

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

ENRICO CAMILLERI

*Violazioni dei doveri familiari,
danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori*

CEDAM

VIOLAZIONI DEI DOVERI FAMILIARI, DANNO NON PATRIMONIALE E PARADIGMI RISARCITORI

di ENRICO CAMILLERI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Relazioni familiari e responsabilità civile. – 3. L'alternativa contrattuale di responsabilità: doveri di protezione ed obbligazione senza dovere primario di prestazione. Critica. – 4. L'appartenenza dei torti endofamiliari allo statuto generale della responsabilità aquiliana. – 5. Il dolo come limite all'operatività della causa di giustificazione di *iure suo uti*. – 6. Danno non patrimoniale e fattispecie aquiliana: la «fuga in avanti» per struttura e funzione. Prospettive di diritto europeo.

1. PREMESSA. Chiamato ad una «rilettura del Codice Civile» nell'anniversario dei cinquant'anni dalla sua emanazione, Pietro Rescigno ebbe a notare come esso avesse rivelato «la capacità di talune formule di prestarsi a contenuti nuovi senza nemmeno la necessità di ricorrere all'uso alternativo di schemi o concetti di riferimento»⁽¹⁾; gli faceva eco, nella medesima occasione celebrativa, Francesco Busnelli, il quale, con particolare riguardo proprio al «diritto delle persone», sottolineava quanto la geometria dei dogmi codicistici avesse finito col rinnovare la propria ragion d'essere in funzione della «bussola» apprestata dal dettato costituzionale⁽²⁾.

Ebbene, trascorsi ormai vent'anni dal tempo in cui quelle autorevoli considerazioni venivano svolte, nel mentre la direttiva di valorizzazione dell'individuo non sembra aver perso in forza propulsiva e si irradia anzi vigorosamente anche sul terreno dei rapporti privatistici di in-

dole squisitamente patrimoniale⁽³⁾, il sistema del codice, cui una lettura condivisa assegna, in materia di diritti della persona, il governo dei (soli) rimedi⁽⁴⁾, continua a mostrarsi versatile e reattivo rispetto al rinnovarsi delle istanze che giusto alla persona ineriscono.

Ne è riprova proprio l'arresto con cui nel 2008 le sezioni unite della Cassazione hanno non solo ridefinito il perimetro del danno non patrimoniale extracontrattuale ma altresì ribadito a chiare lettere quanto già da tempo era andato delineandosi in sede giurisprudenziale oltre che – entro circoscritti ma eloquenti ambiti – normativa, vale a dire l'ammissibilità del danno non patrimoniale da contratto⁽⁵⁾.

Sarebbe tuttavia fuorviante leggere in questa attitudine dei rimedi di diritto comune a tradurre in punto di tutela i bisogni individuali, il preludio di uno sbiadire delle loro reciproche linee di azione, specie in presenza di fattispecie che solo la (parziale) identità dei beni coinvolti consente di dire congeneri.

Ed in effetti, tra quelle tecniche rimediali è giusto quella aquiliana che si candida a presidiare più e meglio delle altre la sfera individuale, per lo meno in relazione a lesioni che non semplicemente maturino nella cornice della istituzione sociale primaria e della trama di re-

⁽¹⁾ Cfr. RESCIGNO, *Rilettura del Codice Civile*, in *I Cinquant'anni del Codice Civile*, Atti del Convegno di Milano, 4-6.6.1992, I, Giuffrè, 1993, 9 ss., ma spec. 19.

⁽²⁾ Cfr. BUSNELLI, *Il Diritto delle persone*, in *I Cinquant'anni del Codice Civile*, cit., 99 ss., ma spec. 137; vedi altresì le indicazioni di PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, 1991, *passim*.

⁽³⁾ Basti qui dire, pur prescindendo dal merito della argomentazioni impiegate e dalle forti perplessità che esse suscitano (su cui vedi NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno nonpatrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, in corso di pubblicazione), del chiaro avallo che la costruzione del danno non patrimoniale da contratto ha ricevuto ad opera delle Sezioni Unite nel 2008: cfr. CASS., sez. un., 11.11.2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. PIZZORUSSO, *Delle persone fisiche*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1988, *sub artt.* 1-4, 94 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. CASS., sez. un., 11.11.2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, cit.

lazioni affettive che la intessono, ma che originano a partire da condotte già integranti violazioni della disciplina giusfamiliare; quelle situazioni, in altri termini, ove qualificata è – in ragione del vincolo parentale – la relazione che lega danneggiante e danneggiato, qualificata – in termini di violazione delle prescrizioni del Libro I del codice civile – è, almeno in parte, la condotta da cui il pregiudizio scaturisce, epperò sporgente risulta la lesione di diritti fondamentali dell'individuo rispetto agli interessi che i rimedi «propri» del diritto di famiglia valgono ordinariamente ad amministrare ⁽⁶⁾.

2. RELAZIONI FAMILIARI E RESPONSABILITÀ CIVILE. Da tempo, grazie alle stringenti indicazioni attingibili dal dettato costituzionale, alla traduzione in disciplina organica in seguito fattane dalla legge di riforma del 1975 e, non ultimo, ai contributi di dottrina e giurisprudenza, il nostro ordinamento si è orientato verso una più moderna nozione di famiglia, non più istituzione a struttura gerarchica bensì comunità ⁽⁷⁾, luogo prima di altri deputato alla pro-

⁽⁶⁾ Vale la pena di chiarire, a mò di delimitazione del campo di indagine, che restringendo al solo profilo soggettivo il predicato della «qualificazione», la categoria dei danni intrafamiliari si risolverebbe in una inutile sovrastruttura, abbracciando casi in cui la relazione parentale nulla aggiunge e nulla toglie al sorgere ordinario – quanto ai presupposti – di un rapporto obbligatorio di fonte aquiliana. Casi, infatti, in cui il rapporto soggettivo «qualificato» che corre tra chi tiene la condotta illecita e chi ne patisce le conseguenze lesive rappresenta niente più che uno sfondo inerte, vuoi rispetto all'apprezzamento dell'agire dell'un soggetto, vuoi soprattutto in ordine alla qualificazione ed al trattamento giuridico da riservare al pregiudizio riportato dall'altro, a poco o nulla rilevando poi il fatto che la costanza del rapporto parentale renda per lo più «virtuale» l'attivazione concreta della pretesa riparatoria.

⁽⁷⁾ Chiaro, in tal senso, l'*obiter dictum* contenuto in CASS., 10.5.2005, n. 9801, in *Danno e resp.*, 2006, 37 e s., ma spec. 40. In parte diverso, com'è noto, l'autorevole insegnamento di MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 12 ss., ma spec. 13, ad avviso del quale la espunzione dei tradizionali connotati verticistici non importerebbe automaticamente l'abbandono della dimensione istituzionale della famiglia. I rischi di una eccessiva deriva

individualistica nella stessa visione dei rapporti familiari sono segnalati anche da MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 137 ss., ma spec. 144 e 146. Per una densa analisi sulla evoluzione del concetto di famiglia ed in specie sul suo affrancamento da una visione gerarchica e patriarcale v., da ultimo, PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della «società coniugale» in Italia*, Giuffrè, 2011, *passim*.

mozione individuale. E, del resto, in direzione convergente possono bene annoverarsi anche le molte disposizioni contenute nella c.d. Carta di Nizza, le quali non solo enfatizzano i diritti personali ma vi informano lo stesso svolgersi delle relazioni domestiche, lasciando intravedere un modello «inedito» di governo dei possibili conflitti tra gli uni e le altre che ai primi assegni tendenziale primazia ⁽⁸⁾.
Così, a misura che le istanze facenti capo al singolo sono andate recuperando di centralità, per un verso si è avvertito crescente un bisogno di irrobustimento di quelle tutele (individuali) già conseguibili attraverso gli istituti speciali del diritto di famiglia; e, per l'altro, si è potuti giungere al superamento della logica immunitaria che, per ragioni prettamente ideologiche – a fronte della fragilità dell'appiglio testuale fornito dalla norma sulla sospensione del decorso prescrizione (art. 2941, comma 1°, cod. civ.) – aveva visto il diritto (comune) letteralmente arrestarsi sulla soglia di determinati *status* individuali (/familiari) o, per lo meno, deviare, al loro cospetto, dal proprio corso ordinario ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Cfr. la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ed ivi spec. gli artt. 1, 23 e 24 dedicati alla dignità umana, alla parità tra uomini e donne ed ai diritti del bambino. Per l'emergere di un simile primato delle istanze individuali su quelle facenti capo alla compagine familiare già, nitidamente, in seno al nostro ordinamento, successivamente alla legge di riforma del 1975 cfr. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Giuffrè, 2005, 212 ss. ma spec. 215-216; SESTA, *Verso nuovi sviluppi del principio di eguaglianza fra i coniugi*, in questa *Rivista*, 2004, II, 385.

⁽⁹⁾ Vedi già le osservazioni critiche contenute nel pionieristico lavoro monografico di PATTI, *Famiglia e immunità*, Giuffrè, 1984, 97 ss., ma spec. 105 s. Per una più articolata panoramica in argomento sia

Da qui la penetrazione progressiva, nella cornice domestica, di congegni e tecniche di diritto privato generale – si è parlato opportunamente di «privatizzazione» delle relazioni familiari⁽¹⁰⁾ – che certo ha riguardato in primo luogo il contratto – per esempio con riferimento a tutte le manifestazioni di autonomia negoziale relative ai rapporti patrimoniali – ma a cui non è rimasta estranea la stessa responsabilità civile, nel frattempo affrancatasi dall'appiattimento al diritto soggettivo assoluto e via via restituita con pienezza di significato⁽¹¹⁾ a quella morfologia bipolare tra danni (risarcibili) patrimoniali e non che, per quanto già nelle norme, è stata tradizionalmente svilita quando non svuotata di senso dalla riduzione del polo «non patrimoniale» (art. 2059 cod. civ.) alla sola figura del danno morale subiettivo.

La compatibilità, meglio la sovrapposibilità, tra responsabilità civile e rimedi giusfamiliari è, del resto, desumibile a chiare lettere dal sistema. Basti pensare a disposizioni, codicistiche e non, quali l'articolo 129 *bis* cod. civ., l'articolo 6, ult. comma, della legge sul divorzio, l'art. 49 legge adozione⁽¹²⁾ e, buon ultimo, l'art. 709 *ter* cod. proc. civ.

Senza dire, poi, che in direzione del tutto convergente militano numerosi dati attingibili dall'esperienza di altri ordinamenti. Basti citare il caso francese, laddove da tempo la giurisprudenza riconduce al paradigma dell'articolo 1382 *code civil* violazioni di condotte giusfamiliari «proprie», epperò lesive della sfera personale di uno dei coniugi⁽¹³⁾. Ovvero, ancora,

inoltre consentito rinviare a CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 145 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. le suggestive pagine di ZATTI, *Familia, Familiae – Declinazione di un'idea*, I, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2009, 9 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. CASS., sez. un., 11.11.2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Danno e resp.*, 2009, 19 s.

⁽¹²⁾ Per la analoga valorizzazione degli elementi desumibili dalle disposizioni citate cfr. già FERRANDO, *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, nel *Trattato della responsabilità civile*, diretto da VISINTINI, I, *Inadempimento e rimedi*, Cedam, 2009, 393 ss., ma spec. 401.

⁽¹³⁾ Cfr. COUR D'APPEL AIX-EN-PROVINCE, 3.5.2011, n. 292, in *Jurisdata* che condanna un co-

volgendo lo sguardo oltreoceano, osservare che – al netto del solo caso della Louisiana, unico stato in cui la dottrina della *immunity of spouses* rimane codificata – il quesito sulla ammissibilità di una tutela risarcitoria per lesioni non patrimoniali cagionate da un coniuge all'altro, non solo sia stato risolto positivamente⁽¹⁴⁾, ma abbia finanche condotto alla messa a punto della categoria dei cc.dd. *spousal emotional abuses*, di cui si suggerisce da più parti la riconduzione all'alveo del § 46 del *Restatement Second on Torts*, dedicato alle condotte dolose o gravemente negligenti che causino «*Severe Emotional Distress*»⁽¹⁵⁾.

Non dovrebbe stupire, quindi, se, ad ormai più di dieci anni dal *leading case* del 2000 con cui la Cassazione statui la risarcibilità del danno da lesione di diritti fondamentali, patito dal figlio a cui fosse stato reiteratamente negato il riconoscimento da parte del genitore biologico⁽¹⁶⁾, l'impiego della tecnica aquiliana, in relazione a pregiudizi originati da condotte già integranti violazione di regole «proprie» giusfamiliari, mostri di avere perduto i tratti della eterodossia, affinandosi in un susseguirsi di pronunzie di legittimità e merito che spaziano ormai dalle relazioni genitoriali a quelle coniugali⁽¹⁷⁾.

niuge a risarcire il danno ingiusto arrecato all'altro dal reiterato inadempimento del debito coniugale. Per più ampi riferimenti cfr. già MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 608.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *Price v. Price*, 732 S.W. 2d 316 (Texas 1987), disponibile su *www.leagle.com*.

⁽¹⁵⁾ Cfr. SHMUELI, *Tort Litigation Between Spouses: Let's Meet Somewhere in the Middle*, in *Harvard Neg. Law Rev.*, 15 (2010), 201 ss.; per la necessità di rendere particolarmente selettiva la categoria degli *spousal emotional abuses*, v. ELLMAN-SUGARMAN, *Spousal Emotional Distress as a Tort?*, in *Maryland Law Rev.*, 52 (1996) 1268 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. CASS., 7.6.2000, n. 7713, in *Fam. e dir.*, 2000, 159 ss., con nota di DOGLIOTTI.

⁽¹⁷⁾ Si vedano, da ultimo, CASS., 15.9.2011, n. 18853, in *Fam., pers. e succ.*, 2012, 92 ss., con nota di BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi*; CASS., 17.1.2012, n. 610, disponibile su *www.personaedanno.it*. Per un'ampia rassegna della casistica giurisprudenziale

3. L'ALTERNATIVA CONTRATTUALE DI RESPONSABILITÀ: DOVERI DI PROTEZIONE ED OBBLIGAZIONE SENZA DOVERE PRIMARIO DI PRESTAZIONE. CRITICA. Nondimeno, l'intersezione tra tecnica aquiliana e regole giusfamiliari rimane ancora materia di dibattito, o quanto meno motivo di perplessità e distinguo. Circo- stanza, questa, che tanto più deve suonare paradossale quanto solo si consideri che indiscussa si ritiene invece la versatilità proprio della tutela in *tort* in relazione ai c.d. danni eso-familiari – così qualificandosi le ipotesi in cui il danno ingiusto sia riportato dal singolo in dipendenza e per effetto di condotte che un terzo abbia tenuto nei riguardi di un proprio congiunto – pure ad onta del fatto che in essi la lesione dei valori inerenti la persona viene necessariamente mediata da quella arrecata alla relazione familiare⁽¹⁸⁾; laddove, al contrario, nei danni endofamiliari il danno matura in presa diretta sulla sfera personale del danneggiato, poiché la violazione della prescrizione comportamentale «propria» concorre a designare la

in tema di danni endofamiliari cfr. FACCI, *Il danno endofamiliare*, in *Fam. e dir.*, 2011, 1147 ss.

⁽¹⁸⁾ In parte diversa, al riguardo, l'analisi di CASTRONOVO (*Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 5 ss., ma spec., 7), ad avviso del quale, nelle ipotesi di danni derivanti da uccisione o lesione del congiunto, la lesione sarebbe sì riflessa ma legata pur sempre – al pari dei casi di danni endofamiliari – ad una lesione primaria costituita dalla offesa alla integrità della vittima e non già dall'attentato alla *societas* familiare: «Richiamarsi all'art. 29 Cost. per fondare il risarcimento del danno alla persona patito dal familiare della vittima del fatto illecito significa cadere in una chiara forzatura». Vale tuttavia, in questa sede, riportarsi all'insegnamento di RESCIGNO, *Rapporti tra l'individuo e la comunità familiare*, in *Persona e comunità familiare*, a cura di STANZIONE, Esi, 1982, 35 ss., spec. 42, secondo cui, nei rapporti della famiglia con i terzi, il singolo è considerato quale partecipe della comunità e rileva la comunità come tale: «La stessa materia del risarcimento del danno, quando la lesione consista nella perdita del mantenimento o dell'aspettativa di essere mantenuti da un soggetto familiare, rispetto al terzo e specificamente rispetto all'autore del danno, propone una nozione di gruppo familiare quale comunità – e storicamente è la spiegazione della risarcibilità di quei danni – da un particolare vincolo di solidarietà».

condotta materiale lesiva anziché la lesione in sé (danno ingiusto).

Certo, le perplessità che ancora residuano, specie presso parte della dottrina, in merito alla lettura extracontrattuale dei danni endofamiliari non si radicano più ovviamente nell'idea di una immunità delle relazioni domestiche al diritto comune, né in una pretesa autosufficienza della disciplina speciale e dei rimedi che la compongono⁽¹⁹⁾. A questo ultimo riguardo, anzi, proprio la giurisprudenza più recente ha cura di rimarcare a chiare lettere lo scarto che si dà tra il ristretto orizzonte teleologico ascrivibile agli istituti di diritto di famiglia e quello più ampio ed articolato discendente dal predicato di inviolabilità che i diritti della persona preservano pure nella cornice delle relazioni parentali; scarto tale da segnalare lo sporgere di un bisogno di tutela che solo i rimedi del diritto comune possono soddisfare⁽²⁰⁾.

Piuttosto, quelle voci critiche si levano in funzione di una predilezione per la declinazione in chiave contrattuale del paradigma di responsabilità, giustificata attraverso un doppio ordine di argomenti: quello della inconciliabilità tra responsabilità delittuale e preesistenza di un rapporto giuridico che leghi danneggiante e danneggiato⁽²¹⁾, e quello di una asserita maggiore pertinenza della coppia inadempimento/ responsabilità *ex contractu*, per lo meno in relazione a condotte che, come nel caso dei danni endofamiliari, di per sé ammontino a violazioni di specifiche prescrizioni comportamentali.

Più precisamente, individuato nella violazione di un rapporto improntato a reciproci affidamenti – piuttosto che nella causazione di un danno – il *quid proprium* del mancato adempimento dei doveri (/obblighi) familiari, e rilevato, per altro verso, come il paradigma dei cc.dd. obblighi di protezione, consenta, già in ambiti prettamente patrimoniali, di valorizzare

⁽¹⁹⁾ In tale direzione v. però ZACCARIA, *L'infedeltà: quanto può costare? Ovvero, è lecito tradire solo per amore*, in *Studium Iuris*, 2000, 524 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. CASS., 15.9.2011, n. 18853, cit., par. 2.3.

⁽²¹⁾ Cfr. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 929 ss., ma spec. 937 e 959.

le relazioni cc.dd. di prossimità⁽²²⁾, si propende per una lettura del vincolo familiare in termini di rapporto obbligatorio per l'appunto caratterizzato da doveri di protezione, così che la sua violazione debba slittare, siccome «inadempiamento» di questi ultimi, all'interno del paradigma di responsabilità contrattuale⁽²³⁾.

Ora, su entrambi i fronti mi pare, però, che possano muoversi fondate obiezioni, così che ancora sulla responsabilità extracontrattuale si debba poi finire col ripiegare.

Pacifico è, certo, che quella risarcitoria *ex delicto* sia obbligazione intercorrente tipicamente tra *estranei*, ossia tra soggetti non già uniti, prima del danno che l'uno (soggetto attivo) abbia arrecato all'altro (soggetto passivo), da alcuna relazione giuridicamente rilevante⁽²⁴⁾. Altrettanto chiaro è, però, che la estraneità tra danneggiante e danneggiato meglio si specifichi come insussistenza (solo) di quel particolare genere di rapporto giuridico dal quale possa scaturire un vincolo di responsabilità *alternativo* rispetto a quello extracontrattuale, *in relazione alla tenuta della medesima condotta* parimenti oggetto di disvalore.

Occorre in altri termini che l'identificazione di un *illecito* nell'agire di una parte, non ammonti già a violazione di un «obbligo funzionale alla realizzazione del diritto», prima ancora che alla violazione della più generica doverosità quale è quella che si ricava dal precetto di *alterum non laedere*⁽²⁵⁾. Da qui, pertanto, la non

automatica interferenza di una preesistente relazione (familiare) tra danneggiante e danneggiato con l'insorgere, tra di essi, di un vincolo risarcitorio extracontrattuale; o per lo meno non quante volte quel rapporto – ed è il caso dei danni endofamiliari – venga in rilievo nei suoi aspetti e per quei suoi contenuti di doverosità, né accostabili ad un obbligo primario di prestazione in senso tecnico, né soprattutto corredati dai tratti stessi della patrimonialità, di modo da mantenersi estraneo al paradigma dell'obbligazione⁽²⁶⁾.

Passando, poi, alla tesi della maggiore pertinenza del modello contrattuale di responsabilità giova intanto una premessa preliminare.

Non v'è dubbio che ricorrano contenuti classicamente obbligatori – e che d'indole contrattuale siano le relative conseguenze risarcitorie – per vincoli quali quello di contribuzione, di mantenimento o ancora per l'ampia gamma dei doveri attinenti alla gestione della comunione legale⁽²⁷⁾; altrettanto non può però dirsi riguardo a quei comportamenti che, seppur essi stessi «dovuti» in ambito familiare, degli elementi di patrimonialità appaiano sforniti. Comportamenti declinabili a partire o dall'ampia formula di cui all'articolo 143, comma 2° cod. civ., prescrittiva di fedeltà, assistenza, collaborazione e coabitazione tra coniugi⁽²⁸⁾;

MUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempiamento*, *ivi*, 2003, 670.

⁽²⁶⁾ Insiste sulla caratteristica non patrimonialità degli interessi legati alla tenuta di condotte prescritte in ambito domestico, e dunque sulla carenza, in relazione ad essi, di un dovere primario di prestazione in senso tecnico, anche FERRANDO, *Violazione dei doveri familiari*, cit., 399. Per una diversa impostazione vedi, però, PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam., pers. e succ.*, 2011, 14 ss., ma spec. 17 ss.

⁽²⁷⁾ Per una disamina delle principali fattispecie obbligatorie, fonte dunque di responsabilità contrattuale, nel contesto familiare, cfr. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Giuffrè, 2006, 23 s.; FERRANDO, *La violazione dei doveri familiari*, cit., 407 s.

⁽²⁸⁾ Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1988, sub artt. 1173-1176, 91 s.; OBERTO, *op. ult. cit.*, 13 s.; FERRANDO, *Violazione dei doveri familiari*, cit.,

⁽²²⁾ *Ibidem*, 944.

⁽²³⁾ Anche sulla scorta di qualche convergente indicazione tratta dalla giurisprudenza di merito: v., segnatamente, APP. TORINO, 21.2.2000, in *Foro it.*, 2000, 1555. In senso analogo v., fra gli altri, VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam., pers. e succ.*, 2007, 197 ss., ma spec. 200; DI ROSA, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato. Le funzioni della responsabilità civile*, a cura di MAUGERI e ZOPPINI, Il Mulino, 2009, 407-421.

⁽²⁴⁾ Vedi per tutti CASTRONOVO, voce «Obblighi di protezione», in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Ed. Enc. it., 1990, 2; ID., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 69 s.

⁽²⁵⁾ Vedi, in tal senso, le osservazioni di MAZZA-

ovvero ancora dal testo dell'art. 147 cod. civ., riguardante i doveri verso i figli⁽²⁹⁾, naturalmente al netto degli obblighi di mantenimento, per i quali è viceversa il successivo art. 148 cod. civ. ad evocare espressamente il paradigma dell'obbligazione e la sua fisiologica dinamica esecutiva (i.e. adempimento)⁽³⁰⁾.

Senonché, giusto in relazione ai doveri familiari sforniti di contenuto patrimoniale, una lettura in chiave contrattuale della loro violazione accusa limiti che investono non solo e non tanto il piano dell'opportunità in punto di politica del diritto⁽³¹⁾, ma anche e soprattutto quello della sostenibilità in punto di teoria.

Vero è, infatti, come si è anche di recente ribadito a commento critico dell'*iter* argomentativo seguito dalle sezioni unite per avallare la risarcibilità dei danni non patrimoniali da contratto⁽³²⁾, che, a coronamento di un lungo e

399 s. Più in generale cfr. ZATTI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, nel *Trattato Rescigno*, III, Utet, 1996, 15. Vedi altresì SPANGARO, *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di SESTA, cit., 112 s.

⁽²⁹⁾ Del medesimo tenore, rispetto all'art. 147 cod. civ., è peraltro anche l'art. 12 l. 4.5.1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*).

⁽³⁰⁾ Cfr. VISINTINI, *Violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, cit., 407 ss.; FACCI, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., 204 s. Giova peraltro sottolineare come, sempre a mente dell'articolo 148 cod. civ., il «credito» da prestazione di mantenimento a favore della prole goda – a mò di integrazione e specificazione delle ordinarie tutele creditorie – di una tecnica, insieme, di esecuzione forzata (per gli inadempimenti pregressi) e di tutela preventiva (per il rischio di inadempimenti prossimi), costituita dalla c.d. «distrazione giudiziale»: cfr. ampiamente PARADISO, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1990, sub artt. 143-148, 312 s. nonché PACIA, *Doveri dei genitori e responsabilità*, in *La resp. civ.*, 2006, 103 ss., ma spec. 108.

⁽³¹⁾ Su cui rinviamo ancora al nostro *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, cit., 2010, 145 ss., ma spec., 177 ss.

⁽³²⁾ Vedi, per tutti, ancora i persuasivi rilievi di NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., *passim*.

graduale processo⁽³³⁾, pure la responsabilità contrattuale è oggi pienamente in grado di fornire ristoro a *non pecuniary losses*⁽³⁴⁾. E vero è del pari che ciò avviene sì sulla base dell'articolo 1218 cod. civ., ma collocato entro un quadro dogmatico e normativo che ne vede allentata l'inerenza esclusiva al rapporto obbligatorio c.d. lineare, a favore di un rapporto complesso, composto anche da *obblighi di natura accessoria*⁽³⁵⁾, tra i quali spiccano per l'appunto anche quelli di protezione della persona (oltre che del patrimonio).

Gli è però che l'indole pacificamente non patrimoniale dei «doveri» discendenti dagli artt. 143, comma 2°, e 147 cod. civ., in una con l'esclusione di un qualsiasi rapporto obbligatorio in senso tecnico, è d'ostacolo a che si faccia capo alla teorica stessa dei doveri di protezione, la quale, infatti, per quanto valorizzi l'autonomia dello *Schutzinteresse* rispetto al *Leistungsinteresse*, vuole comunque l'uno e l'altro confluire, a mò di segmenti complementari, entro un rapporto obbligatorio sì complesso ma pur sempre unitario⁽³⁶⁾, così che in tanto si giustifichi l'attrazione alla responsabilità contrattuale di interessi altrimenti coperti dal generale precetto di *neminem laedere*, in quanto

⁽³³⁾ Di «innesto del danno non patrimoniale nelle strutture del diritto privato», parla CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 787 s., ma spec. 806, riferendosi anche alle chiare indicazioni che, a favore di una risarcibilità del danno non patrimoniale in ambito contrattuale, provengono sia dai Principi di Diritto Europeo dei Contratti (art. 111.3:701) sia dai Principi di Diritto Europeo (VI-6:101).

⁽³⁴⁾ Molto opportunamente si è infatti sottolineato come il danno alla persona, da un canto, ed il danno meramente patrimoniale, dall'altro, siano stati oggetto – giusto per il tramite degli obblighi di protezione – di una forza attrattiva esercitata dalla responsabilità contrattuale: cfr. GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Inadempimento e rimedi*, cit., 73 s., ma spec. 80 s.

⁽³⁵⁾ Cfr. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 625, ed ivi entrambi i passaggi riportati in corsivo nel testo. ID., *Il mobbing*, Giuffrè, 2004, 24.

⁽³⁶⁾ Cfr. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 839 ss., ma spec. 868.

questi siano tali che la loro lesione risulti rianodabile «ad una condotta strumentale (...) all'esecuzione o alla ricezione della prestazione principale, restando ogni altro comportamento (e quindi ogni altra conseguenza scaturente dal medesimo) del tutto estraneo al rapporto obbligatorio in quanto selettore di ciò che è rilevante ai propri fini»⁽³⁷⁾.

D'altra parte, giova aggiungere, neppure potrà farsi capo al paradigma dell'obbligazione senza dovere primario di prestazione.

Anche a voler prescindere dalle autorevoli opinioni che reputano il *Leistungsverpflichtung* in senso tecnico imprescindibile affinché di obbligazione e responsabilità contrattuale sia dato parlare⁽³⁸⁾, gli è infatti che lo schema dello «*Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungsverpflichten*», rende al più strutturalmente meglio visibile quanto per il resto vale già in presenza di contratto (o altro titolo del rapporto obbligatorio) ma viene dal concorrere di quest'ultimo occultato o mimetizzato⁽³⁹⁾, ossia lo scaturire degli *Schutzpflichten* pur sempre da fonti legali, a partire dalla fondamentale regola di correttezza dettata dall'articolo 1175 cod. civ. e dalle ulteriori specificazioni che essa trae dalle direttive di uniformazione delle condotte contrattuali a canoni di buona fede, parimenti tradotte in norme positive dagli artt. 1337, 1366 e 1375 cod. civ.⁽⁴⁰⁾. Epperò, mentre l'una e le altre norme esauriscono il proprio raggio d'azione al di qua dei rapporti obbliga-

tori in generale e di quelli di fonte contrattuale in particolare, così da non poter essere riferite a contesti quali quello dei rapporti personali tra coniugi o tra genitori e figli, le disposizioni giusfamiliari prima richiamate, vale a dire gli artt. 143, comma 2° e 147 cod. civ., non sono, dal canto loro, in grado di replicarne ruolo ed effetti; a tacer d'altro, perché non già prescrittive di un *Sollen* che dia contenuto di doverosità ad una relazione la quale *normalmente* (seppur non necessariamente) prelude ad ulteriori arricchimenti di contenuti ed interessi, legati al successivo sorgere del dovere primario di prestazione⁽⁴¹⁾, bensì perché costitutivi di rapporti – personali endofamiliari – viceversa destinati a mantenersi altro da quelli obbligatori in senso tecnico.

Inoltre, al di là delle varianti della protezione del patrimonio⁽⁴²⁾, se l'oltrepassamento della «culpa in contrahendo» come tipica (ed unica) ipotesi di obbligazione senza dovere primario di prestazione, in vista della annessione a tale ultimo paradigma anche di «tutte le situazioni che, come quella della trattativa precontrattuale, mettono la sfera giuridica di ciascuna parte alla mercè dell'altra»⁽⁴³⁾, riposa comunque sulla traducibilità quale *culpa in non faciendo* di quella che rileverebbe comunque e altrimenti (*ex lege Aquilia*) come mera *culpa in faciendo*⁽⁴⁴⁾, in virtù di una relazione qualificata tra i soggetti coinvolti e del *Sollen* che la vivifica, questo non è effetto che sembra potersi fare discendere anche dalle prescrizioni comportamentali «proprie» delle relazioni parentali.

Gli obblighi di prestazione riferiti alla sfera della persona esibiscono, infatti, sempre un caratteristico allineamento rispetto ai due poli

⁽³⁷⁾ Cfr. NIVARRA, *op. ult. cit.*, 11.

⁽³⁸⁾ Così DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, 2009, 58 ss., ma spec. 66.

⁽³⁹⁾ Cfr. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 679 ss., ma spec. 680, laddove rileva «l'abuso linguistico» che risiede nell'indicare come «accessori» obblighi, quali quelli di protezione, che in realtà nascono prima ed al di fuori del contratto.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. CASTRONOVO, voce «Obblighi di protezione», in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Ed. Enc. it., 1990, 4 e 6, ove in particolare individua altri dispositivi normativi che, pur sempre nella cornice del rapporto obbligatorio (anche ma non esclusivamente di matrice contrattuale), ammontano a scaturigine di doveri di protezione; ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, 1995, 147 ss. ma spec. 151 ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 55 ss., *passim*.

⁽⁴²⁾ Laddove, infatti, in difetto di relazione qualificata, non è ipotizzabile una ricaduta della medesima condotta all'interno della responsabilità in torto, essendo il danno meramente patrimoniale sfornito di una *norma primaria* di copertura che ne consenta la lettura in termini di danno ingiusto.

⁽⁴³⁾ Così CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 696.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. ID., voce «Obblighi di protezione», cit., 3.

della responsabilità di diritto civile – situandosi, per l'appunto, tra contratto e torto – a misura che sia dato scorgervi condotte di per sé suscettibili di essere collocate nella cornice della responsabilità aquiliana, siccome immediatamente lesive di situazioni di appartenenza, anzi di appartenenza «qualificata» dalla inviolabilità del diritto leso⁽⁴⁵⁾. Lo confermano tutte le principali figure fin qui enucleate in dottrina (e, più o meno consapevolmente, accolte dalla giurisprudenza), per lo più attinenti alla salvaguardia del bene salute: si pensi alla posizione del medico dipendente della struttura sanitaria verso il paziente che riceve il trattamento diagnostico e/o terapeutico⁽⁴⁶⁾, ovvero a quella tra istituto scolastico ed insegnante, relativamente alla salvaguardia della incolumità fisica dell'alunno, durante le ore di sua permanenza a scuola.

Altrettanto non può però dirsi anche in relazione alle prescrizioni comportamentali «proprie» desumibili dagli artt. 143, comma 2^o, e 147 cod. civ., la loro violazione non integrando infatti, di per sé, gli estremi del danno ingiusto. Ad impedirlo è, per così dire, un ammanco assiologico della fattispecie, ossia il loro mancato porsi – a differenza di quanto non valga per altre ipotesi di obblighi di protezione, direttamente scaturenti da specifiche disposizioni normative, quali gli artt. 1681 e 2087 cod. civ. – in presa diretta con situazioni di appartenenza, tanto meno con situazioni di appartenenza involgenti diritti inviolabili dell'individuo; del che offre peraltro indiretta riprova la stessa giurisprudenza quando, proprio in tema di danni endofamiliari, esclude sussistere un danno *in re ipsa*, legato alla mera loro violazione delle regole di condotta⁽⁴⁷⁾.

(45) Parla, non a caso, di «obblighi di comportamento che fungono da usbergo, da protezione appunto dei diritti messi a repentaglio», ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 696.

(46) Cfr. ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 475 s.; NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, 872 s.

(47) Cfr., da ultimo, CASS., 17.1.2012, n. 610, cit.; v. altresì la casistica analizzata da FACCI, *Il danno endofamiliare*, cit., 1154 ss.

Discorso diverso deve, certo, farsi in relazione ai doveri imposti a carico dei genitori nei riguardi dei figli: per poco che questi sottendano infatti anche una posizione di garanzia involgente la salvaguardia dei diritti della personalità e più in generale dei diritti inviolabili riferibili al minore, si inverte, qui, giusto quell'allineamento tra dimensione obbligatoria attuale (in quanto legata alla sussistenza di una cornice di relazione) e dimensione delittuale potenziale (perché esito che scaturirebbe comunque al difettare di quella) che caratterizza gli obblighi di protezione della persona.

È però questa volta sul piano della responsabilità, ed indirettamente, dunque – a smentita della riconduzione all'alveo dell'obbligazione – anche su quello della fattispecie che vi dà luogo, che si apprezza un allontanamento dal polo contrattuale ed un riposizionamento su quello aquiliano.

A venire in rilievo non è più, infatti, come osservato dalla angolazione dei doveri tra coniugi, un «ammanco» assiologico della fattispecie, bensì, per così dire, una sua sporgenza strutturale, che inesorabilmente si riverbera sul versante della responsabilità di cui è scaturigine: il riferimento è – ma vi si tornerà fra breve – alla imprescindibilità del dolo (generico) in colui che tenga la condotta lesiva, ai fini della imputabilità di un obbligo risarcitorio, se del caso aggiuntivo rispetto all'operare del rimedio «proprio» (ad esempio la decadenza dalla potestà genitoriale, *ex art. 333 cod. civ.* ovvero le misure di cui all'art. 342 *ter cod. civ.*).

Il che è, però quanto dire, dal punto di vista considerato, di una responsabilità che allora, per struttura, si rivela altra da quella contrattuale, ai fini della cui venuta ad esistenza rimane infatti del tutto ininfluyente ogni connotazione soggettiva della condotta, seppure interferente con l'operare di cause di giustificazione⁽⁴⁸⁾.

(48) V., per tutti, MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 515; CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto: Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, 1995, 147 s., ma spec. 157 s.; ID., *Le due specie di responsabilità, e il problema del concorso*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 69 s., ma spec. 73. Per una più approfondita analisi del

4. L'APPARTENENZA DEI TORTI ENDOFAMILIARI ALLO STATUTO GENERALE DELLA RESPONSABILITÀ AQUILIANA. Si ritorna così al punto di partenza, ossia al congegno aquiliano, laddove però la più accurata messa a punto della fattispecie di responsabilità legata agli illeciti endofamiliari si mostra ben lungi dal costituire un momento di necessaria curvatura settoriale del rimedio di diritto comune ma, al contrario, risalta quale avamposto di sue trasformazioni, certo di struttura ma fors'anche di funzione.

Quel che gli illeciti endofamiliari sottendono, come categoria autonoma, è che determinate condotte, già di per sé integranti violazioni di doveri «propri» della relazione familiare – e non anche invece valevoli tra estranei – contribuiscano al prodursi di un danno ingiusto (non patrimoniale) a carico di un congiunto di chi le ponga in essere; di più, che di quel danno esse costituiscano una *tipica* scaturigine. Donde però il passo è breve fino ad ipotizzare un interessamento a carico della stessa struttura analitica della responsabilità civile.

Il pensiero corre, naturalmente a quelle costruzioni che accreditano il segno della condotta, sotto forma di sua antiggiuridicità, quale coelemento della fattispecie aquiliana. Rinviando alla più approfondita disamina già fatta in altra sede ⁽⁴⁹⁾, ci si può qui limitare a richiamare gli insegnamenti autorevoli che, fissata nell'art. 2043 cod. civ. la norma di fattispecie della responsabilità extracontrattuale, ribadiscono l'irrelevanza, in seno ad essa, del tratto *non iure* della condotta del danneggiante ai fini della codeterminazione della ingiustizia del danno prodotto, a cagione se non altro del carattere di norma secondaria (oltre che, per l'appunto, di fattispecie) che è ascrivibile allo stesso articolo 2043 cod. civ. ⁽⁵⁰⁾.

ruolo che il dolo riveste nelle ipotesi di danni cc.dd. endofamiliari sia ancora consentito di rinviare al nostro *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, cit., 197 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari*, cit., 192 ss.

⁽⁵⁰⁾ Ampia disamina critica in CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 17 ss.; MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e danno meramente*

Ed in verità, ad un più attento esame, ci si avvede di come gli stessi illeciti endofamiliari finiscano col corroborare, anziché smentire, queste fondamentali indicazioni ricostruttive. Guardando alla ormai copiosa casistica giurisprudenziale ne esce ribadita l'insufficienza della condotta vietata a fare scaturire come automatico l'effetto risarcitorio, per poco che si escluda il ricorrere di un danno *in re ipsa* in presenza di violazioni di doveri coniugali quali quelli di assistenza morale e materiale, fedeltà, ecc.; ovvero ancora dei doveri legati alla sfera della genitorialità, richiedendosi, al contrario, nell'uno come nell'altro caso, ulteriori e più precisi riscontri probatori, attinenti proprio alla lesione cagionata a carico di diritti fondamentali della persona ⁽⁵¹⁾, così da implicitamente escludere che le disposizioni giurifamiliari di volta in volta violate siano sufficienti ad integrare di per sé norme primarie ⁽⁵²⁾.

È semmai da altra angolazione che i danni intrafamiliari parrebbero a prima vista imprimere una qualche curvatura settoriale al rimedio in *tort*. Il riferimento è, precisamente, alla già ricordata necessaria sussistenza di un dolo generico in colui che tenga la condotta contraria alle prescrizioni comportamentali attinenti alla relazione domestica, alla stregua di quella che è ormai una costante dell'indirizzo interpretativo favorevole al ricorso al paradigma extracontrattuale per questo genere di ipotesi.

Anche in tal caso è però facile ribadire il ricorrere di null'altro che di più generali canoni applicativi, riferibili all'operare del rimedio ex-

patrimoniale, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 349 ss. ma spec. 362; SCOGNAMIGLIO, *L'ingiustizia del danno*, nel *Trattato Bessone*, X, 1, Giappichelli, 2005, 42 s.

⁽⁵¹⁾ Cfr., *ex multis*, APP. BRESCIA, 5.6.2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 481 ss.; da ultimo, TRIB. VENEZIA, 14.5.2009, cit. Per una più ampia rassegna giurisprudenziale cfr. BILOTTA, *La famiglia*, in BILOTTA-ZIVIZ, *Il nuovo danno esistenziale*, cit., *passim*; FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Giuffrè, 2003, *passim*

⁽⁵²⁾ Cfr. CASS., 10.5.2005, n. 9801, cit.; APP. TORINO, 21.2.2000, in *Foro it.*, 2000, I, 1555 s.; nella medesima direzione si veda, da ultimo, CASS., 15.9.2011, n. 18853, cit.

tracontrattuale, quali segnatamente risultano essere le cause di giustificazione.

Se è vero, infatti, che la tenuta di condotte che nella prospettiva della regolazione giuridica della famiglia ammontino a violazione di doveri di contenuto non patrimoniale, non integra automaticamente danno ingiusto ai sensi e per gli effetti degli artt. 2043 e 2059 cod. civ., e può anzi venire letta quale esercizio di libertà e/o diritti spettanti al singolo soggetto (coniuge, genitore o figlio che sia) ⁽⁵³⁾, accade che, ferma restando la applicazione del rimedio specifico eventualmente previsto di volta in volta dalle disposizioni del libro I del codice civile, quand'anche si sia in presenza di un danno ingiusto non patrimoniale a carico di un congiunto, imputabile eziologicamente a quelle medesime azioni (/o omissioni), il generarsi dell'effetto risarcitorio possa venire neutralizzato dall'operare della causa di giustificazione di *iure suo uti*, per lo meno se ed in quanto non sia dato scorgere il sussistere di un dolo (generico) nell'agente e, con esso, uno stravolgimento – in chiave di lesione altrui – delle finalità per le quali poteri e facoltà, siano riconosciuti al singolo.

Così, ad esempio, non il semplice disinteresse nei confronti della prole, bensì una reiterata, ingiustificata violazione dei doveri genitoriali, unita alla consapevolezza circa il carattere lesivo di un simile comportamento, è stato ritenuto giustificare la condanna al risarcimento del danno a carico di un padre che avesse omesso di adempiere ai propri doveri educativi ed assistenziali nei confronti della figlia naturale ⁽⁵⁴⁾. Ancora, accertata la lesione del diritto fondamentale al pieno esercizio del ruolo genitoriale, è stato l'atteggiamento di consapevole ostruzionismo, ed anzi di esplicito condizionamento emotivo a carico del figlio minore, tenuto dal genitore affidatario, a giustificare il diritto al risarcimento del danno in favore dell'altro, cui

⁽⁵³⁾ Basti ricordare, del resto, l'indirizzo giurisprudenziale che qualifica come diritto di libertà quello di separarsi o divorziare.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. TRIB. VENEZIA, 30.6.2004, in *Fam. e dir.*, 2005, 297 s., ed ivi il passaggio ove la corte rileva essere «*intenso, per l'effetto, il dolo che connota la condotta del convenuto*» (ivi, 298).

fosse stato sostanzialmente precluso il pieno, libero esercizio del diritto di visita ⁽⁵⁵⁾.

E può ricordarsi, infine, il ruolo centrale che la evidente consapevolezza, da parte dell'autore, circa la dannosità della propria reiterata condotta offensiva ed ingiuriosa nei confronti del coniuge ha avuto ai fini della emanazione della sentenza di condanna al risarcimento, nella nota pronunzia torinese ritenuta *leading case* in tema di c.d. *mobbing* familiare ⁽⁵⁶⁾.

Persino quello tra i tratti distintivi delle figure in esame – la imprescindibilità del dolo – che maggiormente lascerebbe intendere una corrispondente, necessaria curvatura settoriale della *machinery* aquiliana, trova quindi, a ben vedere, riscontro nello statuto ordinario di questa, e collocazione nella regola di apertura della sua disciplina.

5. IL DOLO COME LIMITE ALL'OPERATIVITÀ DELLA CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE DI IURE SUO UTI.

Ribadita così, ed una volta di più, la uniformazione degli illeciti endofamiliari ai tratti ordinari che presiedono all'applicazione della tecnica aquiliana, ecco allora semmai profilarsi una saldatura tra questioni di specie (tutela dei diritti inviolabili e solidarietà familiare) e questioni di genere (regole d'uso del danno non patrimoniale). Non solo perché a reclamare ristoro saranno interessi che normalmente, laddove lesi, attivano la tecnica *in tort* (i.e. diritti inviolabili della persona), anziché beni autonomamente individuati e protetti dalle norme del diritto di famiglia; ma soprattutto in quanto le condizioni di scrutinio del danno lamentato saranno le medesime già valide in generale alla stregua degli artt. 2043 e 2059 cod. civ.

Il che si verifica in effetti in relazione al «requisito» di gravità della lesione, oggi richiesto dalle sezioni unite per lo scrutinio di risarcibilità del danno non patrimoniale: proprio per suo tramite, anche le ipotesi di torto legate alla violazione di regole comportamentali giusfamiliari partecipano del diverso assetto che, sul

⁽⁵⁵⁾ Cfr. TRIB. MONZA, 5.11.2004, in *Danno e resp.*, 2005, 851 s.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. APP. TORINO, 21.2.2000, in *Foro it.*, 2000, I, 1555 s.

piano strutturale come su quello funzionale, l'istituto aquiliano sembra assumere.

Riferito com'è alle sole *non pecuniary losses*, il parametro della serietà del pregiudizio riportato dalla vittima finisce in verità col generare per lo meno una vistosa tensione a carico dell'articolo 2043 cod. civ. quale unica norma di fattispecie in tema di responsabilità civile e col porre l'interprete dinanzi ad un nodo interpretativo fin qui inedito. O, per lo meno, inedito nei termini generali nei quali si presenta oggi, considerato che, a ben vedere, giusto gli illeciti endofamiliari hanno costituito il terreno di emersione o, se si preferisce, quello di sperimentazione *ante litteram* della «gravità» della lesione, quale ulteriore componente dello scrutinio di ingiustizia a maglie strette, cui mette capo l'articolo 2059 cod. civ.

Basta fare riferimento alla ormai celebre sentenza n. 9801 del 2005, con cui il S.C., nel dettare le linee guida sulla risarcibilità del danno causato da condotte già integranti violazione dei doveri prescritti all'interno della famiglia, ha espressamente escluso i comportamenti di «*minima efficacia lesiva*», reputandoli infatti suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia «*in forza di quello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza*»⁽⁵⁷⁾.

Le sentenze delle sezioni unite del 2008⁽⁵⁸⁾ parrebbero, così, da questo punto di vista, aver operato semplicemente una estensione di tale criterio interpretativo, chiarendo essere la gravità dell'offesa «*requisito ulteriore per l'ammisione a risarcimento dei danni non patrimoniali*»; ed aggiungendo poi che «*il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio*»⁽⁵⁹⁾. Ad un più attento esame ci si avvede però di come non di mera generalizzazione dell'impostazione già affacciata possa parlarsi, avendone, i giudici di legittimità, anche (corretto/)calibrato i termini.

Mentre, infatti, nella pronunzia riguardante

⁽⁵⁷⁾ Cfr. CASS., 10.5.2005, n. 9801, cit.

⁽⁵⁸⁾ Ci si riferisce ancora una volta a CASS., sez. un. 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, cit.

⁽⁵⁹⁾ I passaggi in corsivo, riportati nel testo, sono specificamente tratti da CASS., sez.un. 11.11.2008, n. 26972, cit., par. 3.11.

il danno patito da un coniuge in dipendenza della omessa comunicazione, da parte dell'altro, circa il proprio stato di *impotentia coeundi*, la Corte di legittimità aveva indirettamente offerto il destro a letture del congegno aquiliano ancora una volta improntate al «segno» della condotta tenuta dal danneggiante, così in definitiva da riferire a questa, piuttosto che al danno, il requisito ulteriore (ed inedito) della *gravità*⁽⁶⁰⁾; il recente intervento nomofilattico sulla interpretazione dell'art. 2059 cod. civ. è valso, fra l'altro, a precisare come sia proprio la *misura del danno*, arrecato a diritti inviolabili, a renderne risarcibile la lesione⁽⁶¹⁾.

Ciò ha evitato una riscrittura dello statuto del danno non patrimoniale palesemente in contrasto con un caposaldo dell'intero modello aquiliano, che unicamente nel danno (giuridicizzato), e non anche nella condotta rintraccia il proprio baricentro.

Non può però tacersi della tensione interna che ne risulta a carico della fisionomia tipologica della tutela aquiliana⁽⁶²⁾.

Se la maggiore selettività del filtro di ingiustizia che si staglia sul terreno non patrimoniale – laddove è richiesta non la semplice menomazione di interessi già selezionati e protetti da altra norma dell'ordinamento, bensì la lesione di diritti inviolabili della persona, dotati di copertura costituzionale – può ancora ricondursi, a mò di sua specificazione, all'alveo della *ingiustizia*, evocata dall'articolo 2043 cod. civ., e per questa via dirsi in definitiva coerente con lo

⁽⁶⁰⁾ Afferma infatti la Corte di Cassazione, nella pronunzia n. 9801/2005, come a venire in rilievo possano essere unicamente «*quelle condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona*».

⁽⁶¹⁾ Incontrano, ci pare, nell'equivoco di leggere anche le parole delle sezioni unite in senso del tutto convergente con quanto affermato da CASS. n. 9801/2005, FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni unite dell'11 novembre 2008*, in *Fam. e dir.*, 2008, 125 s., ma spec. 131; nonché SCOTTI, *Le Sezioni unite e il danno esistenziale: spunti per una riflessione sulla sistematica giurisprudenziale del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 72 s., ma spec. 91.

⁽⁶²⁾ Si rinvia, per tutti, ancora una volta a DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, op. e loc. cit.

schema di fattispecie ivi tracciato; una tale *reductio ad unitatem* mostra la corda allorché si affermi la lesione del diritto inviolabile non bastare in sé ma dovere anche essere grave.

In tal modo si fuoriesce infatti dal binario delle interpretazioni possibili, estensive o sistematiche che dir si voglia, da dare alla locuzione «danno ingiusto» abbinata all'inciso dei «casi determinati dalla legge» di cui all'art. 2059 cod. civ., e si evoca piuttosto un ulteriore elemento della fattispecie, che a ben vedere neppure allo scrutinio della ingiustizia attiene, bensì alla stessa risarcibilità del danno, al punto da fare intravedere quasi una fuga in avanti del danno non patrimoniale sotto il profilo della fattispecie di riferimento e dei suoi elementi costitutivi.

Ma non è tutto.

6. DANNO NON PATRIMONIALE E FATTISPECIE AQUILIANA: LA «FUGA IN AVANTI» PER STRUTTURA E FUNZIONE. PROSPETTIVE DI DIRITTO EUROPEO. Descrivere, nei termini appena detti, una difficoltà di tenuta della regola unitaria di fattispecie, fatalmente riapre, e da più fronti, anche una riflessione intorno alla funzione della responsabilità civile.

Quanto più si allontana, infatti, il danno non patrimoniale, dallo schema di fattispecie delineato dall'articolo 2043 cod. civ., tanto più si allentano anche le implicazioni funzionalistiche che la dipendenza statutaria dell'uno dall'altra fin qui corroborava.

È l'ancoraggio alla sola logica della riparazione che si fa meno saldo, e, proporzionalmente, più visibili si mostrano i segnali di una più articolata dimensione funzionale, entro cui possono trovare spazio anche tratti sanzionatori.

L'economia di questo scritto non consente di soffermarsi a ripercorrere le tappe di un dibattito che ha tradizionalmente riguardato i limiti di una estensione della logica puramente riparatoria alle *non pecuniary losses*, laddove in effetti l'equiparazione tra danno cagionato e danno risarcito mostra evidenti limiti.

Non è superfluo però ribadire come il danno non patrimoniale insuscettibile di monetizzazione su basi certe (come, viceversa, risulta ormai il danno biologico), non solo metta normalmente capo ad un arricchimento in senso economico del danneggiato, ed esprima pertanto una carat-

teristica tensione satisfattiva anziché compensativa⁽⁶³⁾; ma possa anche assumere sfumature sanzionatorie, per lo meno quante volte venga a dipendere, nell'*an*, dalla gravità della aggressione occorsa al bene tutelato.

Cornice, questa, entro cui unicamente v'è spazio – *aliunde* acclarato il profilo della ingiustizia – per un recupero di significato della condotta dell'agente e per un giudizio di riprovevolezza nei suoi confronti, riflesso nella misura stessa del risarcimento⁽⁶⁴⁾.

Ebbene, riletta alla luce di questi dati, la estensione al danno non patrimoniale *tout court* del requisito di gravità della lesione, difficilmente potrà allora dirsi vicenda «neutra» sul fronte della funzione della responsabilità, parendo anzi quasi suggellare una generalizzazione di queste classiche osservazioni critiche ben al di là della sola figura – pure oggi derubricata ad una valenza meramente descrittiva – del danno morale soggettivo⁽⁶⁵⁾.

Invero, come le sezioni unite hanno avuto cura di precisare ancora nel 2008 e proprio con specifico riguardo al pregiudizio non patrimoniale da reato (leggi: danno morale soggettivo), l'elemento della intensità non presiede tanto all'*an* del risarcimento – garantito dal ricorrere di una espressa previsione di legge – bensì solo al suo *quantum*⁽⁶⁶⁾. Ciò non toglie comunque, con specifico riguardo alla «categoria descrittiva» del danno morale soggettivo, che se già la prossimità alla fattispecie di rilevanza penale dà conto, e sotto molteplici aspetti, di una componente sanzionatoria della *tort liability*, che integra quella satisfattiva, tale tensione punitiva

⁽⁶³⁾ Cfr. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, 1985, 93 nonché 126 s. Vedi altresì PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *La resp. civ.*, 2009, 165 e ss., ma spec. 166.

⁽⁶⁴⁾ Vedi ancora SALVI, *op. loc. ult. cit.*, sebbene con particolare riguardo alla riprovevolezza del comportamento dell'agente.

⁽⁶⁵⁾ Si vedano, in tal senso, gli spunti già offerti da PONZANELLI, *Le voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2004, 5 s., ma spec. 10, in relazione allo scenario determinato dalle cc.dd. pronunzie gemelle del 2003 (CASS. 31.5.2003, nn. 8827 ed 8828).

⁽⁶⁶⁾ Cfr. CASS., sez. un., 11.11.2008, n. 26972, cit., par 2.10.

prende più concretamente forma in funzione della incidenza diretta che, adesso a maggior titolo, la gravità della lesione viene ad operare sul fronte della quantificazione del risarcimento stesso ⁽⁶⁷⁾.

È dunque in questi termini ed a queste condizioni che mi pare possano intravedersi segnali di una possibile tensione sanzionatoria alla base della *machinery* aquiliana, laddove riferita a danni non patrimoniali; ed è per tale via, quindi, che siffatta più ricca dimensione teleologica della responsabilità extracontrattuale può peraltro riferirsi anche ai c.d. illeciti endofamiliari, che in quel genere di danno si risolvono e che al suo statuto risarcitorio sono allineati.

Anche qui, però, al pari di quanto verificato in merito agli elementi di fattispecie (gravità dell'offesa), deve rilevarsi come le ipotesi di violazione di prescrizioni comportamentali proprie della cornice parentale mostrino, a ben vedere, di aver sperimentato già *ante litteram* connotati in seguito assurti alla fisionomia generale del rimedio *in tort*, per lo meno in ordine a lesioni *non pecuniary*.

Scontato ancora una volta il riferimento all'articolo 129 *bis* cod. civ. ed alla «indennità» ivi disposta; e scontato per certi versi anche il rimando all'articolo 709 *ter* cod. proc. civ., specie per quanto dispone il suo comma 2° ⁽⁶⁸⁾.

Ancora una volta, dunque, i c.d. torti intrafamiliari, in tal caso peraltro sotto le mentite spoglie di congegni rimediali «propri» del diritto di famiglia, mostrano di essere stati il punto di emersione, per quanto lontano, per tradizione e topografia, dai territori della responsabilità civile, di un processo carsico che ha interessato proprio questa ultima, all'insegna di una accentuazione dei tratti di autonomia, e strutturale e funzionale, del suo polo non patrimoniale.

Guardando a tale processo attraverso le griglie dogmatiche e normative del sistema di di-

ritto interno si tende certo a dare preminenza agli aspetti di criticità che esso introduce, specie nell'ottica, come si è detto, di tenuta dell'assetto tipologico consolidato dell'istituto aquiliano. Valutazioni di segno diverso si impongono tuttavia una volta che si allarghi l'orizzonte di riferimento e ci si rapporti al panorama europeo.

Il requisito della gravità della lesione trova, ad esempio, chiaro riscontro in seno ai *Principles of European Tort Law* (PETL), specie al comma 2 dell'art. 10.301. Ed ancora, guardando al *Draft Common Frame of Reference*, può dirsi che la nozione di *legally relevant damage* non prende corpo solo in relazione alle diverse fattispecie tipizzate di lesione, bensì anche in funzione di un complesso di ulteriori dati, tra i quali «*the nature and proximity of the damage*» ⁽⁶⁹⁾.

Il percorso verso un *European tort law* mostra così di procedere nel segno di un modello da edificare intorno ad una *basic rule*, ove il danno non sia più automaticamente risarcibile siccome ingiusto, ma tale divenga *anche* in funzione di ulteriori elementi, che facciano apparire opportuno l'accesso al rimedio ⁽⁷⁰⁾.

Parallelamente, però, giusto nel segno di quella che è stata descritta come valenza rimediaria della responsabilità civile ⁽⁷¹⁾, non è forse azzardato pronosticare una più agevole emersione di sue funzioni allo stato ancora percepite quasi come eterodosse, tra le quali spicca di certo quella sanzionatoria – con relative ricadute in termini di deterrenza – per lo

⁽⁶⁹⁾ Cfr., per tutti, BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 925.

⁽⁷⁰⁾ Vedi, in tal senso, le suggestive indicazioni di DI MAJO, *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo*, *ivi*, 2006, 19 s., ma spec. 29 s.; ID., *Profili della responsabilità civile*, Giappichelli, 2010, 17.

⁽⁷¹⁾ Cfr. ID., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 289 s., ma spec. 299 s. Il riferimento al rimedio, evocato nel testo, va peraltro inteso nel senso di dispositivo tecnico a stretto ridosso del bisogno di tutela, secondo la accezione propostane da MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, *ivi*, 2007, 585 s., ma spec. 588.

⁽⁶⁷⁾ Vedi per tutti ancora BUSNELLI, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, cit., 110 s.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari*, cit., 165 ss., nonché 216 ss. Sull'art. 709 *ter* cod. proc. civ., v. altresì le osservazioni di FERRANDO, *Violazione dei doveri familiari*, cit., 405 ss.

meno quante volte il rimedio sia chiamato, secondo una linea di tendenza ormai piuttosto chiara nel contesto continentale, a presidiare beni ed interessi altri da quelli di indole patrimoniale, quali segnatamente i diritti inviolabili dell'uomo ⁽⁷²⁾.

Lungo queste coordinate di struttura e funzione, la responsabilità civile, nel mentre rinsalda sempre più la sua dislocazione a stretto ridosso della persona, quale tecnica non più residuale di sua tutela, si avvia forse anche a prender corpo in una dimensione comune europea.

⁽⁷²⁾ Cfr. altresì i rilievi di PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, cit., spec. 168, anche alla stregua di dati eloquenti attingibili dal testo dei PETL (artt. 2-101 e 2-102, comma 2) nonché dall'Avant-project Catala.