustificata dalla gravità della condotta materna, la quale non impediva semplicemente i contatti tra padre e figlia, ma si rifiutava di eseguire la decisione giudiziale che già in precedenza aveva fissato un diritto di visita mediato dai servizi sociali. La sentenza ha inflitto alla madre un'*astreinte* di 500 euro per ogni suo rifiuto di presentare la figlia al padre, nonché un risarcimento di 1.500 euro per il

---

<sup>530</sup> L'art. 373-2-6, comma 2 *cod. civ.*, dispone che «*Le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents*». Per approfondimenti v. PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, cit., 212.

<sup>531</sup> App. Paris, 3 febbraio 2005, in *Juris-Data*, n. 266697.

<sup>532</sup> App. Grenoble, 21 giugno 2004, n. 586, *inedita*.

danno morale subito dal padre, il tempo perso e le spese effettuate a causa del precedente processo e dei viaggi fatti per vedere la figlia.

La logica interna all'*autorité parentale* richiama l'attenzione sui doveri dei genitori verso i figli, piuttosto che sui corrispondenti diritti<sup>533</sup>. Lo strumento aquiliano serve a sanzionare l'inesecuzione di tali doveri (RC di tipo verticale), sanzionando la *faute* del genitore, mentre gli strumenti predisposti dal diritto di famiglia sono esclusivamente finalizzati alla protezione del minore<sup>534</sup>.

La RC va però utilizzata con *souplesse* affinché si armonizzi col diritto dell'*autorité parentale*. La giurisprudenza anche in questo caso ha ritenuto che la gravità della condotta fosse l'unico criterio discrezionale tra ciò che è sanzionabile e ciò che va tollerato, insistendo sul fatto che nelle relazioni intrise di sentimenti non è possibile utilizzare l'art. 1382 *cod. civ.* come se i litiganti fossero due estranei.

Così, tra tanti casi, la giurisprudenza ha sanzionato la violazione del diritto di visita<sup>535</sup>, i palpeggiamenti di un padre nei confronti della figlia<sup>536</sup> e la circoncisione fatta eseguire sul figlio senza il suo consenso<sup>537</sup>.

---

<sup>533</sup> La logica dell'istituzione parentale è stata totalmente modificata con la riforma del 1970 che ha puntato a privilegiare l'interesse del bambino rispetto alle prerogative dei genitori. Se l'antica *puissance paternelle* affermava i diritti dei genitori sui i figli, la novella *autorité parentale* pone l'accento sui corrispondenti doveri. La *faute civile* rintracciabile nell'illecito del genitore non va più identificata con l'abuso di un diritto soggettivo, bensì con la violazione di un vero e proprio obbligo imposto al genitore. Per ulteriori approfondimenti v. PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, cit., 224 ss.

<sup>534</sup> Le misure di assistenza educativa, la delega ad un terzo dell'*autorité parentale* e il suo ritiro sono meccanismi tesi alla mera salvaguardia degli interessi del bambino e vengono utilizzati in funzione del grado di pericolo incorso da quest'ultimo a causa del comportamento del genitore.

<sup>535</sup> TGI Poitiers, 15 novembre 1999, in *Juris-Data*, n. 144127, ove un padre è stato condannato a risarcire il figlio per aver violato l'obbligo di fargli visita e, di conseguenza, per aver messo a repentaglio lo sviluppo e l'equilibrio del bambino. Il fondamento di tale decisione si rinviene tanto nella gravità quanto nella natura pregiudizievole della condotta paterna.

<sup>536</sup> TGI Nanterre, 31 maggio 1991, in *Juris-Data*, n. 603315, ove un padre è stato sanzionato ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* per aver violato i doveri inerenti all'esercizio dell'*autorité parentale*. In particolare, accarezzando in maniera erotica la figlia ad un'età in cui era particolarmente vulnerabile, il convenuto aveva violato il dovere di proteggere la salute e la sicurezza della figlia.

Se il discorso fin qui affrontato va riferito esclusivamente al rapporto tra genitori e minori, non si può tacere dell'angusto, ma importantissimo spazio di tutela riservato dalla giurisprudenza ai maggiorenni e cristallizzato dal legislatore nel 2002. Estendendo l'obbligo di mantenimento ed educazione del figlio anche ai maggiorenni, l'art. 731-2 *cod. civ.* ha permesso ai giudici di accogliere le domande di risarcimento danni subiti da figli maggiorenni ad opera dei genitori. La sorte dell'obbligazione di mantenimento ed educazione *post-minorité* ha invero scatenato un grosso dibattito nella società<sup>538</sup>, giacché tale norma è stata spesso impiegata in modo eccessivo dai giovani, determinando così l'esito paradossale di fomentare i conflitti endofamiliari<sup>539</sup>. Di sicuro,

---

<sup>537</sup> App. Paris, 29 settembre 2000, in *D.*, 2001, 1585., ove gli interpreti, in assenza di un'esplicita motivazione della Corte circa il fondamento della RC, hanno ritenuto che la sanzione non avesse lo scopo di colpire la scelta educativa del padre -giacché sono i genitori che scelgono il tipo di religione da insegnare al figlio-, bensì l'infrazione di un segno corporeo irreversibile in mancanza di assenso del danneggiato. Con tale sentenza oltretutto i giudici hanno svolto un'attività essenzialmente novativa, illustrando preventivamente i doveri parentali del nuovo art. 371-1 *cod. civ.*, nato con la legge del 26 maggio 2004; si fa qui riferimento al dovere di proteggere il bambino quanto al rispetto della sua persona e all'obbligo di considerare il suo parere al momento di effettuare delle scelte che lo riguardano, tenendone presente l'età e il grado di maturità.

<sup>538</sup> Eloquente in tal senso il film *Tanguy* (Francia, 2001) di Etienne Chantillez, la cui sinossi cattura perfettamente il problema di cui stiamo parlando: "nato con quasi due settimane di ritardo, Tanguy (Eric Berger) dopo ventotto anni, una laurea in filosofia e una seconda in arrivo in lingue orientali, non ha nessuna intenzione di andare via da casa, dove vive ancora con gli accondiscendenti genitori. In realtà la madre Edith (Sabine Azéma) non lo può più vedere e per questo va in analisi, e il padre Paul (André Dussolier) non lo sopporta ma crede di fare un piacere alla moglie tenendolo in casa. Ma quando Tanguy riferisce ai propri genitori che la sua tesi salterà di un altro anno e di conseguenza anche il suo trasferimento a Pechino, questi, esausti, elaboreranno piani diabolici per riuscire a farlo andare via di casa. Inizialmente ci riusciranno, ma quando Tanguy chiederà di ritornare, i genitori si rifiuteranno e lui gli farà causa, vincendola (in rete: <http://www.cinefile.biz/tanguy.htm>).

<sup>539</sup> J. BOYER, *Sénat*, n. 447, registrato alla Presidenza del Senato in data 20 settembre 2000, ove, durante un dibattito parlamentare relativo alla proposta di legge tendente a modificare l'art. 203 *cod. civ.*, un senatore è stato offeso a causa della frequenza con cui gli studenti non beneficiari delle borse di studio statali utilizzavano tale disposizione per ottenere un aiuto economico dai genitori. La stampa ha fatto da eco a questo fenomeno, pubblicando nel gennaio 2000 testimonianze di studenti che affermavano di essere stati incitati ad agire in

denunciando la *défaillance parentale*, l'art. 1382 *cod. civ.* rivela la crisi in cui versa la famiglia moderna.

La ricezione dell'art. 1382 *cod. civ.* nell'ambito familiare si è dimostrata particolarmente effettiva nei casi in cui si è voluto sanzionare un comportamento colposo del familiare legato alla trasgressione di un dovere preesistente. La RC ha così rinforzato l'imperativo familiare, regolando le norme di comportamento prescritte dal diritto di famiglia in modo del tutto coerente con l'evoluzione della legislazione e della sociologia familiare.

In fondo è questo adattamento del diritto comune alla logica del diritto di famiglia che legittima il suo recepimento nei contenziosi endofamiliari. Così facendo, il principio della colpa non assorbe le regole giusfamiliari, ma sono piuttosto queste ultime ad assimilare tale principio, modulandolo in funzione delle loro peculiarità.

### **3.3.2.2. La riparazione del danno endofamiliare**

Se nel XIX secolo il riscontro della colpa era il caposaldo ineliminabile di ogni azione risarcitoria, oggi i postulati della RC transalpina si sono modificati, indebolendo questo ruolo e attribuendo sempre maggior rilievo all'elemento del danno. Anche nel contesto della responsabilità endofamiliare può osservarsi come i giudici abbiano progressivamente applicato la clausola generale di RC anche in assenza del riscontro di una colpa da parte del danneggiante, intesa quale comportamento posto in violazione di un dovere o di un obbligo familiare sancito dalla legge.

Un esempio eloquente è dato dal modo in cui le corti francesi hanno gestito la RC in ambito familiare con riferimento al bilanciamento fra il valore della libertà sentimentale e il dovere di fedeltà coniugale. Sancendo l'inopponibilità del dovere di fedeltà degli sposi nei confronti di

---

giustizia contro i genitori ai sensi dell'art. 203 *cod. civ.* da parte dei funzionari dei *Centres régionaux d'oeuvres universitaires et sociales* (CROUS).

terzi, la *Cassation* ha indirettamente riaffermato che il valore della libertà individuale prevale sul valore istituzionale del matrimonio<sup>540</sup>.

Ma la giurisprudenza è andata ben oltre, giungendo ad offrire protezione giuridica al *concubinage adulterin*. Una corte di merito ha infatti condannato il marito fedifrago a risarcire i danni cagionati alla sua amante per averle fatto credere che l'avrebbe sposata e successivamente aver provocato la rottura del loro legame a causa della propria incapacità a lasciare la moglie<sup>541</sup>. Una decisione del genere giunge dunque implicitamente a negare che un rapporto extraconiugale possa interferire con la buona esecuzione dell'unione matrimoniale.

Un altro esempio può offrirsi con riferimento al c.d. *accouchement sous x*, che è un diritto discrezionale riconosciuto dalla legge in base al quale la madre ha la possibilità di mantenere l'anonimato al momento del parto, impedendo al figlio di ottenere lo status di figlio riconosciuto<sup>542</sup>.

Il parto anonimo non ha teoricamente alcuna incidenza sotto il profilo della possibilità che il nato ha di ottenere il riconoscimento della filiazione paterna, ma nei fatti rende difficile determinare questo legame, nella misura in cui l'identificazione del padre del bimbo è resa assai difficoltosa dall'anonimato riconosciuto alla madre.

---

<sup>540</sup> Per Cass., 4 maggio 2000, in *JCP*, 2000, II, 10356, con nota di GARÉ, la seduzione di una donna sposata non costituisce più, in sé considerata, un fatto di per sé colposo ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.*, richiedendosi al coniuge tradito la capacità di provare la specifica volontà di nuocere al coniuge tradito mediante la seduzione.

<sup>541</sup> TI Epernay, 15 ottobre 1999, in *Dr. fam.*, 1999, 8, ove in seguito a una relazione extraconiugale di tre anni da cui erano nati un figlio e un progetto di matrimonio caratterizzato dai preparativi a da un annuncio agli amici, il giudice ha condannato a 10.000 euro di risarcimento lo sposo fedifrago, avendo ravvisato una colpa nell'aver "*sciemment entretenu, aussi longtemps qu'il avait été possible, la croyance qu'il était en capacité de se marier*" e all'ultimo momento avendo fatto naufragare il rapporto a causa del mancato divorzio dalla moglie.

<sup>542</sup> *L'accouchement sous x* è una pratica risalente all'epoca di S. Vincenzo di Paolo. Per evitare l'infanticidio la Chiesa organizzò l'abbandono anonimo dei bambini. Dal 1804 esso fu autorizzato da diversi testi legali. Sulla storia dell'*accouchement sous x* cfr. C. NEIRINCK, *L'accouchement sous x: le fait et le droit*, in *JCP G*, 1996, I, 3922. L'innovazione apportata dalla legge dell'8 gennaio 1993 è relativa alle conseguenze di tale parto rispetto allo stabilimento del legame di filiazione. Il parto anonimo non è più un ostacolo probatorio al successo dell'azione in ricerca di maternità. V. artt. 325 e 326 *cod. civ.*



Benché la dottrina abbia criticato *l'accouchement sous x* considerandolo un diritto che di fatto espropria il padre della possibilità di far valere la sua condizione di fronte al diritto, raramente ci si è interrogati sulla posizione che in tale circostanza può assumere il comportamento della madre nel conflitto con l'interesse coltivabile dal padre naturale<sup>543</sup>. Ci si può chiedere se, rispetto alla vanificazione di questo interesse la decisione di far valere il proprio diritto all'anonimizzazione del parto da parte della madre possa essere analizzata in termini di *faute civile*<sup>544</sup>.

La tesi affermativa sembra poggiare su due argomenti.

Da una parte la volontà della madre di impedire al padre il riconoscimento del figlio non è conforme alla logica dell'istituto in questione, il quale fu invece previsto per rimediare a casi di incesto o violenza sessuale e prevenire dunque l'infanticidio, o similmente per tutelare la madre nel caso in cui il padre non volesse assumersi la paternità<sup>545</sup>. Fuori da queste ipotesi estreme bisogna quindi riconoscere che il parto anonimo priva il padre dei suoi diritti.

Dall'altra la giurisprudenza ha già avuto modo di vendicare il doppio danno - al padre e al figlio - che può discendere dalla volontà materna di escludere il padre biologico dalla vita del figlio<sup>546</sup>.

---

<sup>543</sup> MASSIP, nota a TGI Nancy, 16 maggio 2003, in *JCP G*, 2004, II, 10036, ove si afferma che gli artt. 341 e 341-1 *cod. civ.* (oggi artt. 325 e 326 *cod. civ.*), introdotti dalla riforma dell'8 gennaio 1993 recano delle conseguenze nefaste e dovrebbero essere modificati. È inammissibile che il bambino sia una specie di "cosa" della madre e che la sola volontà di quest'ultima privi il padre dei suoi diritti. Della stessa idea è anche F. MONEGER, *Pauvres pères*, in *Mélanges Alfandari*, Dalloz, 1999, 422-423.

<sup>544</sup> PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, *cit.*, 261 ss.

<sup>545</sup> S. AUBIN, *Les droits du père face à l'accouchement anonyme*, in *Petites Affiches*, 20 mars 2003, doct., n. 57, 6.

<sup>546</sup> Cass., 7 aprile 2006, in *D.*, 2006, IR, 1065, obs. GALLMEISTER. Si tratta del noto *affaire Benjamin*, ove la questione da risolvere era quella di sapere se il riconoscimento prenatale da parte del padre poteva impedire una procedura d'adozione in un caso in cui il bimbo era stato identificato dal padre biologico posteriormente all'affido in vista dell'adozione, ma anteriormente al consenso dato all'adozione dal *Conseil de famille*. Il caso era ulteriormente complicato da un vizio procedurale commesso dalle autorità, giacché cronologicamente il consenso all'adozione, non essendo stabilito il legame di filiazione del bambino, dovrebbe

Questa soluzione potrebbe indurre a riconoscere al figlio il diritto di conoscere il padre, con la conseguenza di far sì che attraverso l'art. 1382 *cod. civ.* il giudice possa condannare la madre che abbia esercitato un diritto che pure la legge le riconosce, anche se a questo estremo la giurisprudenza non sembra essere ancora giunta<sup>547</sup>.

Al contrario, sono numerosi i casi in cui giudici hanno condannato un padre per aver riconosciuto e successivamente disconosciuto il figlio. In questo caso rileva il fatto che l'art. 1382 *cod. civ.* interagisce con una norma giuridica che non dispone un comportamento in termini di doverosità od obbligatorietà, ma che sembra tollerare una data condotta. In parole più chiare e concedendosi qualche libertà concettuale, si tratta di casi in cui la condotta del danneggiante non è conforme alla norma, ma la norma non prevede una sanzione. In casi del genere il danno causato da quella determinata condotta manca di una regola specifica che ne disciplina le conseguenze, lasciando tale compito alla clausola generale di cui all'art. 1382 *cod. civ.*

Una disposizione di tale fatta la si ritrova nell'ambito della filiazione, laddove è permessa, seppur entro determinati termini, la contestazione di paternità. Il riconoscimento volontario di paternità è una modalità per stabilire e provare il legame di filiazione, indipendentemente dall'esistenza di un legame biologico<sup>548</sup>.

---

precedere l'affidamento in vista dell'adozione. Nel caso di specie il diritto del padre alla restituzione del figlio doveva conciliarsi con quello della madre all'anonimato e quello della famiglia d'adozione. La SC ha accolto la domanda di restituzione del figlio da parte del padre, ritenendo che il riconoscimento prenatale aveva stabilito la filiazione paterna del figlio con effetto dal giorno della nascita, con la conseguenza di impedire che il *Conseil de famille* potesse validamente approvare l'adozione.

<sup>547</sup> MURAT, nota a Cass., 7 aprile 2006, in *Dr. fam.*, giugno 2006, comm. 124, ritiene che la soluzione accolta dalla sentenza discenda dal riconoscimento di un principio che è connaturato all'istituto dell'adozione, ovvero che una nuova famiglia adottiva non può costruirsi sulla violazione dei diritti fondamentali della famiglia d'origine. Ammettere che la procedura d'adozione prevalga sulla rivendicazione iniziale degli autori del bambino per una ragione indipendente dalla volontà del genitore biologico, significherebbe sconfiggere la regola fondamentale secondo cui le ragioni di tutela della famiglia d'origine sono preminenti, mentre l'adozione resta solo sussidiaria.

<sup>548</sup> Artt. 310-1 e 310-3 *cod. civ.*, inseriti con l'*ordonnance* del 4 luglio 2005.

L'importanza concessa dal legislatore alla volontà, determina però il rischio di poter consacrare legami di filiazione che non corrispondano alla verità materiale, soprattutto perché tale volontà si esprime istantaneamente. In tale caso la menzogna potrebbe rivelarsi dannosa per il figlio, ma non per questo colposa, dunque sanzionabile. Il pericolo maggiore potrebbe sorgere in caso di contestazione paterna della dichiarazione menzognera, pericolo accresciuto dall'esistenza di una nuova disciplina sul possesso di stato<sup>549</sup>.

Per responsabilizzare l'autore del riconoscimento menzognero, in teoria sarebbe stato possibile impedire a quest'ultimo di agire in contestazione, al prezzo però di accettare che la falsità delle cose prevalga sulla realtà. È per questo che, in presenza di un dispositivo legale che deresponsabilizza l'autore della dichiarazione di paternità, la RC è intervenuta per conciliare le contrapposte situazioni soggettive in gioco nella fattispecie, riparando il pregiudizio del figlio pur in assenza di una *faute civile* del danneggiante<sup>550</sup>.

---

<sup>549</sup> Il possesso di stato è una modalità singolare di stabilimento del legame di filiazione la cui sussistenza è ritenuta previa esistenza di meri elementi di fatto: trattamento alla stregua di un rapporto genitore-figlio, mantenimento, istruzione ed educazione, riconoscimento in pubblico del legame di filiazione, uso del cognome dei presunti genitori. In caso di dissociazione tra possesso di stato e verità biologica, la legge protegge il legame di filiazione vissuto in se stesso, giacché stima che i legami socio-affettivi meritino maggior protezione e che il figlio e la famiglia non debbano essere scossi da una ricerca intempestiva della verità biologica. La verità sociologica può dunque, in determinate condizioni, impedire la rivelazione della verità biologica. *L'ordonnance* del 4 luglio 2005 ha liberalizzato l'accesso alla verità biologica, mentre la protezione dell'autonomia del possesso di stato si è accentuata (perché è stato abbassato a cinque anni il termine entro cui, in presenza del possesso di stato, è possibile chiedere una perizia biologica). Il termine di cinque anni è un termine di riflessione per i genitori. Il legislatore considera che durante questo periodo il possesso di stato non sia sufficiente per creare un legame di filiazione se essa non coincide con la verità biologica. V. MURAT, *L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état*, in *Dr. fam.*, janvier, 2006, 5.

<sup>550</sup> Non stupisce che TERRE-FENUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, in *Dalloz*, VII éd., 2005, n. 384, 778, abbiano definito il risarcimento concesso al figlio in termini di «*palliatif, pis-aller pour rétablir l'équité en raison de ce que l'on doit considérer comme une carence législative*».

Per donare fondamento teorico dell'obbligazione di riparare il danno, dottrina e giurisprudenza hanno fatto ricorso alla teoria del rischio creato<sup>551</sup>. A partire da un caso del 1987, la Cassazione ha ritenuto la responsabilità di un padre per aver riconosciuto e successivamente disconosciuto il figlio della compagna, che sapeva essere non suo, e che tuttavia aveva allevato e mantenuto per anni<sup>552</sup>.

La novità di tale sentenza sta nell'aver condannato il padre in assenza di fatto colposo, ma semplicemente per l'esistenza di un oggettivo fatto generatore di RC - il disconoscimento -. Ciò che oggi si rimprovera al padre non è tanto la menzogna (la quale è tollerata perché consente al bambino la creazione di un rapporto padre-figlio), ma la distruzione del legame di filiazione. Ecco perché quando l'annullamento della filiazione è richiesto e ottenuto da un terzo la giurisprudenza si rifiuta di condannare l'autore della dichiarazione menzognera<sup>553</sup>.

---

<sup>551</sup> Il ricorso alla teoria del rischio è servita a permettere la riparazione di un danno in assenza dell'elemento della colpevolezza, giacché l'assimilazione dell'azione di contestazione di paternità dell'autore della dichiarazione menzognera a una colpa *ex art. 1382 cod. civ.* è neutralizzata dalla facoltà del dichiarante di contestare il suo riconoscimento. Se il riconoscimento menzognero non costituisce una colpa, allora si può dire che fa assumere sul suo autore il rischio delle conseguenze fastidiose che il suo annullamento può determinare nei confronti del figlio.

<sup>552</sup> Cass., 21 luglio 1987, in *Bull. civ.*, I, 246, ove la Corte non menziona né l'art. 1382 *cod. civ.*, né l'art. 1147 *cod. civ.* per fondare la RC del convenuto. Per più di un secolo e fino a questa sentenza i giudici hanno concesso al figlio, il cui legame di filiazione era annientato retroattivamente da chi si pretendeva essere il padre, il diritto alla riparazione ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* Il carattere menzognero della dichiarazione, di per sé proibito dalla legge, costituiva dunque una *faute delictuelle*. V. Trib. Seine, 14 marzo 1922, in *Gaz. Pal.*, 1922, 1. Table V° Responsabilité civile, n. 33, 113; Trib. Nice, 13 novembre 1922, in *Gaz. Pal.*, 1922, 2, 647; Trib. Bordeaux, 12 gennaio 1954, in *Gaz. Pal.*, 1954, 1, 170; Cass., 12 febbraio 1960, in *Bull. civ.*, 120; Cass., 4 marzo 1981, in *Bull. civ.*, 81. L'evoluzione del diritto della filiazione ha capovolto questa soluzione. Poiché tiene conto della verità affettiva, la regola di diritto di famiglia tollera il riconoscimento menzognero.

<sup>553</sup> Cass., 16 giugno 1998, in *Bull. civ.*, I, 125, ove è stato approvato il rifiuto dei giudici di ammettere la RC del padre menzognero nell'ipotesi in cui l'azione di contestazione di paternità era stata a buon diritto esercitata da un terzo. Non avendo originato l'istanza in merito alla quale era stato annullato il legame di filiazione, il padre fittizio non poteva essere condannato al risarcimento

In questo contesto il fatto generatore di RC si traduce in un fatto oggettivo che dà automaticamente diritto alla riparazione allorché sia provata l'esistenza di un danno per il figlio. In altre parole, il fatto generatore rileva nella sua sola dimensione causale e la RC in capo al padre è giustificata dall'esistenza di un potere di fatto che egli aveva sul rischio del danno<sup>554</sup>.

Rispetto all'equità, il comportamento del genitore putativo è intollerabile, perché distrugge una relazione familiare a cui il bambino credeva. La moralità cui va contro tale comportamento diventa l'espressione di una nuova percezione della relazione parentale. La responsabilità-riparazione, quale riflesso della nuova "etica della responsabilità"<sup>555</sup>, si riduce nelle relazioni familiari ad una responsabilità d'equità, giacché il rischio, invece di essere ripartito tra i membri di una collettività, viene sopportato dal solo autore del danno<sup>556</sup>.

Di fronte a siffatta situazione, la riparazione ha la meglio sulla responsabilità<sup>557</sup>. Tuttavia è proprio grazie al fatto che l'onere risarcitorio

---

perché non aveva violato il suo impegno a provvedere, come un padre, ai bisogni del figlio. Oggi la giurisprudenza considera come fatto colposo l'azione di contestazione della paternità esercitata dall'autore stesso del riconoscimento menzognero. Ma tale regola è antinomica al concetto di *faute civile*.

<sup>554</sup> M.-T. CALAIS-AULOY, *La libéralisation de la responsabilité par l'abandon de la faute*, in *D.*, 1998, n. 14, 9 avril 1998, 1.

<sup>555</sup> LAMBERT-FAIVRE, *L'éthique de la responsabilité*, cit., 4, ove si afferma che l'etica della responsabilità non è più giustificata dalla volontà di punire una colpa, ma dalla consapevolezza che colui che prende una decisione deve assumersi le conseguenze pregiudizievoli nei confronti degli altri.

<sup>556</sup> Tale espressione è utilizzata da M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, préf. P. Hèbraud, in *LGDJ*, 1974, 81.

<sup>557</sup> Ipotesi di responsabilità d'equità si incontrano anche nel diritto di famiglia, in particolare in caso di risarcimento danni derivanti da divorzio ai sensi dell'art. 266 *cod. civ.* Il divorzio in fin dei conti non è che un rischio inerente al matrimonio. Con la riforma del 26 maggio 2004 il fondamento di tale riparazione non può più essere ragionevolmente dedotto dalla *faute matrimoniale*, poiché il risarcimento può essere ottenuto anche in caso di divorzio per causa oggettiva (*divorce pour altération définitive du lien conjugal*). Il risarcimento *ex art. 266 cod. civ.* e quello nato dall'annullamento di un riconoscimento menzognero richiesto dallo stesso autore hanno in comune la distruzione di un legame familiare autorizzato da una norma.

grava sul danneggiante che la RC nella sua funzione di riparazione assicura anche una funzione di responsabilizzazione dei comportamenti<sup>558</sup>.

Tuttavia, in ambito familiare la moderna funzione di riparazione del danno non raggiunge quel particolare grado di oggettività che trasforma, nelle relazioni di diritto comune, il “debito di responsabilità in un credito di indennizzo”, come scriveva qualche anno fa Yvonne Lambert-Faivre<sup>559</sup>.

Infatti, il diritto al risarcimento in capo al figlio in caso di annullamento del legame di filiazione non è automatico. Questo dettaglio

---

<sup>558</sup> Se è vero che l'autore del riconoscimento menzognero è dichiarato esplicitamente responsabile del danno causato al figlio, ciò non impedisce, secondo un orientamento giurisprudenziale, di ravvisare anche una responsabilità solidale indiretta della madre, la quale può essere chiamata in garanzia durante la procedura giudiziale. App. Aix-en-provence, 19 settembre 1995, in *Juris-Data*, n. 048704, ove la madre è stata chiamata a garantire l'autore del riconoscimento menzognero per metà del risarcimento cui era stato condannato; App. Metz, 22 gennaio 2002, in *Juris-Data*, n. 216405, ove la madre è stata ritenuta responsabile ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.* per essere stata a conoscenza della dichiarazione menzognera ed aver contribuito alla *faute* commessa dall'autore del riconoscimento di paternità. La chiamata in garanzia della madre significa che anch'essa è ritenuta responsabile del danno. Tale istituto dimostra così che il pregiudizio è al centro della riflessione giudiziaria, indipendentemente dalla natura del fatto generatore di responsabilità. *Contra* Cass., 4 marzo 1981, in *Bull. civ.*, 81. La bontà del riconoscimento di una pluralità di responsabili è giustificata oltretutto dal fatto che solitamente la manipolazione delle regole di filiazione è frutto della volontà dei genitori, allo scopo di soddisfare i loro interessi senza prendere realmente sul serio quelli del minore. L'interesse astratto del bimbo viene confuso con quello concreto degli adulti. Ovviamente le pratiche familiari sono favorite dal carattere permissivo della legge che, riforma dopo riforma, sembra dare sempre più potere agli adulti. Infatti il ricorso alla prova scientifica, ora del tutto eventuale, serve sempre meno a rivelare il vero rapporto di filiazione del bambino fondato sulla verità e sempre più a permettere al genitore che volontariamente si era assunto la paternità, di sciogliere il legame. In altre parole, il rispetto della verità biologica non è che una facciata dietro la quale si nasconde un interesse strettamente privato. E appartiene al *politically correct* la tendenza a giustificare questa ventata di verità in nome dell'interesse del minore. Ciò che si condanna maggiormente è che il cambiamento di compagno da parte di una madre implica quasi naturalmente nella sua coscienza, un cambiamento di padre per suo figlio. V. THOUVENIN, *Les filiations ne sont ni vraies ni fausses mais dépendent des choix des parents*, in *Petites Affiches*, 3 mai 1995, 93; MILLET, *La vérité affective ou le nouveau droit de la filiation*, *cit.*, 306.

<sup>559</sup> LAMBERT-FAIVRE, *L'évolution de la responsabilité civile, d'une dette de responsabilité a une créance d'indemnisation*, in *RTD civ.*, 1987, 1.

si dimostra di particolare importanza, poiché permette al diritto alla riparazione di svolgere un ruolo di moralizzazione, valorizzando la qualità di vittima del bambino<sup>560</sup>. Il danno si personalizza in funzione della sofferenza patita dal figlio a causa del disconoscimento<sup>561</sup>.

L'apprezzamento soggettivo del danno morale, effettuato dai giudici, testimonia ulteriormente la volontà di creare una corrispondenza tra il danno arrecato e la risarcimento inflitto<sup>562</sup>. Questa personalizzazione del diritto alla riparazione è ugualmente praticata per caratterizzare il pregiudizio materiale<sup>563</sup>; il problema sta nel fatto che, nel manipolo di sentenze ove si è trattata la questione, in nessun caso si sono precisati i criteri di calcolo del pregiudizio materiale. L'incertezza maggiore risiede nella possibilità di tener conto o meno delle risorse economiche del danneggiante in fase di liquidazione<sup>564</sup>.

In assenza di linee-guida dopo anni di riflessione giurisprudenziale, si rivelerebbe forse più soddisfacente introdurre nel *Code* una disciplina

---

<sup>560</sup> PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, *cit.*, 328.

<sup>561</sup> L'apprezzamento del danno morale va effettuato in relazione alla conoscenza che il bambino ha della verità. App. Angers, 8 febbraio 1993, in *Juris-Data*, n. 042947; App. Dijon, 19 febbraio 1994, in *D.*, 1995, Somm. comm. 223; App. Rennes, 31 maggio 2001, in *Juris-Data*, 148040. Tuttavia una parte della giurisprudenza di merito non ha accolto l'idea dell'apprezzamento soggettivo del danno morale, ritenendo pertanto l'esistenza di un danno anche dove esso non c'era. V. App. Rouen, 20 ottobre 2005, in *Juris-Data*, n. 289571; App. Reims, 20 dicembre 2001, in *Juris-Data*, n. 172389. Condannando sistematicamente l'autore del riconoscimento menzognero, i tribunali applicano però la teoria della pena privata; e tale funzione della RC non sembra coerente nel caso in cui non è stato violato alcun dovere preesistente da parte del danneggiante.

<sup>562</sup> App. Lyon, 26 gennaio 1999, in *Juris-Data*, 044880; Cass., 4 luglio 1995, n. 93-16625, *inedita*.

<sup>563</sup> Il pregiudizio materiale ingloba la perdita del diritto agli alimenti, la soppressione del mantenimento per il futuro e la perdita di *chances* circa i diritti patrimoniali nati dal legame di filiazione con l'autore del riconoscimento menzognero. In breve, viene riparata qualsiasi perdita di vantaggi economici subita dal figlio. Cfr. App. Paris, 12 dicembre 2002, in *Juris-Data*, n. 197168.

<sup>564</sup> App. Paris, 12 dicembre 2002, *cit.*, ove non sono state prese in considerazione le risorse economiche del danneggiante in sede di liquidazione del danno; App. Nimes, 28 giugno 2001, in *Juris-Data*, n. 159526, ove si è tenuto conto della situazione economica disagiata del danneggiante. L'ultima soluzione invero è conforme al principio di riparazione integrale del pregiudizio.



inerente la peculiarità di tale caso di RC, come è stato previsto nell'art. 266 *cod. civ.*

### 3.3.3. L'ineliminabile ruolo interpretativo del giudice

Seppur timido, l'ingresso in famiglia dell'art. 1382 *cod. civ.* in ottica riparatoria, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, ha contribuito all'intasamento delle corti e ad un generale clima di confusione. Azioni che fino ad un passato recente nessuno si sarebbe azzardato ad esercitare hanno avuto accesso ad una sanzione giuridica. Non si può negare che l'oggetto della riparazione accolto dalle corti sembra contrapporsi non solo alle regole tecniche del diritto aquiliano comune, ma anche della logica del diritto di famiglia, che in Francia, ha sempre gravitato sul concetto di *faute personnelle*.

La RC ha in tal modo consacrato (quelli che potremmo definire) dei diritti di secondo grado, che non sono giustificati da un fondamento giuridico apprezzabile e che mettono in discussione lo stesso concetto giuridico di danno<sup>565</sup>.

La clausola generale di RC diviene in questo caso vittima della sua *souplesse*, giacché col concetto di "danno" sono tradotte in termini giuridici nuove rivendicazioni personali<sup>566</sup>.

Questa tendenza all'ideologia della riparazione chiama ovviamente in causa il ruolo del giudice che, ora più che mai, si trova a fare i conti con la necessità di liquidare un danno in via equitativa facendo appello alla propria sensibilità. Se il *quantum* risarcitorio non può essere stabilito facendo riferimento a criteri di gravità della condotta dell'agente, bensì ad un danno - che per lo più è di carattere extra-patrimoniale -, il giudice diverrà davvero arbitro assoluto nel decidere. La storia della

---

<sup>565</sup> E' il celebre *arrêt Dangereux*, Cass. ch. mixtes, 27 febbraio 1970, in *JCP*, 1971, I, 2390, che, sdoganando il risarcimento del danno anche nei confronti di un familiare non giuridicamente legato alla vittima (la concubina), ha affermato che la lesione di un interesse legittimo giuridicamente protetto non suppone più la violazione di un diritto preesistente. Ne consegue uno snaturamento del concetto di pregiudizio e indirettamente anche del diritto alla riparazione.

<sup>566</sup> PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, *cit.*, 342 ss.

giurisprudenza dimostra come le corti transalpine non abbiano ancora partorito criteri-guida generali utili ad uniformare i requisiti in base ai quali quantificare il danno endofamiliare. Ne discende l'attuale eccessiva discrezionalità con la quale le corti di merito operano la liquidazione del danno nell'amministrare i casi, come abbiamo visto sempre più numerosi, di torto endofamiliare.

## **Parte quarta**

### **L'ESITO DELLA COMPARAZIONE**

#### 4.1. Linee portanti dei modelli analizzati a confronto

L'analisi comparatistica del tema che questa ricerca ha analizzato manifesta tutta la sua utilità in un contesto in cui si confrontano due sistemi che conoscono analogie notevoli per ragioni storico-sistematiche fin troppo note per essere anche solo qui sommariamente descritte.

Confrontando le discipline dei due Paesi in fase di rottura del matrimonio (terreno questo in cui specie oltralpe la riflessione sull'applicazione della RC sul terreno familiare si rivela particolarmente feconda, a causa della carenza di strumenti di tutela specifici predisposti dal diritto familiare dell'*Hexagone*) si nota come, sebbene il Belpaese abbia conosciuto istituti giuridici quali il divorzio ben 150 anni dopo la Francia, col passare del tempo esso abbia approntato un sistema di rimedi giusfamiliari simile a quello dell'*Hexagone* e forse addirittura più garantista, giacché, per esempio, l'assegno divorzile è sempre concesso al coniuge che vive in condizioni economiche deteriori rispetto all'altro, indipendentemente dal riscontro dell'elemento soggettivo nella condotta tenuta da quest'ultimo in costanza di matrimonio.

In Francia al contrario, la disciplina del divorzio ruota tutt'oggi anche (ma non esclusivamente) intorno al divorzio per colpa, pertanto, nonostante le condizioni economiche lo rendano necessario, il coniuge a cui fosse addebitabile la rottura del matrimonio può vedersi rifiutare dal giudice la *prestation compensatoire*.

La centralità del ruolo della colpa nel sistema francese, unita ad un uso ultrasecolare della legislazione codicistica hanno sicuramente facilitato l'introduzione del principio di RC in seno alla famiglia: da decenni infatti, in fase di crisi di coppia, accanto agli scarni rimedi giusfamiliari è previsto lo strumento risarcitorio *ex art. 1382 cod. civ.* il cui utilizzo, avendo per lo più fondamento sanzionatorio, è coerente con la tendenziale importanza attribuita dal sistema al comportamento del danneggiante in fase di valutazione del danno.

Lo sdoganamento della RC nella cerchia domestica ha inoltre controbilanciato il fenomeno dell'introduzione dei casi di divorzio

oggettivo che, estranei all'esperienza francese, avevano eliminato quella diretta corrispondenza tra condotta del coniuge e prestazione economica dovuta al *partner* indigente.

Ma vi è di più: l'esistenza di una peculiare ipotesi legislativa di RC in fase di rottura del matrimonio, ha forse indotto più agevolmente la giurisprudenza transalpina ad ammettere in tale sede l'ingresso del diritto aquiliano comune, giacché la riparazione in termini pecuniari del danno non patrimoniale endofamiliare non era del tutto nuova ed oltretutto le funzioni esplicate dalla clausola generale di responsabilità erano state adattate al contesto di applicazione della disposizione (di qui la creazione delle nozioni di *faute* e *dommage familial*, che un recente studio ha tentato di elaborare<sup>567</sup>).

In Italia al contrario il legislatore non si è mai occupato della questione e le corti, dal canto loro, hanno da poco preso posizione in merito, seminando tuttavia incertezze circa la funzione della RC endofamiliare e i criteri di applicazione dell'art. 2043 c.c.

Il buio in cui brancola il giudice induce a riflettere circa l'utilità di un intervento legislativo atto a definire le fattispecie risarcibili (le quali, stanti i casi con cui finora si è confrontata la giurisprudenza, potrebbero essere facilmente tipizzabili) e i criteri liquidatori del danno, giungendo alla creazione di figure speciali di RC.

Se però si volge nuovamente lo sguardo oltralpe si cade nel paradosso, giacché a fronte di un'applicazione sempre più frequente della clausola generale, aumenta il dubbio circa la bontà di mantenere in vita l'art. 266 *cod. civ.*: sono troppe infatti le interferenze che esso crea in fase d'applicazione del diritto comune. Inoltre, spesso è difficile capire quale tra i due strumenti risarcitori invocare, visto che i danni che giustificano l'utilizzo dell'uno piuttosto che dell'altro sono difficilmente distinguibili.

In un sistema risarcitorio generale improntato al dogma del *non cumul* fra responsabilità contrattuale ed aquiliana diventerebbe ancor più imbarazzante ammettere il doppio risarcimento attualmente concedibile in base a due norme quasi identiche.

---

<sup>567</sup> PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, cit.

Il favore con cui si guarda alla clausola generale di responsabilità e che risente del tendenziale atteggiamento teso a riparare con larghezza qualsiasi pregiudizio, viene tuttavia filtrato dalla riflessione presente in entrambi gli ordinamenti, i quali, proprio perché figli di un'antica concezione legata all'immunità del diritto di famiglia da quello comune, sono propensi ad ancorare la riparazione del danno a criteri ben determinati per evitare il dilagare della mercificazione dei rapporti personalissimi fra le persone.

Le ragioni principali di tale scelta possono così riassumersi. La prima attiene al contesto: l'area di intimità che avvolge una relazione familiare induce a guardare con sospetto all'ingerenza di un soggetto terzo in tale relazione.

Si aggiunga l'intrinseca difficoltà nel riparare un danno extrapatrimoniale la cui entità non può essere parametrata secondo criteri oggettivi ed il timore che la prospettiva di ottenere un risarcimento faccia emergere in via prioritaria i sentimenti di vendetta della vittima piuttosto che quelli di un giusto compenso per il torto subito<sup>568</sup>.

Il secondo motivo è di natura economica e si lega al numero infinito di cause che potrebbero essere azionate dai familiari qualora "l'ideologia della riparazione" avesse la meglio sul resto<sup>569</sup>, col rischio di intasare ancor più la macchina giudiziaria e far ricadere sui consociati il costo di tali liti.

La giustificazione più convincente di tale prudente atteggiamento mi pare fondarsi sull'ideale di libertà, la cui supremazia ha quasi sempre la meglio durante la fase di bilanciamento con altri interessi.

La libertà, è bene ricordarlo, si fonda sull'ideale di sostanziale uguaglianza tra persone. Finché i familiari vivono il loro rapporto in posizione paritaria, dunque in piena libertà, devono essere in grado di subire le conseguenze delle loro scelte.

---

<sup>568</sup> LAMBERTE-FAIVRE, *L'éthique de la responsabilité*, cit., 1 ss., ricorda che il principio indennitario prevede che la vittima non si arricchisca attraverso il risarcimento. L'A. ritiene che tale risultato possa essere raggiunto solamente evitando il cumulo degli indennizzi e non riconoscendo i danni punitivi.

<sup>569</sup> PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, cit.

Detto altrimenti, se il coniuge non tollera più l'altro ha tutto il diritto di rompere il rapporto e porre fine alle sofferenze patite<sup>570</sup>.

In tale contesto egli non avrebbe il diritto di ottenere una riparazione (quindi una tutela *ex post*), perché nessuno gli ha impedito di sottrarsi alle angherie del coniuge piantandolo in asso.

Lo stesso ragionamento non calza più nel momento in cui il *partner* non è più un grado di fronteggiare l'altro con gli stessi mezzi, cioè quando l'interesse sotteso alla sua sfera personale prevale sull'interesse alla libertà. La moglie schizofrenica abbandonata in casa dal marito non è in grado di reagire alla condizione deteriorata in cui è stata posta; non è quindi libera di scegliere.

In questo contesto il diritto aquiliano va applicato, al fine di controbilanciare il torto subito. D'altra parte, vale la pena ricordarlo, in Italia la protezione della famiglia si erge a principio costituzionale, il quale permette al relativo pregiudizio di qualificarsi in termini di "ingiustizia" perché lede un interesse costituzionalmente protetto.

Lo stesso ragionamento vale nella fase patologica dei rapporti parentali in cui per natura si contrappongono un soggetto forte (il genitore) ed uno più debole (il figlio). In questo contesto la riparazione del danno è legittima, giacché la vittima non è in grado di scegliere la controparte del rapporto - che oltretutto gli ha dato la vita.

Sia in Francia che (in misura minore) in Italia la giurisprudenza ha sdoganato senza troppi tentennamenti il diritto comune di RC, sicura che, in assenza di validi strumenti giusfamiliari, la clausola generale fosse l'unica in grado di proteggere la sfera soggettiva del minore, indipendentemente dal fatto che il rapporto di filiazione fosse legittimo o naturale<sup>571</sup>. E la

---

<sup>570</sup> Di libertà e tolleranza, in sede di commento alla sentenza di fine 2008, parla anche NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Foro it.*, 2009, I, 139.

<sup>571</sup> Per quanto concerne le convivenze more uxorio invece, se in Francia esse ricevono protezione ai sensi dell'art. 1382 *cod. civ.*, fortunatamente nel nostro Paese si sviluppano in un'area avulsa al diritto. Il mio avverbio è giustificato da un atteggiamento ancora dubbioso della nostra giurisprudenza in tema di risarcimento del danno, il quale potrebbe condurre a voler riparare oltre il necessario e quindi colpire con sanzioni eccessive colui che aveva deciso di vivere



sicurezza delle corti è ancor più palese se si fa caso al fatto che sono tali fattispecie di danno che hanno giustificato il più elevato risarcimento in termini pecuniari.

E' opportuno in questa sede svolgere alcuni rilievi comparatistici sul comportamento dei due ordinamenti in fase di liquidazione del danno. Dalle sentenze sopra esaminate si evince immediatamente che il *quantum* risarcitorio statuito dal giudice italiano è in media tre o quattro volte superiore rispetto al corrispondente francese. Tale atteggiamento non conosce spiegazioni razionali, giacché in linea di massima i criteri per quantificare il danno sono simili. Probabilmente la causa di siffatte differenze è di carattere culturale e si lega alla percezione che i consociati hanno del danno endofamiliare<sup>572</sup>.

Ma le diverse soluzioni approntate dalle corti potrebbero anche giustificarsi partendo dal presupposto che la visuale di riferimento dei due giudici è diversa, calibrando essi in maniera differente il peso del danno e quello della condotta danneggiante in fase liquidatoria.

Le sentenze d'oltralpe si distinguono per la chiarezza dei fini perseguiti di volta in volta dallo strumento risarcitorio che, a seconda del tipo di illecito, liquida un danno ancorandosi a parametri diversi (sanzionatori o risarcitori).

#### **4.2. Danno e funzioni della RC nel contesto familiare: verso dove stiamo andando**

L'esperienza francese dimostra quanto sia importante ancorare il meccanismo liquidatorio a criteri oggettivi. Per fare ciò è opportuno assegnare alla RC una natura sanzionatoria che nel determinare il *quantum*

---

il rapporto di coppia al di fuori dai vincoli giuridici, coi pregi e difetti che questa situazione comporta. È già difficile scegliere di vivere un rapporto amoroso stabile, figuriamoci in presenza di un occhio sempre vigile (il giudice) pronto a riparare qualsivoglia danno subito dal *partner* che magari, solo perché meno tollerante dell'altro, si lamenta di qualsiasi atteggiamento poco premuroso.

<sup>572</sup> Non si dimentichi che la tradizione giuridica francese ha a lungo sostenuto il fondamento contrattuale dei rapporti familiari; pertanto si è preferito lasciare che tali relazioni fossero gestite direttamente dai diretti interessati e non filtrate attraverso l'organo giurisdizionale.

risarcitorio faccia riferimento al grado della colpa dell'agente<sup>573</sup>, giacché spostando la visuale sul lato della vittima ci si imbatte in lesioni incommensurabili<sup>574</sup>.

In tal modo il diritto focalizza la sua attenzione sul comportamento del danneggiante e, così facendo lo stimola ad un maggiore controllo su di sé, poiché quanto più grave è la sua condotta, tanto maggiore sarà la sanzione inflitta.

Ovviamente bisogna tener conto del terreno in cui opera la RC, segnatamente quello familiare, per cui la tolleranza che si richiede al membro del nucleo domestico è maggiore rispetto a quella che ha il dovere di sopportare un *quisque de populo*<sup>575</sup>.

Ecco perché solo i fatti lesivi di una certa gravità possono giustificare il diritto al risarcimento. In tal modo non solo si rafforza la funzione sanzionatoria della RC, ma si usa lo strumento aquiliano anche con finalità preventive. Affinché la RC sia in grado di dissuadere il familiare dal tenere una condotta riprovevole il danneggiato deve poter avvertire che la condanna inflitta non è sproporzionata alla condotta.

Indipendentemente dalla percezione che la vittima ha del danno, il marito che ha perpetrato un tradimento in sordina, impegnandosi a celare

---

<sup>573</sup> PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, cit., 406, afferma che in ambito endofamiliare non ci si può sbarazzare tanto facilmente della colpa come invece spesso si tende a fare nei contesti in cui la RC prende luogo fra due perfetti estranei.

<sup>574</sup> STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, cit., 400 ss., rifiuta la teoria della riparazione integrale nelle ipotesi di danno non patrimoniale, perché «l'indemnité accordée n'est qu'une satisfaction approximative. Parler en ces matières de réparation intégrale, c'est proposer une formule vide de toute substance. [...] Cette théorie n'est qu'un vestige des conceptions subjectives de la responsabilité. La responsabilité doit être organisée sur des bases différentes. [...] Il nous semble que la voie dans laquelle le législateur se trouve déjà engagé est celle d'une réparation d'où seraient exclus tous les facteurs purement subjectifs quant à la victime. [...] La conception objective de la réparation n'interdit pas de tenir en compte de certaines différences entre les individus victimes d'accidents».

<sup>575</sup> Il legame d'affetto che unisce i familiari, se giustifica il dovere di accettare certi atteggiamenti spiacevoli, giustifica correlativamente il diritto di aspettarsi dal parente un grado più elevato di rispetto di quanto lo esigano i rapporti tra terzi. La responsabilizzazione di ciascuno in seno alla famiglia sta però venendo meno a causa del moltiplicarsi di azioni aquiliane, a dimostrazione dell'affievolimento dell'autonomia dell'individuo all'interno della famiglia.

il fatto ai figli e alla comunità intera, dovrebbe essere sanzionato meno gravemente rispetto allo stesso marito fedifrago che non si fa scrupoli verso i figli nel vivere la relazione adultera alla luce del sole.

A ben vedere, un'applicazione prudente della RC endofamiliare pare perfettamente in linea con l'attuale pensiero delle Sezioni Unite della Cassazione, le quali ritengono giustificabile la riparazione del danno non patrimoniale solamente se il pregiudizio è tanto serio da essere meritevole di tutela, giacché “il sistema in cui si esplica impone un grado minimo di tolleranza”<sup>576</sup>.

Tale richiamo alla tolleranza rinvia ad un'immagine del danno di lieve entità, quasi a voler dimostrare che il danno non patrimoniale va percepito in termini meno lesivi rispetto a quello patrimoniale e pertanto giustifica, in sede di valutazione e quantificazione del risarcimento, l'apposizione di limiti.

La prospettiva con cui si consiglia di analizzare il sistema di torti endofamiliari risulta a ben vedere analoga a quella adottata dal diritto penale, che parametrizza la pena comminata alla gravità del fatto lesivo. Il pensiero vola subito al primo (ma forse ancora attuale) e unico requisito (l'art. 185 c.p.) che il legislatore richiedeva per concedere il risarcimento del danno non patrimoniale in un'epoca in cui la sensibilità nei confronti di tale pregiudizio non si era ancora evoluta. A chi ritiene che la RC non debba seguire un approccio penalistico in tema di riparazione del danno, si può replicare che per definizione l'area di tutela di cui si occupa il diritto civile non è presa in considerazione dal diritto penale, donde la possibilità di intervenire conservando una tecnica che possa però essere veicolo di conseguenze giuridiche (lì la pena afflittiva, qui il risarcimento) diverse<sup>577</sup>.

---

<sup>576</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, *cit.*, i cui passi salienti sono richiamati nel § 1.2.2.

<sup>577</sup> STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, *cit.*, 358 ss., già all'epoca criticava le teorie moderne secondo le quali la prevenzione e repressione delle attività dannose incombono esclusivamente al diritto penale. Le critiche principali mosse dalla dottrina del Novecento all'idea della pena privata nella RC sono le seguenti: a) la pena privata riposa sulla barbara idea di «vendetta»; b) la pena privata è condannata da una doppia evoluzione storica consistente nell'abolizione costante

L'opportunità di impiegare l'art. 2043 c.c. in chiave preventiva può essere ulteriormente confermata dalla disciplina giuslavoristica inerente al *mobbing*<sup>578</sup>. Questo termine ha una forza semantica tale da poter raggruppare un'universalità di comportamenti diversi, accomunati dalla modalità, aggressiva e vessatoria, e dalla finalità, la rottura del rapporto di lavoro.

Le analogie tra il *mobbing* e il torto endofamiliare sono notevoli, a cominciare dalla natura psico-fisica del danno che provocano<sup>579</sup>, nonché

---

delle pene e l'oggettivizzazione del diritto penale; c) la pena privata lede l'organizzazione giuridica delle democrazie liberali, fondata sulla separazione tra diritto civile e penale; d) la pena privata, allontanandosi dal principio di riparazione integrale, conduce all'impoverimento o all'arricchimento ingiusto della vittima. Al contrario l'A. qualifica la pena privata come «*l'une des forces vives de la responsabilité civile*» e dimostra come né la morale, né la logica, né le esigenze di ordine pubblico, né i testi, né la storia si oppongono alla ricezione dell'idea di pena privata nel diritto moderno. *Contra* COLIN-CAPITANT-DE LA MORANDIERE, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. 2, II éd., Dalloz, 1953, 281: «*la sanction du délit civil et du délit pénal n'est pas la même. Le droit pénal vise à punir le coupable; il frappe le délinquant d'une peine; le droit civil, lui, ne tend qu'à assurer la réparation du préjudice causé*»; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937: «*la peine privée, c'est une sorte d'évolution régressive qui sur certains points spéciaux ramène le droit privé moderne aux conceptions antérieures, tandis que son développement général tend à l'éloigner de plus en plus*».

<sup>578</sup> Fa una certa impressione leggere sinotticamente le diverse definizioni che del *mobbing* danno i vari testi legislativi europei, le normative regionali italiane, le proposte di legge e il testo unificato varato dal parlamento nella scorsa legislatura. Ci si accorge di quanto sia complesso il fenomeno, difficilmente riducibile a poche azioni persecutorie, sovrapponibile a momenti che isolatamente non presentano nulla di illegale, le cui radici possono essere ricondotte a contesti disturbati, inefficienti e mal organizzati più che al solo profilo psicologico di questo e quel collega o dirigente. Nel definire le componenti essenziali del fenomeno è prezioso il contributo di HERALD EGE, *Il mobbing ovvero il terrore psicologico sul posto di lavoro e la situazione italiana*, Bologna, 1996, che qualifica il *mobbing* come «una forma di terrore psicologico sul posto di lavoro, esercitata attraverso comportamenti aggressivi e ripetuti». Assai esaustiva è anche la definizione che della fattispecie dà la l. reg. Lazio dell'11 febbraio 2002, n. 16 (pubblicata sul Bollettino Ufficiale del 30 luglio 2002, n. 21) e a cui allega un elenco di comportamenti mobbizzanti a titolo esemplificativo.

<sup>579</sup> U. OLIVA, *Mobbing: quale risarcimento?*, in *Danno e resp.*, 2000, 1, 27 ss., ricorda che non è un caso se il fenomeno del *mobbing* è stato teorizzato e continua ad essere studiato a livello di psicologia del lavoro. È stato appurato, fra l'altro, che gli effetti negativi del *mobbing* sul sistema psichico e nervoso della vittima non cessano col venir meno della condotta, ma permangono per un periodo che

dalla difficoltà di valutare un pregiudizio spesso non accertabile da un punto di vista medico legale<sup>580</sup>. Non a caso in una recente pronuncia, i giudici torinesi hanno definito le particolari lesioni alla dignità di una moglie in termini di “*mobbing familiare*”, quasi ad evidenziare la continuità riscontrabile tra queste due tipologie di illeciti<sup>581</sup>.

### 4.3. Diritto e amore: un problema di misura

La difficoltà nel determinare dei criteri di liquidazione del pregiudizio endofamiliare, chiama in causa il ruolo del legislatore, che in un settore così delicato dovrebbe intervenire a fissare la misura della pena privata, proporzionandola alla gravità della colpa dell'agente<sup>582</sup>.

I parametri di valutazione del *quantum* risarcitorio tuttavia non possono essere fissati una volta e per tutte dal legislatore, giacché il carattere extrapatrimoniale del danno mal si presta a valutazioni meramente razionali. Ecco perché il ruolo della giurisprudenza è fondamentale in questo settore: il giudice deve poter modificare il *quantum* risarcitorio a seconda della peculiarità che ogni illecito presenta, deve poter

---

mediamente varia da 12 a 18 mesi. D'altro canto, il disagio della vittima si ripercuote anche sulla serenità dell'ambiente familiare, che resta colpito dalla malattia di un suo componente, col rischio che il soggetto finisca per perdere, oltre che il posto di lavoro, anche la famiglia (c.d. doppio *mobbing*).

<sup>580</sup> Accanto alle tipologie di *mobbing* per così dire “degenerato” vengono ricomprese tutta una serie di casi non garantiti dalle forme attuali di tutela, vuoi perché la strategia del *mobber* è attuata lungo una sottile linea di confine tra il lecito e l'illecito, il comando e l'abuso, vuoi perché le sue azioni non sono così gravi e significative da giustificare il ricorso all'autorità giudiziaria, ma che tuttavia necessitano di tutela dal punto di vista giuridico. Sul *mobbing* in generale vedi S. SCARPONI (a cura di), *Il mobbing. Analisi giuridica interdisciplinare (Atti del convegno tenutosi a Trento l'8 novembre 2007)*, Trento, 2009; G. PROIA, *Alcune considerazioni sul cosiddetto mobbing*, in *ADL*, 2005, 3, 827 ss.; C. ZOLI, *Il mobbing: brevi osservazioni in tema di fattispecie ed effetti*, in *Lav. giur.*, 2003, 337 ss.

<sup>581</sup> App. Torino, 21 febbraio 2000, *cit.*

<sup>582</sup> S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, LGDJ, 1995, 293, ritiene che l'arbitrio del giudice possa essere arginato solamente se il legislatore è in grado di spiegare gli scopi della pena privata e definire la soglia minima di colpevolezza a partire dalla quale è giustificabile risarcire.

moderare la pena fissata dalla legge e dunque esercitare una funzione complementare a quella della sanzione<sup>583</sup>.

Poiché la famiglia occupa una posizione privilegiata tra tutte le forme di associazione tra individui<sup>584</sup>, il diritto comune della RC non può pertanto applicarsi alle sue normali condizioni: le sue prospettive future dipendono invece dal rispetto dell'eccezionalismo familiare, il quale continua a consigliare di restringere la sfera d'intervento della RC in famiglia.

E l'attuale giurisprudenza italiana, seppure ancora agli inizi del suo percorso evolutivo ha capito che è indispensabile tener sempre conto del fatto che è il diritto di famiglia a recepire il diritto aquiliano e non l'inverso. Il principio di RC per colpa è utile solamente se è d'ausilio alla norma familiare<sup>585</sup>.

D'altronde, un'applicazione *standard* della clausola generale di RC in ambito domestico non sarebbe proponibile, se non col rischio di vincolare oltre il limite dell'accettabile il danneggiante. Il pensiero vola subito al fenomeno della “responsabilità da contatto sociale”, sdoganata dalla giurisprudenza al volgere del nuovo millennio<sup>586</sup>.

---

<sup>583</sup> Della tendenziale “*judiciarisation de la vie familiale*”, seppur con note negative, tratta P. MOREAU, *Penser le droit de la famille avec Michel Villey*, in *Archives de philosophie du droit*, n. 50, 2006, 331 ss.

<sup>584</sup> R. LENOIR, *Politique familiale et construction sociale de la famille*, in *Rév. fr. sc. pol.*, 1991, 784.

<sup>585</sup> PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, *cit.*, 406, ritiene che, qualunque sia la soluzione ritenuta, ciò che importa è che sia la logica giusfamiliare che la giustifica, non quella della RC per colpa. L'A. sostiene il medesimo ragionamento in relazione alle nuove riflessioni in tema di RC endofamiliare. Ad es., contro chi afferma l'opportunità di abrogare l'ipotesi di responsabilità speciale contenuta nell'art. 266 *cod. civ.*, essa risponde che l'oggetto della riparazione è relativo alla dissoluzione del matrimonio, dunque è perfettamente compatibile col diritto di famiglia. La riparazione prevista dalla disposizione presenta una sua specificità: essa influisce solo sulle conseguenze gravi generate dalla dissoluzione matrimoniale e concerne solo alcuni casi di divorzio. Cosicché quest'ipotesi di responsabilità è utile al diritto di famiglia perché in qualche modo compensa la disillusione subita dal coniuge che maggiormente soffre del fallimento della coppia.

<sup>586</sup> Cass., Sez. Un., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332, per la prima volta afferma che “l'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché

I requisiti per applicare questa nuova figura di responsabilità nel terreno familiare sussisterebbero invero in astratto, giacché la famiglia vive sul contatto sociale, ed anzi, tale contatto è anche più forte rispetto a quello che si instaura tra medico e paziente, quest'ultimo stipulando un contratto con la struttura ospedaliera e non direttamente col professionista<sup>587</sup>.

Tuttavia pare impensabile a chi scrive applicare il principio del contatto sociale al familiare, poiché si farebbe ricadere l'onere risarcitorio su un soggetto per il solo fatto che esso viola obblighi di comportamento diretti a garantire la tutela di interessi emergenti o interessi messi in pericolo in occasione del contatto stesso. Un gravame ulteriore discenderebbe dal tema dei regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione, giacché si dovrebbero applicare quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale<sup>588</sup>.

---

non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" ha natura contrattuale". La Corte richiama un consistente orientamento della dottrina secondo cui, nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", in quanto, poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale da' origine a responsabilità contrattuale. In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

<sup>587</sup> In ambito coniugale, la stipulazione di un matrimonio presuppone il rispetto di alcune norme. Se queste fossero violate, il familiare dovrebbe pertanto essere colpito da una sanzione, che, rispetto a quella da contatto sociale (dovuta al medico), sarebbe maggiormente giustificabile proprio a causa della violazione di un'obbligazione *ex lege*.

<sup>588</sup> La conseguenza più rilevante nell'applicare la teoria del contatto sociale consiste nel fatto che l'attore deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della sua situazione, nonché allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Competerà invece al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante.



In definitiva, se è da considerare con fiducia lo strumento risarcitorio nel terreno familiare, occorre guardarsi da abusi od eccessi su questo versante. E' necessario che il giudice limiti la commercializzazione dei sentimenti, giacché certe sofferenze, per pudore, non dovrebbero accedere al rango di danni risarcibili<sup>589</sup>.

A latere di una riforma giurisprudenziale si dovrebbe però lavorare anche in seno alla famiglia, ripensandone la logica e chiamando necessariamente in causa due valori cardine tanto dell'istituzione familiare che dell'intera società: la solidarietà e la responsabilità. Come la società, la famiglia non solo dovrebbe fondarsi sulla principio di solidarietà, ma dovrebbe essere soprattutto un'istituzione capace di responsabilizzare i suoi membri, nella consapevolezza - questa sì davvero prossima allo spirito che i costituenti assegnarono alla seconda regola della nostra Carta fondamentale - che la virtù coltivata in seno alla famiglia sia il primo mattone delle ulteriori virtù che dovrebbero caratterizzare la vita di qualsiasi ulteriore e più estesa formazione sociale.

---

<sup>589</sup> PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, cit., 393 ss., secondo la quale il declino della solidarietà familiare nel suo aspetto morale è confermato in Francia da un nuovo caso di RC istituito con la legge del 6 agosto 2004 relativa alla bioetica e da una consacrazione simbolica di un dovere di rispetto tra sposi.

## BIBLIOGRAFIA

- S.A., *La réforme du droit de la famille en Italie*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1975, 645
- S.A., *Il prezzo dei divorzi*, in *Internazionale*, n. 786, 2009, 50
- AA. VV., *Licenziamento, trasferimento, mobbing: percorsi giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2007
- A.I.D.LA.S.S., *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale, Napoli, 31 marzo – 1 aprile 2006, Milano, Giuffrè, 2007
- G. AJANI, G.A. BENACCHIO (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006
- E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorziale e famiglia destrutturata*, in *Nuovi percorsi di diritto di famiglia* (diretto da M. Sesta), Milano, Ipsoa, 2006
- G. ALPA, G. CAPILLI, P.M. PUTTI (a cura di), *Casi scelti in tema di responsabilità civile*, Padova, CEDAM, 2004
- A. AMATO, *Giudizio di separazione: l'addebito; il tenore di vita; l'indennità per le opere di miglioramento dell'immobile in cui è stabilita la residenza familiare; il diritto di ritenzione*, in *Giur. it.*, 1997, I, 843 (nota a sentenza)
- A. ANCESCHI, *Rapporti tra genitori e figli: profili di responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2007
- M.C. ANDRINI, (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, CEDAM, 2007
- L. ANTONIMI-COCHIN, *Le paradoxe de la fidélité*, in *Recueil Dalloz*, 2005, chron. 23
- T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2008
- G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975
- M. BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi: contributo alla storia della famiglia medievale*, Milano, Giuffrè, 1961
- M. BESSONE, E. ROPPO (a cura di), *Il diritto di famiglia, evoluzione storica, principi costituzionali, prospettive di riforma*, II ed., Genova, ECIG, 1975
- F. BILOTTA, *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, in *Resp. civ.*, 2006, 1051
- F. BILOTTA, P. CENDON, *Infedeltà coniugale e danno esistenziale*, in *Resp. civ.*, 2007, 85
- F. BILOTTA (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso*, Milano, Mimesis, 2008
- L. BOCCADAMO, *Torto endofamiliare e risarcibilità del danno esistenziale per violazione dei doveri coniugali: una duplice conferma*, in *Resp. civ.*, 2008, 07, 616

- K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT, I. SUMMER, *European family law in action*, Antwerpen, Intersentia, 2003-2005
- K. BOELE-WOELKI, *Principles of European family law regarding parental responsibilities*, Antwerpen; Oxford, Intersentia, 2007
- C. BONA, *Diritto di famiglia per le scienze sociali*, Torino, Giappichelli, 2007
- M. BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?*, in *Fam. dir.*, 2001, 2, 185
- P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, Roma, Aracne, 2007
- G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1983
- G. BONILINI, G. CATTANEO (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, II ed., Torino, UTET, 2007
- J. BONNECASE, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille; ses destins dans le droit civile contemporain*, II éd, Paris, Bocard, 1928
- M. BOTTON, *Quale e quanto danno nella famiglia?*, in *Fam. dir.*, 2006, 5, 543
- L. BOZZI, *Scene dopo un matrimonio: violazione dell'obbligo di fedeltà e pretese risarcitorie*, in *Danno e Resp.*, 2003, 1130
- G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975
- T. BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Milano, Giuffrè, 1956
- F.D. BUSNELLI, *Libertà e responsabilità nella vita familiare*, in *Jus*, 1974, 57
- F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, II ed., Torino, Giappichelli, 2002
- F.D. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 439
- F.D. BUSNELLI, *Il danno alla persona: un dialogo incompiuto fra giudici e legislatori*, in *Danno e Resp.*, 2008, 612
- D. C. BUXBAUM (a cura di), *Chinese family law and social change in historical and comparative perspective*, London, University press, 1978
- G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1975
- G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, Milano, Giuffrè, 1988
- M.T. CALAIS-AULOY, *La libération du droit de la responsabilité par l'abandon de la notion de faute*, in *Recueil Dalloz*, 1998, 1
- E CARBONE, *Requiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006, 700 (nota a sentenza)
- E. CARBONE, *La giuridificazione delle relazioni domestiche e i suoi riflessi aquiliani*, in *Familia*, 2006, 1, 83

- L. CARBONE, M. D'ADAMO, *Danno biologico, esistenziale e da mobbing*, in *Corr. giur.*, 2008, 7
- V. CARBONE, *La seduzione con promessa di matrimonio non è perdita di chances*, in *Danno e Resp.*, 1998, 1142 (nota a sentenza)
- S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, Paris, LGDJ, 1995
- G. CASABURI, *La nuova legge sull'affidamento condiviso (ovvero, forse: tanto rumore per nulla)*, in *Corr. merito*, 2006, 565
- G. CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale: il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padova, CEDAM, 2006
- G. CASSANO, *La giurisprudenza degli illeciti nel diritto di famiglia: responsabilità da inadempienze, danni patrimoniali, biologici, morali, esistenziali; violazioni nell'affido condiviso; diritti dei conviventi: con formulario*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2007
- G. CASSANO, *Rapporti tra genitori e figli, illecito civile e responsabilità: la rivoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni alla luce del danno esistenziale*, in *Dir. fam.*, 2006, 1985; *Giur. it.* 2007, 2097
- G. CASSANO, *In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709 ter, comma 2 c.p.c. ed i danni prettamente "patrimoniali" tra congiunti*, in *Dir. fam.*, 2008, 1, 498
- O.B. CASTAGNARO, *Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali*, in *Giur. it.*, 2002, 2290
- P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, Giappichelli, 1976
- P. CENDON (a cura di), *la responsabilità civile. Saggi critici e rassegne di giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1988
- P. CENDON, G. SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, in *Resp. civ.*, 2002, 1257
- P. CENDON (a cura di), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, Padova, CEDAM, 2004
- P. CENDON (a cura di), *Il diritto civile nella giurisprudenza. Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, III, Torino, UTET, 2006
- P. CENDON, *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*, in *Resp. civ.*, 2007, 2, 284
- P. CENDON, A. BALDASSARI (diretto da), *Il danno alla persona*, Bologna, Zanichelli, 2006
- P. CENDON, *Ha da passà 'a nuttata*, 17 novembre 2008, in <http://www.altalex.com/index.php?id-not=3391>
- P. CENDON, *Voci del danno, forme dell'essere*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 6, 1211

- P. CENDON, nota a Trib. 14 maggio 2009 , in *Resp. civ. prev.*, 2009, 9, 1895
- D. CHINDEMI, *Il "tradimento" del coniuge non è fonte di responsabilità contrattuale per l'"amante", ma può esserlo per il coniuge infedele*, in *Nuova giur. civ.*, 2003, I, 764 (nota a sentenza)
- D. CHINDEMI, *Danno esistenziale quale autonoma voce di danno distinto dal danno biologico e dal danno morale*, in *Resp. civ.*, 2007, 1279
- E. CIANCIOLA, *Ontofenomenicità e tutela del soggetto debole all'interno della famiglia*, in *Europa*, in *Dir. fam.*, 2007, 2, 940
- C. CICERO, *Responsabilità civile e tutela dei diritti coniugali: verso la configurazione del diritto al risarcimento del danno per violazione della serenità familiare*, in *Resp. civ.*, 2007, 2449
- A. CICU, *Lo spirito del diritto familiare*, in *Scritti minori*, I, 1, Milano, Giuffrè, 1965
- G. CIPRIANI, *La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli*, in *Fam. dir.*, 2008, 5, 518, in *Foro it.*, 2000, I, 1556 (nota a sentenza)
- P.-J. CLAUX, *Faut-il supprimer le droit de la famille?*, in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Paris, Litec, 1990
- P. CORDIER, *Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno*, in *Corr. merito*, 2008, 533
- G. CORNU, *Droit civil*, IV éd., Paris, Editions Montchrestien, 1990
- L. COVIELLO, *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 313
- 
- A. D'ADDA, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, in *Foro it.*, 2001, I, 187
- F. D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2001
- A. D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709 ter c.p.c.*, in *Familia*, 2006, 1031
- A. D'ANGELO, *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, in *Danno e Resp.*, 2008, 1993
- A. D'ANGELO, *Un'infedeltà coniugale oltraggiosa della dignità della persona ed i suoi risvolti aquiliani all'indomani dell'Sezioni Unite del 2008*, in *Danno e Resp.*, 2010, 2, 187
- L. DAVOLI, *Violazione dei doveri denitoriali e risarcimento dei danni*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 10, 785
- G. DE MARZO, *La cassazione e il danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2000, 7, 873
- G. DE MARZO, *La Cassazione e la responsabilità civile nelle relazioni familiari*, in *Corr. giur.*, 2005, 925

- G. DE MARZO, *Responsabilità civile nelle relazioni familiari tra esigenze di tutela e categorie formali*, in *Corr. giur.*, 2002, 9, 1211
- G. DE MARZO, *La responsabilità risarcitoria dell'amante verso il coniuge tradito*, in *Corr. giur.*, 2003, 1205 (nota a sentenza)
- F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille; propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, coll. Rapports officiels, Paris, La documentation française, 1999
- CH. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, Paris, L'Harmattan, 2001, préf. F. Dekeuwer-Défossez
- A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?*, in *Corr. Giur.*, 2009, 3, 410
- E. DI SABATINO, *Dal mobbing allo stalking allo straining*, in *Resp. civ.*, 2007, 02, 171
- M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, in *Fam. dir.*, 2001, 159 (nota a sentenza)
- G. DORIA, E. RUSSO, G. LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, Padova, CEDAM, 2003
- M. ELIA, *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?*, in *Foro it.*, 1951, I, 987
- G. ENRIQUEZ, *La valutazione comparativa del comportamento dei coniugi*, in *Giur. it.*, 2001, 239 (nota a sentenza)
- G. FACCI, *Infedeltà coniugale e ingiustizia del danno*, in *Resp. civ.*, 2002, 465 (nota a sentenza)
- G. FACCI, *Il danno aquiliano da adulterio*, in *Resp. civ.*, 2004, 53
- G. FACCI, *L'illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari*, in *Fam. dir.*, 2006, 5, 511 (nota a sentenza)
- G. FACCI, *La responsabilità del genitore che sceglie di non riconoscere il figlio e non provvede al suo mantenimento: una sentenza importante*, in *Fam. Dir.*, 2007, 10, 927
- G. FACCI, *La rottura della promessa di matrimonio ed il danno lamentato dai genitori della "sposa mancata"*, in *Fam. dir.*, 2007, 5, 467
- G. FACCI, *Infedeltà omosessuale del marito: alla moglie non spetta il risarcimento perché non vi è un danno ingiusto*, in *Fam. dir.*, 2008, 5, 481
- G. FACCI, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Fam. dir.*, 2009, 12, 1147
- G. FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, in *Fam. Dir.*, 2009, 2, 113

- G. FACCI, nota a Trib. Trento, 22 giugno 2007, in *Resp. civ.*, 2009, 4, 378
- G. FACCI, *Questioni controverse in tema di prescrizione nell'ambito della responsabilità dei genitori nei confronti dei figli*, in *Resp. civ.*, 2010, 1, 29
- E. FALLETTI, *Infedeltà coniugale omosessuale con addebito ma senza danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2008, 899
- G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 590
- G. FERRANDO, *Manuale di diritto di famiglia*, Roma-Bari, Laterza, 2005
- F. FERRARI, *La tutela aquiliana della convivenza more uxorio*, in *Corr. giur.*, 1992, 931
- M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve generare diritti al di là della legge*, in *Guida al dir.*, 2002, 50
- J. FLOUR, *Rapport Dekeuwer an I: les projets de réforme du droit de la famille*, in *Gaz. Pal.* 2001, doct., 1330
- A. FRACCON, *Nuovi approdi della responsabilità civile – Anche la cassazione oltrepassa la soglia dei rapporti tra coniugi*, in *Giur. it.*, 2006, 694 (nota a sentenza)
- G. FRANCIOSI, *La famiglia romana: società e diritto*, Torino, Giappichelli, 2003
- M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale nel diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 5
- M. FRANZONI, *Cosa è successo al 2059 c.c.?*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, 20
- C. FUCCI, *Se il tradimento possa fondare la pretesa risarcitoria dell'un coniuge nei confronti dell'altro*, in *Resp. civ.*, 2007, 532 (nota a sentenza)
- A. FUSARO, *Responsabilità aquiliana nei rapporti tra coniugi e tutela della personalità*, in *Nuova giur. civ.*, 2003, I, 292 (nota a sentenza)
- 
- C.F. GABBA, nota a Cass., 23 febbraio 1895, in *Foro it.*, 1896, 1, 685
- C.F. GABBA, nota ad App. Genova, 15 novembre 1895, in *Giur. it.*, 1896, I, 2, 581
- F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, CEDAM, 2008
- A. GAMBARO, voce *Codice civile*, in *Digesto disc. priv.*, VIII, Torino, UTET, 1992, 442
- A. GAMBARO, voce *Francia*, in *Digesto disc. priv.*, VIII, Torino, UTET, 1992, 471
- L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, Paris, LGDJ, 2004
- L. GAUDINO, *La responsabilità civile endofamiliare*, in *Resp. civ.*, 2008, 1238
- A. GAUTIER, *Legal regulation of marital relations: an historical and comparative approach*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2005, 72, 47
- P.J. GAUTIER, "Les distances du juge" à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile, in *JCP* 2001, I, 287
- M. GIORGIANNI, *Problemi attuali di diritto familiare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 795



- G. GLIATTA, *Il fenomeno dei maltrattamenti in famiglia e verso le donne tra legislazione penale e rimedi civilistici*, in *Resp. civ.*, 2009, 6, 539
- G. GRASSO, *La disciplina francese del patto civile di solidarietà: cronaca di una legge superflua*, in *Dir. giur. priv.*, 2001, 88
- M.A. GLENDON, *The transformation of family law: state, law, and family in the United States and Western Europe*, Chicago, Ill.; London: University of Chicago press, 1989
- C. GRASSETTI, *La separazione personale*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la fondazione Giorgio Cini, 11-12 marzo 1972, Padova, CEDAM, 1972
- C. GRASSETTI, voce *Famiglia* (dir. priv.), in *Noviss. Digesto it.*, Appendice, Utet, 1980, 639
- S. GRASSI, *Separazione con addebito e risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 3, 214 (nota a sentenza)
- A. GRECO, *Se lo stato di gravidanza della moglie è stato causato da un terzo, il marito ha diritto al risarcimento del danno esistenziale*, in *Resp. civ.*, 2006, 12, 133 (nota a sentenza)
- F. GRILLINI, *Omosessuali e diritti. I pacs in Francia e il confronto con la situazione italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 183
- M. GROSSBERG, *Governing the hearth, law and the family in Nineteenth-century America*, London, University of North Carolina press, 1985
- D. GUITON, *Les dommages-intérêts et réparation d'un préjudice résultant d'un fait antérieur au divorce*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1980, 247
- K. L. HALL (a cura di), *Law, society, and domestic relations, major historical interpretations*, London, Garland, 1087
- H. HAUSER, 2005, n. 175, in *RTD civ.*, 2005, 375 (nota a sentenza)
- G.-E. HOWARD, *A history of matrimonial institutions: chiefly in England and the United States with an introductory analysis of the literature and the theories of primitive marriage and the family*, New York, Humanities press, 1964
- U. IZZO (a cura di), *Dialoghi sul danno alla persona, Collana Quaderni Dip. scienze giuridiche*, Università di Trento, Trento, 2006
- U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale* (e-book), <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001253/>, UNITN e-prints, 2007

- A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, VIII, Napoli, Jovene, 1949
- A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato VASSALLI*, III ed., Torino, UTET, 1961
- E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediabile introdotto dall'art. 709 ter c.p.c.: i danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. dir.*, 2008, 68
- C. LABRUSSE, *Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint*, in *Rév. int. dr. comp.*, 1967, 481
- C. LABRUSSE-RIOU, *Sécurité d'existence et solidarité familiale en droit privé: étude comparative du droit des Pays européens continentaux*, in *Rév. int. dr. comp.*, 1986, 829
- A. LAINO, A. MUSIO (a cura di), *Codice della persona e della famiglia: annotato con la giurisprudenza, rinvii alle formule e alla dottrina*, Milano, IPSOA, 2008
- E. LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno e Resp.*, 2009, 4, 363
- Y. LAMBERTE-FAIVRE, *L'éthique de la responsabilité*, in *RTD*, 1998, 1
- S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, in *Danno e Resp.* 2009, 45
- P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2008
- A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de famille*, Paris, Presses universitaires de France, 1996
- J.J. LEMOULAND, D. VIGNEAU, in *Recueil Dalloz*, 2006, panor. Mariage - Concubinage - pacte civil de solidarité, 1414
- R. LENOIR, *Politique familiale et construction sociale de la famille*, in *Rév. fr. sc. pol.*, 1991, 781
- F. LONGO, *Famiglia e responsabilità civile: rapporti tra coniugi e danno risarcibile*, in *Fam. dir.*, 2003, 3, 248
- F. LONGO, (a cura di), *Rapporti familiari e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2004
- V. MARCADE, P. PONT, *Explication du Code Napoléon*, Paris, Pedone, 1856
- A. MASSAFRA, in *Giur. it.*, 2000, 2235 (nota a sentenza)
- PH. MELIN, *Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile*, in *Gaz. Pal.* 2002, doct., 645
- L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990
- D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 137
- M. MEUCCI, *Danni da mobbing e loro risarcibilità*, Roma, Ediesse, 2002

- M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille, le droit. 1968-1998. trois décennies de mutation en Occident*, in *Rév. int. dr. comp.*, 2000, 691 (nota bibliografica)
- F. MILLET, *La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation*, in *JCP G*, n° 7, 15 février 2006
- P.G. MONATERI, *La responsabilità civile, Giuridica - Universitaria*, Torino, UTET, 1998
- P.G. MONATERI, *Il danno esistenziale "arriva" in cassazione*, in *Danno e Resp.*, 2000, 8, 835
- P.G. MONATERI, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.: una nozione salda o un'occasione di revisione codicistica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 523
- P. MOREAU, *Penser le droit de la famille avec Michel Villey*, in *Archives de philosophie du droit*, n. 50, 2006, 331
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 605 - 629
- G. MUCCINO, *La famiglia di fatto nella comunione legale e nel sistema risarcitorio ex art. 2043 c.c.*, in *Nuovo dir.*, 1996, 473
- P. MURAT (a cura di), *Droit de la famille*, IV éd., Paris, Dalloz, 2007
- T. NAPOLITANO, *La Famiglia sovietica: l'istituto della famiglia nella storia e nel diritto dell'URSS*, Roma, Edizioni della bussola, 1946
- E. NAVARRETTA, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ.*, 2004, 1, 3
- E. NAVARRETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ.*, 2008, 3, 500
- E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Foro it.*, 2009, I, 139
- A. NEGRI, *Il diritto all'amore e la battaglia in tribunale*, in *Il sole 24 ore*, 10 maggio 2009, 1
- R. NERSON, *Personnes et droit de famille*, in *Dalloz rep.* 1982, I, 5
- L. NEYRET, *Handicaps congénitaux: tout risque d'action en responsabilité civile d'un enfant contre sa mère n'est pas écarté*, in *Recueil Dalloz*, 2003, chron., 1711
- A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 929
- G. OBERTO, *Illecito civile e convivenza more uxorio*, in *Resp. civ.*, 1991, 3
- G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano, Giuffrè, 2006
- U. OLIVA, *Mobbing: quale risarcimento?*, in *Danno e Resp.*, 2000, 1, 27
- F. OUDIN, *Indemnités entre époux divorcés: faut-il abroger le nouveau article 266 du Code civil?*, in *Rev. jur. pers. fam.*, 2006, 12.

- M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ.*, 2007, 2005
- A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, in *Foro it.*, 2009, I, 123
- R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*, in *Foro it.*, 2009, I, 128
- R. PARTISANI, *Mobbing, illeciti di dolo e danno non patrimoniale da contratto*, in *Resp. civ.*, 2007, 03, 266
- S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1984
- S. PATTI, *Illeciti familiari: nuove sanzioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 04, 294
- S. PATTI, M.G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008
- S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 415
- D. PERBEN, *Compte rendu intégral*, in *JO déb. Sénat*, Séance du 7 janv. 2004, 48
- F. PICCALUGA, *Famiglia, malattia, abbandono e responsabilità civile*, in *Fam. dir.*, 2003, 2, 198
- V. POCAR, P. RONFANI (a cura di), *Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa*, Milano, Edizioni di Comunità, 1979
- V. POCAR, P. RONFANI (a cura di), *Forme delle famiglie forme del diritto: mutamenti della famiglia e delle istituzioni nell'Europa occidentale*, Milano, Angeli, 1991
- S. PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, Aix-en-Provence, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2007
- G. PONZANELLI, *Concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ.*, 1984, 36
- G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2009, I, 134
- A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I "nuovi" danni e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2003, 5, 461
- A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La responsabilità civile: strutture e funzioni*, Torino, Giappichelli, 2004
- A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e Resp.*, 2009, 32

- G. QUAGLIARIELLO, *Sulla responsabilità da illecito nel vigente codice civile*, Napoli, Jovene, 1957
- I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, Giappichelli, 2008
- A. QUERCI, *Responsabilità per violazione dei doveri familiari*, in *Danno e Resp.*, 2007, 1, 13
- G. RAMACCIONI, *Responsabilità civile e famiglia... un "idillio" che continua*, in *Danno e Resp.*, 2005, 8, 851
- A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1962
- P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 415
- P. RESCIGNO, *L'individuo e la comunità familiare*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, vol. II (1967-1978), Padova, CEDAM, 1988
- S. RIGUZZI, *Il mobbing: violenze morali e persecuzioni psicologiche sul lavoro*, Roma, CieRre, 2004
- C. RIMINI, *La violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità della famiglia?*, in *Resp. civ.*, 2006, I, 6
- I. RIVA, *Il PACS o la convivenza registrata in Francia*, in *Contratto e impresa – Europa*, 2005, 742
- J. ROCHE-DAHAN, *Les devoirs nés du mariage. obligations réciproques ou obligations mutuelles?*, in *RTD civ.*, 2000, chron. 735
- S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1994
- M. ROSSETTI, *Il danno da lesione della salute. Biologico - Patrimoniale - Morale*, Padova, CEDAM, 2001
- R. ROSSI, *Coabitazione indesiderata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ.*, 2006, 11, 913
- R. ROSSI (a cura di), *Famiglia e persone*, Torino, UTET, 2008
- J. RUBELLIN-DEVICHI, *Droit de la famille*, in *JCP G*, 2007, I, 22
- L. RUGGERI (a cura di), *I rapporti di famiglia nell'ordinamento comunitario*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2007
- B. RUPPRECHT-STROELL, *Difendersi dal mobbing*, II ed., Milano, TEA, 2007
- F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Commento Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 1966
- F. RUSCELLO, *I rapporti personali fra coniugi*, Milano, Giuffrè, 2000
- R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007

- F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, Jovene, 1961, 381
- R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, II éd., Paris, LGDJ, 1963
- G. SCALITI, *Alcuni aspetti del danno non patrimoniale nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Riv. dir e proc. civ.*, 1978, 1753
- L. A. SCARANO, *Crisi coniugale e obbligo di fedeltà*, in *Fam. dir.*, 2007, 249 (nota a sentenza)
- S. SCARPONI (a cura di), *Il mobbing. Analisi giuridica interdisciplinare (Atti del convegno tenutosi a Trento l'8 novembre 2007)*, Trento, Università degli studi di Trento, 2009
- R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 277
- G. SERRA, L. WILLIATTE-PELLITTERI, *Droit au divorce*, in *Recueil Dalloz*, 2006, 336
- M. SESTA, *Diritto di famiglia*, II ed., Padova, CEDAM, 2005
- M. SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, UTET, 2008
- M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in cassazione*, in *Fam. dir.*, 2005, 370 (nota a sentenza)
- M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Fam. dir.*, 2006, 380
- C. SGANGA, *Le Sezioni Unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno e Resp.*, 2009, 50
- P. SIMLER, P. HILT, *Le nouveau visage du Pacs: un quasi mariage*, in *JCP G*, 2006, I, 1495
- F. DE SINGLY, *La famille et le droit d'après Jacques Comaille*, in *Rév. franç. sociol.*, 1984, XXV, 135
- B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstain, 1947
- S. STOLJAR, *A history of the french law of divorce – I*, in *International journal of law, policy and family*, 1989, 3, 137
- S. STOLJAR, *A history of the french law of divorce – II*, in *International journal of law, policy and family*, 1990, 4, 1
- I. THERY, C. BIET (a cura di), *La famille, la loi, l'état de la révolution au code civil*, Paris, Imprimerie nationales, Centre Georges Pompidou, 1989
- R. TORINO (a cura di), *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, Torino, Giappichelli, 2004
- R. TORINO (a cura di), *Illeciti familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, in *Famiglia, Quaderni*, Milano, Giuffrè, 2006

- G. TRENTINI (a cura di), *Oltre il mobbing: le nuove frontiere della persecutività*, Milano, Angeli, 2006
- P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia: 1796-1975*, Bologna, Il Mulino, 2002
- C. VALLE, *Tutela aquiliana della relazione more uxorio (incestuosa)*, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 867 (nota a sentenza)
- C. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2004
- G. VENZI, *Manuale diritto civile italiano*, Torino, UTET, 1937
- P. VIRGADAMO, *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali e inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, II, 1894
- D. VIRIOT-BARRIAL, *Commentaire de la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs*, in *Recueil Dalloz*, 2006, 2350
- G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici: appunti*, Milano, Giuffrè, 1978
- G. VISMARA, *Scritti di storia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1987
- A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, in *Fam. dir.*, 1997, 462 (nota a sentenza)
- P. ZATTI, *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2002
- V. ZENO-ZENCOVICH, *Chi paga? Funzioni e illusioni del sistema della responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2002, 4, 457
- P. ZIVIZ, *La fine dei dubbi in materia di danno esistenziale*, in *Resp. civ.*, 2006, 1446
- A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 213
- A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il "nuovo" diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in *Il contratto di convivenza*, a cura di Moscati e Zoppini, Torino, Giappichelli, 2002
- A ZUCCHI, *Responsabilità civile e violazione dei doveri coniugali*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, 512