

I CAPITOLO

LA FAMIGLIA “SOCIETA’ NATURALE”

1. LA CRITICA ALLE TEORIE DELLA GIUSTIZIA NEL PENSIERO FEMMINISTA

Il pensiero femminista della seconda metà del secolo scorso era incentrato su una visione piuttosto pragmatica della realtà. Questo pensiero desta motivo di attenzione nella parte in cui, criticando le varie teorie della giustizia, getta le basi per le considerazioni e le analisi socio-giuridiche sulla donna e sulla famiglia nell'ultimo decennio. La liberazione della donna e l'ingresso femminile nel mondo del lavoro sono stati, infatti, processi carichi di tensione. Le donne hanno cercato di distanziarsi dal modello materno, di reclusione nella sfera privata, continuando a coltivare il sogno della casa e della famiglia come luogo di appagamento emotivo, senza riuscire a risolvere il problema del lavoro domestico e riproduttivo. Il fallimento del movimento femminista nelle sue richieste per uno stato più solidale e amichevole nei confronti delle donne, nella fornitura di assistenza ai minori, agli anziani, ai disabili, ai malati cronici, fallimento dovuto anche ad una certa ambiguità nei confronti della maternità e ad una concezione della cura quale parte di una morale essenzialmente femminile, ha fatto sì che il peso del lavoro domestico nelle famiglie, nonostante qualche segnale di cambiamento, sia continuato a gravare prevalentemente sulle spalle delle donne, anche dopo il loro ingresso nel mercato del lavoro e la loro raggiunta eguaglianza giuridica, ponendole in una situazione pesantemente contraddittoria sul piano psicologico. Le effettive possibilità di carriera delle donne continuano ad incontrare ostacoli e limitazioni, e sono ancora soprattutto le donne a risentire delle conseguenze

negative, sia in termini sociali che economici, di un eventuale divorzio.

Questa situazione di disparità e di ingiustizia nei rapporti di genere è stata a lungo ignorata dalle principali teorie della giustizia. Dai teorici della giustizia la famiglia è stata per lo più considerata come una sfera impolitica. Essi, infatti, – come ha sottolineato Susan Moller Okin – hanno continuato a lavorare sul binario della vecchia tradizione delle “*sfere separate, ignorando la famiglia, la divisione del lavoro al suo interno, nonché, per molte donne, la dipendenza economica e la limitazione di opportunità correlate ad essa*”¹. Si è dato per scontato, inoltre, che i sentimenti familiari fossero naturali e che la famiglia strutturata secondo il genere fosse giusta e quindi adeguata come scuola di educazione morale; lasciando che i bambini crescessero avendo di fronte modelli di interazione umana basati non sulla reciprocità e l'uguaglianza, ma la dipendenza e la dominazione, come se l'iniqua divisione del lavoro di cura tra i genitori non costituisse un esempio di ingiustizia. Segno evidente di questa impostazione maggioritaria all'interno della teoria politica liberale, secondo la critica femminista, è il presupposto dalla quale essa prende le mosse: ovvero, l'identificazione dei soggetti politici con individui indipendenti, razionali, autonomi e pienamente cooperativi, ignorando non solo il lavoro necessario per portare un essere umano alla maturità psichica, fisica e morale, ma anche la condizione specifica dei soggetti disabili e degli anziani non più autonomi.

La critica che autrici come Susan Moller Okin, Martha Nussbaum e Joan Tronto hanno mosso alle teorie della giustizia a cominciare dalla fine degli anni Ottanta rimane

¹S. Moller Okin, *Le donne e la giustizia*, a c. di M. C. Pievatolo e G. Palombella, Dedalo, Bari 1999, p. 24

pienamente valida². Non possiamo più ignorare l'importanza del lavoro di cura, né come la sua attuale iniqua distribuzione tra uomini e donne continui a perpetuare una situazione di ingiustizia all'interno delle famiglie nei confronti del genere femminile.

Dagli anni Ottanta ad oggi, tuttavia, il quadro presenta elementi di ulteriore complessificazione, connessi all'avanzare del processo di globalizzazione. Nel nuovo contesto, infatti, la questione della cura dei soggetti dipendenti, non solo bambini e anziani non più autonomi, ma anche malati cronici e disabili, travalica i confini dello stato nazione. La soluzione che molte donne hanno trovato alla difficoltà di avere, insieme ad una vita lavorativa che consentisse loro di accedere in pieno alla cittadinanza, una casa e una famiglia consiste nel delegare ad altre donne funzioni di *care* e *nurturance*³. In un numero crescente di famiglie il lavoro domestico non è più solo una questione di genere, ma anche di razza e di classe. I bisogni di cura trovano risposta grazie un surrogato della figura materna rappresentato da donne immigrate, provenienti da paesi poveri e da culture tradizionali, le quali dedicano attenzioni materne ai nostri figli, ai nostri anziani, ai malati cronici e ai disabili spesso in quelle stesse condizioni di reclusione all'interno dello spazio domestico dalle quali le donne occidentali hanno lottato per liberarsi.

In una forma più manifesta ed esplicita che nell'Ottocento, quando la soggezione al potere maschile creava una comunione all'interno del mondo femminile, il contesto attuale porta a riconoscere l'esistenza di interessi in conflitto tra donne che, pur condividendo la stessa discriminazione di genere, vedono la loro situazione di

² M. Okin, *Le donne e la giustizia*, cit.; M. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, il Mulino, Bologna 2002

³ cfr J. Tronto, *Confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura*, a c. di A. Facchi, Diabasis, Reggio Emilia 2007

inferiorità aggravata da fattori di classe, di razza, etnia, nonché da una legislazione che tende a non favorire l'emergere della migrante da una condizione di illegalità e quindi di ricattabilità all'interno del mercato del lavoro.

A proposito della declinazione della cura non solo secondo il genere, ma anche la razza e la classe, Joan Tronto scrive: *“La cura è spesso costituita socialmente in modo da attribuire il lavoro di cura ai membri più svantaggiati della società. È difficile stabilire se i più svantaggiati siano tali perché si occupano della cura ed essa è svalutata o perché, per svalutare le persone, esse vengono costrette a svolgere il lavoro di cura. Nondimeno, se consideriamo le questioni di classe, razza e genere, ci rendiamo conto che le persone socialmente meno avvantaggiate sono in misura sproporzionata quelle che svolgono il lavoro di cura e che i membri più avvantaggiati della società utilizzano spesso le loro posizioni di superiorità per delegare il lavoro di cura ad altri”⁴.*

Il quadro attuale, se da un lato porta a ribadire la necessità di una maggiore giustizia tra i generi all'interno della famiglia e di una affermazione del valore sociale delle funzioni di cura, dall'altro suggerisce l'opportunità di aggiustamenti della stessa teoria femminista che consentano di collocare la questione all'interno di una teoria della giustizia globale e non più solo locale⁵. Il personale, infatti, oggi non è più solo politico, ma anche globale⁶.

⁴ J. Tronto, *Confini morali*, cit., pag. 127

⁵ Cfr., in particolare, E. F. Kittay, *Taking Dependency Seriously: The Family and Medical Leave Act Considered in Light of the Social Organization of Dependency Work and Gender Equality*, *Hypatia*, 10, 1 (1995) pag. 14

⁶ V. Held, *The Ethics of Care: Personal, Political, Global*, Oxford University Press, Oxford 2006

2. GENERE E DIFFERENZE

Le diseguaglianze delle donne, nel pensiero femminista, derivano dall'incompatibilità tra lavoro di cura e lavoro retribuito. Questa situazione mette le donne in una situazione di dipendenza e le candida, in caso di divorzio, ad essere prime vittime del cambiamento. Per affrontare queste forme di ingiustizia, è invece necessario riconcettualizzare la diseguaglianza sessuale facendone una questione di potere e non di semplice discriminazione.

Diverse teorie sono basate sull'idea che i linguaggi concettuali usino la differenziazione per stabilire il significato, e che la differenza sessuale sia uno dei modi fondamentali per esprimere la differenziazione. Il genere, poi, fornisce un mezzo per decodificare il significato e per comprendere le complesse connessioni tra le varie forme di interazione umana. Quando gli storici indagano sui modi in cui il concetto di genere legittima e costruisce i rapporti sociali, essi analizzano il carattere di reciprocità che si stabilisce tra genere e società, e i modi particolari e contestualmente specifici in cui la politica costruisce il genere e il genere costruisce la politica.

La politica è solo una delle aree in cui il genere può essere usato come strumento di analisi storica. Ad esempio l'attacco di Edmund Burke contro la Rivoluzione francese ruota intorno al contrasto tra le orrende, micidiali megere dei sanculotti ("vere furie dell'inferno, immagine abietta delle più spregevoli tra le donne") e la soave femminilità di Maria Antonietta, fuggita dal mondo per "cercare rifugio ai piedi di un sovrano e sposo", e la cui bellezza era stata un tempo motivo di orgoglio nazionale⁷.

⁷ Joan W. Scott, *Il genere: un'utile categoria di analisi storica*, in gender.mssoftprogramming.com

Ciò non significa che la teoria politica si limita a riflettere l'organizzazione sociale, è importante puntualizzare che i mutamenti nei rapporti di genere possono emergere anche dal punto di vista delle esigenze dello stato. Vi è stato ad esempio chi come nel 1816 da Louis de Bonaid ha sostenuto l'opportunità di abrogare la legislazione sul divorzio promulgata con la Rivoluzione francese per evitare che la famiglia potesse stare nelle mani della donna che con uno strumento quale il divorzio avrebbe potuto ribellarsi all'autorità maritale; questo avrebbe permesso al popolo di ribellarsi contro il potere costituito. Bonaid comincia con un'analogia, per istituire poi una corrispondenza diretta tra divorzio e democrazia. Rifacendosi a teorie di gran lunga precedenti circa il buon ordine della famiglia come fondamento del buon ordine dello stato, la legislazione che diede corpo a tale opinione ridefinì i limiti del rapporto coniugale. Analogamente, oggi, i politici di orientamento conservatore vorrebbero promuovere una serie di leggi relative all'organizzazione e al comportamento della famiglia che altererebbero profondamente le abitudini correnti. E' già stata rilevata, ma non ancora studiata a fondo, la connessione tra regimi autoritari e controllo delle donne. In momento cruciale per l'egemonia giacobina durante la Rivoluzione francese, all'apice dell'ascesa di Stalin verso il controllo autoritario totale, con il realizzarsi della politica nazista in Germania, i governanti emergenti hanno legittimato il dominio, la forza, l'autorità centrale e il potere di governo come maschili (e gli oppositori, e i deboli come femminili), e hanno travasato tale codificazione in leggi (interdizione della partecipazione politica, aborto fuori legge, imposizione di norme sull'abbigliamento femminile) che mettevano le donne al loro posto⁸.

⁸ J.W.Scott, *La storia delle donne*, in *La storiografia contemporanea*, a cura di P.

Questi fatti e il momento in cui si verificano non hanno, in sé, molto significato; nella maggior parte dei casi, lo stato non ha niente di immediato o di concreto da guadagnare dal controllo delle donne. Le cose assumono senso solo come parte di un'analisi dell'edificarsi e consolidarsi del potere. Una affermazione di controllo o di forza assumeva l'aspetto di una politica nei confronti delle donne⁹.

Spesso l'attenzione nei confronti del genere non è esplicita, ma esso costituisce comunque una parte fondamentale dell'organizzazione dell'eguaglianza e della disuguaglianza. Le strutture gerarchiche si reggono sull'interpretazione generalizzata del cosiddetto rapporto naturale tra maschio e femmina. Nell'Ottocento il concetto di classe si serve del genere per la propria definizione. Il genere è uno dei riferimenti ricorrenti con i quali il potere politico è stato concepito, legittimato e criticato. Esso riguarda, ma al tempo stesso determina, il significato della contrapposizione tra maschile e femminile. Per sostenere il potere politico, il riferimento deve essere sicuro e stabile, esterno all'elaborazione umana, parte dell'ordine naturale o divino. In questo modo, la contrapposizione binaria e il processo sociale dei rapporti di genere entrano a far parte del significato del potere stesso; mettere in discussione o alterare uno qualsiasi di questi aspetti vuol dire mettere a repentaglio l'intero sistema.

La storia politica si è svolta, in un certo senso, su un terreno di genere. E' un terreno che appare fissato per sempre, ma il suo significato è contestato e in perenne mutamento. Inoltre, in questa maniera si lascerà aperte possibilità di riflessione sulle comuni strategie politiche del femminismo e su di un utopistico futuro, in quanto suggerisce l'idea che il genere debba essere ridefinito e

Kukke, Laterza, Bari, 1993

⁹ Joan W. Scott, *Il genere: un'utile categoria di analisi storica*, cit.

strutturato in connessione con una visione di eguaglianza politica e sociale che investa non soltanto i sessi, ma anche le classi e le razze.

Sulla differenza, sul genere, si fonda la teoria femminista di cui si fa portatrice la MacKinnon che sostiene che «*la nozione di esperienza “in quanto donna” è la pratica che trova la propria teoria legale nella nozione di discriminazione “in base al sesso”¹⁰*». Non si tratta di esercitare un'autorità, non è una guida per la pratica. Il suo compito consiste nel dedicarsi alla vita, sviluppando meccanismi che identifichino e critichino pratiche sociali di subordinazione, e nel costruire per le donne strumenti di presa di sensibilizzazione e di resistenza che facciano avanzare la lotta pratica con l'obiettivo di sopprimere la disegualianza. Altro elemento del femminismo radicale che emerge con forza dai testi della MacKinnon è la subordinazione sessuale e di conseguenza del patriarcato. Nonostante le sue numerose varianti, tutto il femminismo radicale concorda nella tesi secondo cui il potere collettivo e individuale del patriarcato, degli uomini che agiscono individualmente grazie ai privilegi del patriarcato, è il fondamento della subordinazione delle donne in quanto classe, e delle nostre esperienze individuali di dominio¹¹.

L'idea di dominio/subordinazione permetterebbe di “smascherare” gli interessi dei gruppi dominanti che attualmente sono ricoperti dal velo falsificante della “neutralità”. Il diritto anti-discriminatorio è paralizzato, secondo l'autrice, dal fatto che richiede ai sessi di essere già uguali prima che l'eguaglianza sessuale possa essere garantita alle donne mediante la legge: *“Nel contesto legale, il contenuto del concetto di eguaglianza non è stato mai*

¹⁰ Catharine A. MacKinnon, *Women's lives – Men's laws*, Cambridge – Mass., London, Harvard University Press, 2005, pp. 558

¹¹ D. Morondo, *Women's lives – Men's laws*, in dirittoequestionipubbliche.org

messo in questione. Come se non potesse esserci un altro modo di concepirlo, i tribunali adottarono il contenuto dall'assioma di Aristotele per cui l'uguaglianza significa trattare ugualmente gli uguali, e diversamente i diversi".

Questo approccio mostra due problemi difficilmente risolvibili. Il primo deriva dal fatto che le donne vengono definite in base alle loro differenze rispetto agli uomini. La differenza sessuale è precisamente questo: le differenze delle donne rispetto agli uomini. Quindi chiedere loro di essere uguali agli uomini come requisito per poter garantire l'applicazione della legge sull'eguaglianza sessuale è paradossale. Il secondo problema è che nell'interpretazione dominante il problema dell'ineguaglianza tra i sessi è ridotto a un problema di classificazione sessuale nella legge mentre il problema dell'eguaglianza tra i sessi è un problema di dominazione maschile e subordinazione femminile.

“Questo approccio – secondo MacKinnon – lascia fuori pratiche che non hanno mai avuto bisogno di essere promulgate legislativamente in classificazioni sessuali, perché sono sufficientemente forti nella vita sociale, pratiche dalle quali lo stato viene tenuto fuori dalla legge nel nome dei diritti individuali”¹².

3. LA FAMIGLIA COME AREA DI IRRESPONSABILITA'

Dalla metà degli anni Sessanta in poi, i paesi occidentali hanno conosciuto trasformazioni della vita familiare di notevole importanza. Queste trasformazioni rivestono caratteri strutturali e relazionali: i primi si riferiscono ai vincoli di affinità e di consanguineità che legano i membri

¹² Catharine A. MacKinnon, *Women's lives – Men's laws*, cit.

dei nuclei familiari, alla composizione e all'ampiezza delle famiglie conseguenti a tali vincoli e alle norme che sovrintendono alla loro composizione; i secondi si riferiscono, invece, alle relazioni di autorità e di affetto esistenti tra le persone. Si tratta di aspetti che sono scindibili soltanto analiticamente, si influenzano reciprocamente e mutano contestualmente.

I fenomeni che hanno contribuito maggiormente a determinare le trasformazioni sono di tipo socio-demografico e si manifestano anch'essi attraverso incrementi e diminuzioni: assistiamo infatti all'aumento delle separazioni e dei divorzi, delle convivenze, delle famiglie dette unipersonali e monogenitoriali, delle famiglie ricostituite dopo il divorzio, delle nascite fuori dal matrimonio; con tendenza opposta, si registra la diminuzione della nuzialità, il ritardo dei calendari matrimoniali e il decremento complessivo della natalità. Queste trasformazioni delle relazioni sono manifestazione di quel passaggio avvenuto intorno agli anni Sessanta dalla famiglia moderna, caratterizzata dalla legittimazione della coincidenza tra l'esistenza di un legame amoroso tra i coniugi e il matrimonio, dall'alto tasso della nuzialità e della fecondità, dal numero ridotto di rotture del legame matrimoniale, dalla divisione rigida dei ruoli familiari e dall'inferiorità formale e sostanziale delle donne¹³, alla famiglia della tarda modernità, in cui il riconoscimento del fondamento amoroso della coppia, ritenuto legittimo ed essenziale per la sua formazione, determina inevitabilmente una maggiore fragilità degli stessi legami¹⁴. Questa famiglia sembra, in particolare, bene adattarsi all'individualismo espressivo, nel senso che vengono evidenziate l'autonomia e

¹³ C. Saraceno, *Pluralità e mutamento. Riflessioni sull'identità al femminile*, Milano 1988

¹⁴ M. Barbagli, *Sotto lo stesso tetto. Mutamenti della famiglia in Italia dal XV al XX secolo*, Bologna, 1984, 12-29

la libertà dei singoli componenti, e alla “relazione pura”, basata sull’intimità, la fiducia reciproca, la comunicazione, la soddisfazione reciproca che tale relazione può intrinsecamente recare¹⁵.

La dimensione più “privata” delle famiglie, nella quale si legittimano gli interessi individuali e le forme di autoregolazione, diviene paradossalmente “pubblica” nel momento in cui i gli stessi componenti delle famiglie esprimono richieste di tutela nei confronti di tali interessi, soprattutto per i soggetti considerati deboli, come le donne e, in primo luogo, i bambini, rivolgendosi al legislatore o al giudice, con l’effetto, in questo secondo caso, di provocare un aumento del contenzioso giudiziario. Così come non va trascurato che l’intervento pubblico può essere rivolto non solo a proteggere i membri più deboli delle famiglie, ma anche a contenere le istanze individualistiche e a limitarne gli asseriti effetti disfunzionali. In quest’ottica, si propone di operare attraverso il rafforzamento del controllo della sfera pubblica sulle pratiche di genitorialità, oppure di sostenere la famiglia attraverso il riconoscimento di suoi specifici e peculiari diritti. Su posizioni opposte si propone invece di far coincidere la questione familiare con quella delle disuguaglianze sociali, economiche e di genere, interpretando tali disuguaglianze come ostacoli che impediscono la realizzazione dei progetti individuali espressi dai singoli membri delle famiglie, e che è compito dell’intervento pubblico rimuovere.

Questa trasformazione¹⁶, frutto anche di quella nuova impostazione derivante dal pensiero femminista, ha dunque portato a modelli di famiglia centrati sull’individuo nell’ambito di una relazione familiare elettiva connotata

¹⁵ F. De Singly, *Sociologia della famiglia contemporanea*, Bari 1996

¹⁶ A. Giddens, *The transformation of intimacy: sexuality, love, and eroticism in modern societies*, Stanford Calif. 1992, Stanford University Press,

dall'autonomia, dall'autoregolazione normativa e dalla negoziazione, come pure dall'instabilità.

Le attuali legislazioni familiari, al di là delle peculiarità di ciascun singolo paese, presentano, infatti, alcuni tratti specifici comuni: la neutralità e il rispetto delle scelte dei coniugi, formalmente riconosciuti eguali, l'individualizzazione e la privatizzazione dei rapporti familiari. La politica familiare europea è diventata quella di garantire i diritti dei singoli componenti della famiglia e, nello stesso tempo, tutelare la famiglia come formazione sociale di primaria importanza per l'assolvimento delle fondamentali funzioni quali la crescita, l'educazione dei bambini e l'acquisizione di adeguate competenze civiche.

In virtù di questi cambiamenti avvenuti che permettono il passaggio da una famiglia impermeabile agli "attacchi" esterni, unica nella sua entità, a una famiglia che riunisce varie entità, è bene passare in esame l'evoluzione che ha permesso un cambiamento di impostazione strutturale. Il quesito infatti sull'ammissibilità o meno da parte dell'ordinamento di una intromissione del legislatore all'interno delle mura domestiche è stato a lungo voluto dalle teoriche della letteratura femminista, come già dibattuto. La citazione in giudizio di un familiare per un danno subito all'interno del nido pascolianamente inteso, che dovrebbe invece costituire riparo e protezione per la persona, oltre che appoggio e sostegno per il proprio sviluppo, potrebbe essere il culmine di quell'ambizioso risultato cercato e voluto dalle seguaci della MacKinnon, e non solo.

Storicamente, infatti, è facile riscontrare una forte generale ritrosia a citare in giudizio un proprio familiare per atti illeciti. Secondo il modello familiare che la collettività ha

tradizionalmente accolto e sostenuto¹⁷, un giudizio tra familiari, da un lato, comporta di necessità la violazione dell'equilibrio familiare, e, dall'altro lato, espone la famiglia nel suo complesso a un generale giudizio di disvalore da parte della collettività sociale, la quale considerando la famiglia come un tutt'uno non accetta facilmente che all'interno della famiglia possano nascere contrasti così gravi da richiedere la tutela assicurata dalle regole in tema di illecito civile.

Sia nei sistemi giuridici di *civil law* che di *common law*, l'ingresso del privilegio dell'immunità nei rapporti tra familiari trae origine dalla natura dei rapporti giuridici ritenuti sussistenti fra i familiari (dal "modello di famiglia"), che o impedivano di considerare il familiare che aveva recato il danno come distinto dal familiare che aveva subito il danno o impedivano di considerare l'atto dannoso come illecito. Nei paesi di *common law* esisteva tra coniugi una sorta di *immunity*¹⁸, che trovava la propria fonte nella giurisprudenza; invero, si giustificava con una finzione giuridica (*unity of person*, nota anche come *oneness husband and wife*, per la quale con il matrimonio i coniugi diventavano un'unica persona e questa persona era il marito): l'impossibilità di agire nei confronti dell'altro per ottenere il risarcimento dei danni patiti. I *Married Women's property acts*, diretti a riconoscere la proprietà separata della donna, segnarono la fine di questa finzione. Ciò nonostante, l'*immunity*, divenuta ormai regola autonoma e condivisa, continuava a trovare larga applicazione sorretta dall'esigenza di *public policy* di tutela della serenità familiare. Nel contesto statunitense-nordamericano le Corti, dopo aver inizialmente confutato tali esigenze, giunsero ad

¹⁷ cfr. P. Ronfani, *Giustizia, famiglia e cultura giuridica*, in *Working Papers* del Dipartimento Studi Sociali e Politici, n. 7/2004, Università degli Studi di Milano

¹⁸ S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 51 e ss.

ammettere la tutela risarcitoria. Diversamente, in Inghilterra la teoria immunitaria (*interpousal immunity*) veniva definitivamente meno solo con il *Law reform husband and wife act* del 1962, che di fatto concede ai coniugi di agire in giudizio l'uno contro l'altro "come se non fossero sposati".

Nel nostro ordinamento piuttosto, neanche venivano proposte in giudizio cause che avessero ad oggetto il risarcimento di un danno causato da un familiare. Questo era dovuto al fatto che le azioni in giudizio non venivano neppure proposte per l'osservanza ad un costume di ritrosia verso la risoluzione delle questioni coniugali dinnanzi ad un giudice. La concezione diffusa secondo cui quanto avveniva tra le mura domestiche dovesse rimanere faccenda privata, ha determinato la moltiplicazione esponenziale di maltrattamenti e violenza in famiglia non denunciati. Anche in ambito penalistico, dove non sussisteva immunità alcuna, spesso i reati perpetrati nei confronti di un familiare rimanevano fenomeno occulto e le querele scarseggiavano a causa del timore di subire ritorsioni in caso di denuncia dell'accaduto e in ragione del legame affettivo tra autore e vittima¹⁹. Inopportuno era considerato l'intervento del giudice, soggetto terzo ed estraneo, in un ambito caratterizzato dalla delicatezza delle questioni, difficilmente valutabili in sede giudiziaria. Solo con la formalizzazione di una rottura del consorzio familiare si manifestava quanto accaduto all'interno dell'*oikos*, che altrimenti diveniva luogo di sopportazione.

Alle giustificazioni di ordine socio-psicologico si affiancavano molteplici impedimenti di natura giuridica

¹⁹ Il Codice Penale prevede, inoltre, all'interno del libro II, il Titolo XI "*Dei delitti contro la famiglia*". La ragione che giustificava la perseguibilità in sede penale, di fronte invece all'immunità di fatto esistente in sede civile, era che la gravità del fatto commesso rendeva prevalente l'interesse pubblicistico alla repressione, rispetto all'interesse privatistico alla tutela della famiglia.

all'ammissibilità della tutela risarcitoria (e quindi all'allungamento della mano pubblica) e a sostegno della tesi "immunitaria". In ossequio al tramontato e consolidato indirizzo di pensiero per il quale il diritto di famiglia sarebbe un sistema chiuso, con propri rimedi, "un'isola solamente lambita dal mare del diritto", si riteneva che, in seguito alla violazione dei diritti di un componente della famiglia ad opera di un altro componente, non sarebbe stato possibile il ricorso ad un rimedio di carattere generale, quale la responsabilità civile, ma solamente l'utilizzo degli strumenti propri e tipici, secondo il principio *lex specialis derogat legi generali*, di cui all'art. 14 disp. prel²⁰. Anche con il venir meno della separazione per colpa, si è comunque continuata a negare l'applicabilità di detto rimedio, sulla base della considerazione che la violazione dei doveri coniugali avrebbe comportato unicamente l'addebito della separazione²¹. Inoltre, in virtù della presunta completezza ed esaustività dei rimedi giusfamiliari, si riteneva non ammissibile un eventuale cumulo con gli strumenti di carattere generale, secondo il principio per il quale *inclusio unius, exclusio alterius*²², per evitare di incorrere in una sorta *di ne bis in idem* per il quale l'autore della condotta lesiva sarebbe stato chiamato a rispondere due volte per lo stesso fatto.

Per altra via, si negava la giuridicità stessa degli obblighi coniugali e genitoriali, in quanto meri obblighi morali dal contenuto vago e senza previsione sanzionatoria.

Il vero freno all'esperibilità del rimedio risarcitorio nel(l'apparentemente tranquillo) ambiente domestico era

²⁰ Prima della riforma 1975, tale rimedio era una vera e propria sanzione per il coniuge colpevole di aver violato i doveri matrimoniali, per tanto, un concorso con il rimedio risarcitorio non era ritenuto ammissibile.

²¹ L. Lenti, *Famiglia e danno esistenziale*, in *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, p. 259

²² M. Finocchiaro, *La ricerca di tutela per la par te più debole non può "generare" diritti al di là del la legge*, in *Guida al dir.*, 2002, n. 4, p. 52

rappresentato dalla visione della famiglia anteriore alla riforma del 1975, quale istituzione caratterizzata da una struttura gerarchica e autoritaria e da interessi diversi dalla natura propriamente pubblicistica.

4. LA FAMIGLIA IN ITALIA

E' necessario, a questo punto una digressione sulla'excursus storico che ha visto come protagonista la famiglia nell'ordinamento italiano sia come istituzione di diritto, sia da un punto di vista sociale.

Invero, fondamento di diritto della famiglia nell'ordinamento italiano è la Costituzione che tratta della società familiare agli artt. 29, 30 e 31, riguardanti i rapporti etico-sociali. La localizzazione degli articoli dedicati al nucleo familiare designa l'importanza che i padri costituenti gli avevano assegnato. Certamente essi non potevano immaginare lo sviluppo individualistico che avrebbe subito la società in generale, e le percussioni che avrebbe avuto sulla famiglia. Questa visione individualistica affonda le proprie radici nella rivoluzione francese, ed ha il suo culmine nella visione moderna di una famiglia sempre meno numerosa, anzi addirittura in alcuni casi unipersonale. E' questa inversione di tendenza a ispirare la riforma del 1975, i cui fondamenti avrebbero dovuto essere la libertà e la responsabilità dei due coniugi. Ma la riforma del diritto di famiglia e le leggi sull'aborto e sul divorzio, che avevano un chiaro intento di autotutela, hanno piuttosto reso evidente una visione sempre più individualistica delle politiche familiari, omologandosi in questo alle politiche europee. Se queste riforme legislative sono, dunque, state una risposta alla

società e ai suoi mutamenti soprattutto in chiave di emancipazione femminile e organizzazione della famiglia, da un altro punto di vista hanno dimostrato come l'anello debole della struttura parentale in senso stretto sia la prole²³. Questa affermazione deriva dai sempre più numerosi contenziosi sull'assegnazione di figli da parte delle coppie separate e della perdita del significato del concetto di prole, che non è più vista come il dono e il soggetto da tutelare, ma come un bene di cui disporre a piacere. Il vincolo oggi non è più sentito nei confronti dei membri della famiglia, uniti tra loro da un principio solidale, ma è invece sentito nei confronti della società²⁴. La famiglia è diventata un luogo in cui promuovere la propria personalità, non più un involucro in cui instaurare legami solidi. Questa era la prospettiva voluta e ricercata dai promotori della Rivoluzione francese: l'individuo deve porsi in rapporto diretto con le istituzioni. La famiglia ha perso il ruolo autoritario che aveva sempre avuto, per agevolare un cammino più libero del cittadino all'interno della società. Storicamente, infatti, l'indissolubilità del vincolo matrimoniale poneva la famiglia come centro primario di raccolta dei propri membri, stabile e formativa per le nuove generazioni. Questa visione era stata accentuata dalla politica fascista, la quale, per ricucire i rapporti tra Stato italiano e Chiesa, incluse le istituzioni cattoliche al fine di raggiungere ampi strati della popolazione, che ancora soffriva di un alto tasso di analfabetizzazione. Per mezzo della Chiesa poteva contare di raggiungere anche quegli abitanti che risiedevano lontano dai centri cittadini. Sicché l'obiettivo della propaganda che voleva che i contadini

²³ cfr. C. Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano 1951, pag. 136 ss.; R. Volpi, *La fine della famiglia. La rivoluzione di cui non ci siamo accorti*, Milano 2007, pag. 113

²⁴ cfr. P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1974, ed. 2002, pag. 249

dedicassero la loro vita allo Stato è stato facilmente raggiungibile, anche grazie alla politica familiare. La famiglia, infatti, per la dottrina fascista doveva essere il primo luogo che manifestasse interesse per lo Stato – persona. Il matrimonio conservò, pertanto integralmente i caratteri religiosi, e questo permise il rafforzamento dei rapporti tra Stato e Chiesa, che culminò nella redazione dei Patti Lateranensi del 1929.

Solo alla luce di questa premessa si può comprendere il lavoro compiuto dai padri costituenti, i quali da un lato fortemente si presentava in loro la volontà di rompere del tutto gli schemi del ventennio fascista, ma da altro lato dovevano riconoscere il ruolo del matrimonio e della famiglia all'interno della società.

Durante il dibattito proposto in seno all'Assemblea Costituente, vennero fuori circa due correnti: l'una, cattolica, che faceva valere la propria posizione tradizionale, basandosi sullo stesso Concordato, l'altra, invece era piuttosto legata ad una concezione individualistico – borghese, e propendeva per una concezione contrattuale del matrimonio²⁵.

5. LA COSTITUZIONE ITALIANA E LA SOCIETÀ NATURALE

La Costituzione esplica i principi in materia di famiglia agli artt. 29, 30 e 31. Se gli artt. 30 e 31 trattano della prole e di chi deve occuparsi della educazione e del ruolo dello Stato. L'art. 29 invece ha una valenza istituzionale gravosa: *“La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”*. Spostando successivamente l'esame delle parole “riconoscimento di

²⁵ Cfr. F. Cuocolo, *Principi di diritto costituzionale*, Milano 1999, II ed.

una società naturale”, si vuole in questa sede valutare la scelta compiuta dai padri della Costituzione. In effetti, durante la stesura definitiva degli articoli costituzionale, l’art. 29, con la sua dicitura, metteva d’accordo sia i componenti della Democrazia Cristiana, che quelli del Partito Comunista. Unica eccezione nel merito era dettata dai liberali, che non potevano sostenere la redazione dell’articolo in questi termini perché contrario ai valori individualistici di cui si faceva promotore. Mentre, invero, la DC poneva l’accento sulla possibilità di proseguire il cammino iniziato con i Patti Lateranensi, e che permetteva però di interrompere la visione fascista sulla famiglia, guardando alla relazione genitori-figli, il PC faceva come punto di forza dell’articolo in oggetto la possibile parità dei coniugi. Innumerevoli d’altronde interpretazioni che sono state date sulla definizione di “società naturale”. Infatti il discorso conclusivo della Democrazia Cristiana era fondato sulla cristallizzazione di una istituzione dotata di “diritti innati, anteriori e superiori a qualsiasi legge positiva”²⁶, per cui “società naturale”²⁷ diventava espressione simbolo della politica che accompagnava quel partito, mentre lontano e diverso era sull’argomento il punto di vista del Partito Comunista. Infatti quell’espressione faceva ancora riferimento ad una famiglia al cui comando vi era l’autorità del *pater familias*, autorità che ora vuole essere superata riconoscendo piuttosto la parità tra i coniugi/genitori, come se diritto naturale fosse la supremazia di un coniuge sull’altro. Per questo motivo dai componenti la Commissione del PC non era salutata in maniera favorevole tale definizione.

²⁶ Cit. Relazione sulla famiglia, *Atti assemblea costituente, I sottocommissione*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, vol. VI, Roma 1976 pag. 53-57

²⁷ sul concetto di naturalità del diritto, cfr. Sofocle, *Antigone*, Milano, ed. 1994

Due le teorie che si sono contrapposte nell'interpretazione dell'art. 29 Cost.: l'una contrattualistica ed un'altra c.d. istituzionalista. Secondo la prima, il termine "società naturale" è legato ad un rapporto dinamico della vita statale che è innegabilmente in continua evoluzione. Quindi la famiglia diventa completamente dipendente dal diritto positivo e non più da considerare tradizionalista nella sua struttura. Contrapposta a questa teoria è la dottrina giusnaturalistica che invece frappone la famiglia rispetto allo Stato, come società da considerarsi immodificabile, autonoma, separata dal diritto positivo, di richiamo antigonesco. Al riguardo è importante sottolineare come nei lavori preparatori alla carta costituzionale sia abbastanza intuibile come inserire la definizione di società naturale rispetto alla istituzione della famiglia fosse un modo per sintetizzare le differenti posizioni e accontentasse tutte le scuole di pensiero. La famiglia dunque, seguendo il pensiero dei costituenti, non sarebbe una società naturale autonoma a livello legislativo, ma sarebbe comunque dipendente dal diritto privato e dal diritto pubblico²⁸.

Riassumendo il pensiero intenzionale dei redattori della Costituzione, la locuzione "società naturale" metteva tutti d'accordo. In realtà, più di sessant'anni dopo quella espressione, che sembrava non creare problemi interpretativi, viene considerata una non-espressione, che ha un senso ma non un significato²⁹. Vale a dire che, da qualunque punto di vista si voglia prendere l'argomento, l'idea di una società naturale porta con evidenza a postulare l'esistenza di un qualcosa che precede lo Stato, come se preesistessero all'ordinamento giuridico. Ma se questo assunto è vero, diverse sono le conseguenze, che ne

²⁸ cfr. C. Mortati, *Atti assemblea costituente, in La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, cit., vol. VI, pag. 3248

²⁹ cfr. A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma 1914, pag. 77 ss.

verrebbero³⁰. In *primis* si potrebbe ipotizzare che la naturalità appartiene all'ordine delle cose, quindi ai bisogni umani fondamentali, imprescindibili, legati alla socialità dell'uomo. Ma alter ego di questa definizione sarebbe la lettura dell'art. 29 Cost. come garanzia di autonomia per l'individuo, come autogoverno di cui ognuno è padrone senza ingerenze dell'apparato pubblico. Questo spazio però potrebbe essere qualunque altro spazio familiare, anche quello meno tradizionale della famiglia "omosessuale". Ma questo non è chiaramente la conclusione a cui volevano arrivare i padri costituenti, tantomeno sarebbero stati appoggiati dalla popolazione, la quale ha invece intriso un concetto culturale di famiglia, molto più vicino a quello della famiglia legittima. Ovvero, come viene rimarcato dallo stesso articolo 29 in esame, la famiglia composta da due persone di sesso differente, coniugate tra loro al fine di riprodursi. Ma se questo è vero come può una società, una organizzazione, che preesiste all'ordinamento giuridico, essere riconosciuta solo quando assume connotazioni formali? Anche perché il matrimonio è una scelta, che serve a costituire un determinato regime giuridico. La c.d. società naturale ha invece importanti riflessi giuridici quando c'è di mezzo la filiazione, anche se non è fondata sul matrimonio. Infine, questa società ha dei diritti grazie all'art.29 in termini di autonomia, autogoverno. Trattasi in realtà, a ben guardare di una richiesta di non intromissione da parte dello Stato, cui corrisponde un obbligo di astensione da parte di qualunque altro consociato. Questa libertà però è riconosciuta alla famiglia intesa come soggetto giuridico autonomo, o ai suoi membri? Se si vuole dare infatti valore alla famiglia come formazione sociale, è poi contraddittorio proporre interventi legislativi a tutela di posizioni individuali

³⁰ V. R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in "Studium Iuris", 2000, pag. 1066

interne al nucleo familiare, e contrapposte alla pretesa di autogoverno dello stesso. Ci troviamo, dunque, di fronte ad un modello di organizzazione sociale ispirata ai valori tradizionali, alla quale si vuole vedere riconosciuta una posizione di precedenza rispetto allo Stato, e di autonomia nei suoi confronti; dall'altro si nega nei fatti l'impermeabilità di questa organizzazione, e si chiede invece che sia lo Stato a regolare i rapporti interni ad essa, contrapponendo alla libera determinazione dei membri della società naturale un complesso e pervasivo fascio di regole attinenti ai rapporti tra partner, ai rapporti tra genitori e figli. Pertanto quali diritti si deve impegnare a riconoscere lo Stato?

6. L'AUTONOMIA PRIVATA NEL DIRITTO DI FAMIGLIA.

Questa mancanza di definizioni non hanno permesso al diritto di famiglia di entrare a pieno titolo, senza contraddizione, nell'area del diritto privato piuttosto che del diritto pubblico. Se invero, il diritto di famiglia è abitualmente inserito nei manuali di diritto privato, dato che le norme che lo riguardano compongono il codice civile, non è mancato chi abbia promosso il diritto di famiglia come ramo del diritto pubblico³¹. Autorevoli fonti, infatti, partendo dall'assunto che il diritto privato ha ad oggetto la libertà di giudicare dei propri interessi, di perseguirli, di valersi dei mezzi che il diritto pone a disposizione del privato, si interrogano poi sulla possibilità che questa stessa autonomia possa sussistere all'interno dell'ambito familiare. Invero, la risposta a questa domanda è negativa, considerando che non vi è la possibilità di esercitare o meno i propri diritti o rinunziarvi. La stessa mancanza che

³¹ cfr. A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma 1914, pag. 77 ss.

sente lo Stato, intendendo l'autonomia, la libertà come percepita nell'individuo singolarmente inteso, o nei suoi rapporti, nelle sue scelte individualistiche. In questo senso il diritto privato è il campo dell'autonomia individuale. Secondo questa teoria, quindi, i diritti e i doveri che provengono dallo status familiare non sono posti a tutela dell'autonomia familiare, piuttosto vengono tutelati fini ed interessi che la legge dichiara debbano essere perseguiti. In tal senso è interessante aprire una piccola parentesi: un giurista tedesco del secolo scorso, Gierke³², contrappone nello studio del diritto familiare, non il diritto pubblico ed il diritto privato, ma l'individuo e l'associazione, concludendo che la famiglia e il diritto che la governa è un diritto sociale, ovvero un diritto che distingue la volontà degli enti dalla volontà dei singoli uomini che la compongono.

³² Cfr. S. Rodotà,

II CAPITOLO

LA RESPONSABILITA' FAMILIARE IN ITALIA

1. RESPONSABILITA' CIVILE E FAMIGLIA

Sulla ammissibilità dei rimedi risarcitori all'interno del nucleo familiare si sono sviluppati due differenti filoni dottrinari. Invero, una parte dei teorici del diritto riflette un sentimento di sostegno rispetto al campo immunitario all'interno delle mura domestiche, contrariamente a quanti invece ne propongono una completa revoca. Secondo questi ultimi, infatti, la circostanza che il fatto dannoso possa rilevare, quale causa di cessazione del rapporto tra i soggetti non esclude la sua rilevanza tipica ai fini dell'applicazione delle norme del Libro IV c.c.³³. E non importa che sia stato superato il principio della colpa nel diritto di famiglia, perché su tale principio si basa la normativa della responsabilità aquiliana. Secondo questa prima teoria, considerando diversamente le norme del Libro I c.c., queste si trasformerebbero in norme di favore per il coniuge responsabile e ciò non sarebbe in linea con i principi dell'ordinamento che pongono al centro la persona. Seguendo questa impostazione, dunque, e riprendendo quanto già anticipato, i diritti fondamentali della persona non potrebbero essere sacrificati in nome di una formazione sociale, nella quale semmai essi dovrebbero trovare piena realizzazione³⁴. 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

³³ C.M. Bianca, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, III ed., Milano, 2001, 184 ss. Secondo l'A. "l'esclusione di un rapporto di specialità tra I e IV Libro risiede nelle differenti finalità che essi intendono perseguire".

³⁴ P. Perlingieri, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 39 ss., ove l'A. osserva: "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".

un reato endofamiliare (lesioni, percosse, tentato omicidio ecc.). Non si comprenderebbe, infatti, perché non possano concorrere l'azione penale e la pretesa risarcitoria civile.

La dottrina più tradizionale invece fonda il suo ragionamento applicando il brocardo *lex specialis derogat legi generali* secondo cui è vietato il cumulo tra il rimedio giusfamiliare (per esempio l'azione per la separazione personale o il divorzio) e il rimedio aquiliano³⁵. Il coniuge inadempiente, quindi, 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 respiro³⁶. Sempre proseguendo su questa scia, si punta poi l'attenzione sulla natura degli obblighi nascenti da uno status familiare e conclusione è che i doveri coniugali o parentali non hanno valenza giuridica, dunque la condotta trasgressiva del familiare non può qualificarsi come "antigiuridica". Pertanto si ritiene che le situazioni soggettive coniugali non possano essere considerate alla stregua di "situazioni obbligatorie"³⁷; oppure che, soprattutto in relazione alla violazione dei doveri di fedeltà, l'esistenza del diritto di autodeterminazione in capo a

³⁵ 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.

³⁶ G. Sebastio, *La responsabilità civile endofamiliare*, in *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, a cura di R. Torino, Torino, 2004, p. 175., 186-187: secondo l'A. il principio del *ne bis in idem* trova la propria giustificazione nel diritto penale, per contemperare i possibili eccessi del c.d. cumulo materiale di reati, ma non avrebbe la medesima ratio 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".

³⁷ A. Zaccaria, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, *Fam. dir.*, 1997, pag. 466. In giurisprudenza cfr. Cass., 22 marzo 1993, n. 3367, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, pag. 535, ove si afferma che la resp. civile tra coniugi assolve la funzione di tutelare la persona in quanto tale e in tutte le sue manifestazioni, a prescindere dallo status di familiare.

ciascun coniuge farebbe mancare l'antigiuridicità all'inadempimento.

A questo replicano i giuristi che sostengono che è possibile una famiglia senza un pavimento immunitario facendo leva sull'art. 29 Cost., secondo comma, il quale 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 arduo accantonare la lettera della norma e dedurne meri precetti morali³⁸. 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. Sempre secondo questa parte dottrina hanno sostenuto una "giuridificazione" della famiglia sotto un profilo privatistico: alcuni doveri familiari hanno perso via via rilevanza pubblicistica (si pensi all'adulterio), ma

³⁸ C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol.II, cit., pag. 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".

l'hanno acquisita sotto il profilo privatistico, non potendo negarsi tutela giuridica alle vittime di illeciti civili³⁹.

Secondo la teoria opposta questa invece, si assiste nel settore dei rapporti familiari a una progressiva “degiuridificazione”. Per questo motivo ritengono altresì che 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 rappresenta pur sempre un negozio giuridico⁴⁰. 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 giuridici familiari, quali la separazione personale con addebito e l’eventuale condanna al mantenimento. Se il legislatore avesse ritenuto ipotizzabile una responsabilità del coniuge lo avrebbe previsto espressamente come già compiuto con gli artt. 129 *bis*, 139 e 140 c.c.

Opposta a questa conclusione la dottrina che ammette la privazione dell’immunità, spiega che 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 responsabilità civile, 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

³⁹ G. Sebastio, *La responsabilità civile endofamiliare*, cit., pag. 185

⁴⁰ 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, pp. 24, 37

dall'esistenza del contratto, risultino violati interessi giuridicamente protetti⁴¹.

La spaccatura della dottrina sul tema della responsabilità civile si registra anche all'interno dei contrapposti orientamenti, a testimonianza dell'incertezza e complessità della questione. Tra gli autori favorevoli all'ingresso della responsabilità civile 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 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 tradimento⁴². Altra dottrina invece si mostra più aperta, ammettendo il risarcimento del danno esistenziale.

2. AUTONOMIA TRA RESPONSABILITÀ CIVILE E DIRITTO DI FAMIGLIA.

Grazie allo sdoganamento delle regole della responsabilità civile sul terreno dei torti endofamiliari, l'area di tutela del singolo ha visto allargare i propri confini. Infatti si consente di attivare sia il rimedio giusfamiliare che quello risarcitorio⁴³.

⁴¹ 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, pag. 1902

⁴² 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.

⁴³ G. Ferrando, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, pag. 590.

Si è posto dunque il problema relativo al coordinamento di questi due strumenti di tutela, anche se, da subito è stato evidenziato come non vi siano ostacoli di principio al cumulo tra rimedio risarcitorio e rimedi giusfamiliari, come dimostrano in ambiti diversi tra loro, l'art. 129 *bis* c.c.⁴⁴, l'art. 6 sulla legge di divorzio e l'art. 49 sulla legge relativa all'adozione.

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 tutela⁴⁵.

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

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. Anche se ad affiancare questa premessa occorrono poi dei "filtri". V'è chi per esempio nega l'automatismo, poiché altrimenti si finirebbe con l'avere una corrispondenza immediata tra la violazione dei doveri matrimoniali, la declaratoria di addebito e la responsabilità civile⁴⁶.

La *ratio* dell'autonomia dei rimedi può essere abbastanza evidente nell'esame delle norme che compongono il libro I e il libro IV c.c.: a strumenti diversi corrispondono infatti funzioni e ambiti di tutela diversi⁴⁷. Ad esempio qualora si

⁴⁴ G. Ferrando, *Il matrimonio*, in *Trattato Cicu - Messineo*, Milano, 2002, pag. 716 ss.

⁴⁵ Trib. Milano, 24 settembre 2002; Cass., 10 maggio 2005, n. 9801

⁴⁶ G. Cassano, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale: il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padova, 2006, pag. 61

⁴⁷ G. Sebastio, *La responsabilità civile endo-familiare*, cit., pag. 187

consideri, 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; piuttosto 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 la caratteristica della plurioffensività dell'illecito, ogniqualvolta il comportamento censurabile sul piano aquiliano integri la violazione di obblighi endofamiliari.

Quanto è da considerare, dunque, è il possibile rischio che la responsabilità civile possa modificare significativamente la struttura fisiognomica e giuridica degli istituti familiari, e che vengano completamente stravolti, superati e travalicati quei confini che l'articolo 29, pur in maniera ambigua ben segna come fosse in un rapporto di genere a specie con l'art. 2 Cost., dando così un esempio di formazione sociale improntata al principio di uguaglianza, ma anche al principio di solidarietà e perciò funzionale alla promozione solidale, non individualistica, di ogni persona che ne faccia parte⁴⁸.

La prospettiva solidaristica da cui non è conveniente separarsi per disciplinare i rapporti coniugali induce a non

⁴⁸ L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, pag. 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".

abbandonare l'idea della famiglia intesa quale "istituzione" (in contrapposizione alla famiglia "contrattualizzata")⁴⁹, e ad aggiornarne la natura alla luce dell'evoluzione 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.

Per dare una rilevanza obiettiva a questo, vale la tendenza all'attenzione sempre più crescente per la legittimazione delle coppie di fatto, che si contrappone a quell'interesse per il singolo all'interno della coppia "istituzionalizzata".

3. IL DANNO NON PATRIMONIALE E L'ILLECITO ENDOFAMILIARE

La possibilità di essere risarciti per un torto subito da un membro della stessa famiglia non è stata una strada semplice da tratteggiare nell'esperienza giuridica italiana. Invero questa possibilità si è realizzata grazie alla via indicata dall'art. 2059 del codice civile. Per questo motivo, il

⁴⁹ Secondo Zatti, *Familia, familiae – Declinazioni di un'idea, I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, pp. 30-31 la natura istituzionale secondo la Costituzione deve essere rivalutata. L'A. 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 L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, cit., pag. 12 ss. Tale dottrina si rifà al pensiero di Cicu, *Lo spirito del diritto familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, pag. 124 ss., secondo il quale "il matrimonio non può essere considerato come un affare privato degli sposi, come un rapporto contrattuale fondato essenzialmente sulla 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"

ruolo preminente assunto dal danno non patrimoniale nel rapporto tra la responsabilità civile e il danno endofamiliare rende necessario ripercorrere brevemente le vicende che da un punto di vista generale hanno accompagnato l'evoluzione del danno non patrimoniale nell'ordinamento italiano⁵⁰.

Il danno non patrimoniale è basilare per il risarcimento del torto subito all'interno delle mura domestiche, ma anche in questo settore si rivela difficilmente commisurabile a dei parametri oggettivi, tanto meno sono facilmente riscontrabili indici obiettivi atti a segnalare l'esistenza stessa del pregiudizio⁵¹.

In maniera speculare piuttosto, i danni di natura patrimoniale. Anche in sede familiare non hanno mai rappresentato un momento di difficoltà in sede di accertamento e liquidazione del danno. Nei casi della moglie derubata o truffata dal marito, oppure vittima di illeciti bancari, se i rimedi di cui all'art. 184 c.c. non bastano a neutralizzare la perdita, viene risarcita in virtù della clausola generale ex 2043. 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 beni⁵².

⁵⁰ G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, pp. 59 - 65, parla di "danno non oggettivamente valutabile in denaro giacché lesivo di beni non 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".

⁵¹ G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 375.

⁵² 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. P. Cendon - G. Sebastio, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, in R. Torino, *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2002, 1257.

Il danno non-patrimoniale presenta dunque dei profili di problematicità, a prescindere dal contesto in cui si mostra, pertanto sarà necessaria una breve digressione.

L'evoluzione socio-giuridica dell'ordinamento in generale nel tempo ha incorporato anche questa voce, che inizialmente rivestiva un ruolo sicuramente più marginale rispetto ad oggi. La stessa definizione ha subito nel tempo interpretazioni sempre più allargata in termini di dimensione, e questo probabilmente è dovuta alla sempre maggiore attenzione nei confronti dell'individuo e dell'identità della persona.

4. ITER GIURISPRUDENZIALE DEL DANNO NON PATRIMONIALE.

Il sistema di responsabilità civile affonda le proprie radici nell'esperienza codicistica francese, della quale aveva mutuato nel codice postunitario la clausola generale di responsabilità di cui all'art. 1382 *code civil*⁵³.

Norma, questa, che traeva le proprie origini da una secolare elaborazione teorica, e che richiamando il diritto romano, 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 risarcitoria⁵⁴.

Mentre gli interpreti d'oltralpe aprivano in ogni caso i varchi alla risarcibilità del danno non patrimoniale, la

⁵³ 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».

⁵⁴ A. Marchi, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *Bollettino Ist. dr. Rom*, XVI, 1904, pag. 206 ss. Ove l'A. afferma 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.

giurisprudenza italiana del secolo scorso non era unanime nell'ammettere la possibilità di tale risarcimento. Questo panorama venne stravolto da un giurista dell'ateneo pisano, il quale sostenendo l'impossibilità di accertare in molti casi la reale esistenza del danno morale e che tale pregiudizio non avesse carattere giuridico, e che mancava del requisito dell'esteriorità, manifestandosi puramente nella sfera soggettiva interna della vittima, non ne ammetteva la risarcibilità. Questa tesi, di lì a pochi anni, prese il sopravvento diventando la teoria maggiormente condivisa da buona parte degli interpreti, i quali subordinarono il diritto al risarcimento non all'esistenza di una lesione all'individuo in quanto tale, ma all'uomo capace di produrre ricchezza⁵⁵. Tra l'altro, nel 1913 venne riformato il codice di procedura penale che estese l'istituto della riparazione a tutti i delitti contro la persona e a quelli che offendono la libertà individuale, l'onore, l'inviolabilità del domicilio e dei segreti, e si salutò tale riforma come interpretazione del legislatore ad ammettere nei casi più gravi la riparazione con una soddisfazione pecuniaria, indipendentemente dal danno materiale.

Questo orientamento subì però un duro colpo 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.). L'introduzione di tale disposizione non valse tuttavia a sopire le dispute dottrinarie in tema di risarcibilità del danno non patrimoniale⁵⁶, che non si sarebbero tra l'altro interrotte

⁵⁵ C.F. Gabba, nota ad App. Palermo, 16 marzo 1903, in *Foro it.*, 1903, I, pag. 944; A. Ascoli, *Atto illecito. Responsabilità. Danni morali*, in *Riv. dir. civ.*, 1909, pag. 538;

⁵⁶ P. Calamandrei, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, pag. 171 ss.; L. Coviello, *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, pag. 313, sono tra gli autori che intesero la nuova norma strumento per il risarcimento di qualsiasi tipo di danno non patrimoniale. Della stessa opinione fu A. Ascoli, *Risarcibilità del danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1934, 405, secondo il quale la norma in

fino alla emanazione del nuovo codice civile che apporta due novità importanti: da un lato si prevedeva l'ulteriore requisito della ingiustizia per ammettere il risarcimento del danno (art. 2043 c.c.); dall'altro si stabiliva l'inedita formula di limitazione della risarcibilità dei danni non patrimoniali cristallizzata nell'art. 2059.

Questa disposizione, nel vano tentativo di porre fine alle indeterminate discussioni derivate dall'art. 185 c.p., prevede la risarcibilità dei danni non patrimoniali soltanto nei casi determinati dalla legge⁵⁷.

Per decenni tuttavia l'unica ipotesi di risarcibilità prevista *ex lege* rimase quella del Codice penale, limite, questo, che secondo la disposizione suddetta poteva essere travalicato solo dal legislatore⁵⁸, e che con gli anni è stato superato grazie all'opera di dottrina e giurisprudenza, protese nello sforzo di accrescere il catalogo delle situazioni da tutelare attraverso la corresponsione di poste risarcitorie non liquidabili attraverso indici oggettivi di parametrabilità, dando vita al travolgimento delle "frontiere nobili della responsabilità civile" in direzione di altri settori del diritto, non da ultimo il diritto di famiglia⁵⁹.

Nonostante la dottrina segnalasse fin da subito gli inconvenienti del sistema codicistico di responsabilità civile⁶⁰, per oltre trent'anni la giurisprudenza restò fedele ai principi restrittivi di liquidazione previsti dal dettato normativo. La rotta viene invertita quando, alla fine degli

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 responsabilità civile per i danni non patrimoniali, per identità di ragione esso si dovesse estendere alle materie puramente civili.

⁵⁷ R. Scognamiglio, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, pag. 309.

⁵⁸ G. Bonilini, in *Il danno non patrimoniale*, cit., pag. 240 ss.

⁵⁹ Cit. C. Castronovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, pag. 539 ss.

⁶⁰ 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, pag. 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, pag. 347;

anni '50 grazie al contributo di diversi autori tra cui spicca la personalità di Renato Scognamiglio, interviene la prima sentenza sul danno biologico⁶¹. Il saggio⁶² del giurista appena citato, infatti, ha ad oggetto il superamento della tradizionale distinzione tra danni patrimoniali e danni non patrimoniali, sostituendola con la ripartizione tra danni giuridicamente rilevanti, 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). L'idea di base era che per "danno risarcibile" si dovesse intendere quello che colpiva beni direttamente protetti da una norma di legge, e quindi anche i beni personali.

Gli ostacoli posti dalle lettere delle varie norme riescono ad essere saltati grazie anche al significativo contributo portato dalla Costituzione del 1948, la quale stravolgeva ribaltandone tutto il sistema di valori, mettendone al centro 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

⁶¹ Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, pag. 54, e in *Resp. civ.*, 1975, pag. 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.

⁶² R. Scognamiglio, *Il danno morale*, cit.

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.

Nel 1986 la Corte costituzionale⁶³ impone una re-interpretazione della figura di danno non patrimoniale alla luce del dettato costituzionale che porta 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” ed anche sui principi generali che devono presiedere alla liquidazione di tale tipologia di danno. Per superare 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). La Consulta finì per distinguere tra danno biologico e danno morale. 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

⁶³ Corte cost., 14 luglio 1986, in *Foro it.*, 1986, I, 2053

hanno considerato che per quelle posizioni soggettive protette 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 traeva 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. Nasceva dunque l'idea di danno esistenziale, che si erigeva a *tertium genus* di pregiudizio riparabile, autonomo rispetto ai danni biologico e morale, per la tutela delle attività realizzatrici della persona, attuali o potenziali⁶⁴.

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.

Lo sviluppo della discussione sul possibile ingresso della responsabilità civile 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 danno⁶⁵.

⁶⁴ 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 reddituali del soggetto leso.

⁶⁵ 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, pag. 833; Cass., 19 novembre 1990, n. 11164, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Danni civili*, n. 148;

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 costituzionale⁶⁶.

Se appare condivisibile l'idea che la condanna alla riparazione postuli l'accertamento dell'ingiustizia del danno, sembra invece 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.

Il percorso ermeneutico iniziato dalla Cassazione con la sentenza n. 7713/2000 è stato⁶⁷, 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. Questa posizione fu di lì a poco condivisa dalla Consulta, la quale però, 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.⁶⁸.

Negli anni a seguire l'autonoma rilevanza al danno esistenziale è stata assai spesso negata, registrandosi anche

⁶⁶ Cass., 7 giugno 2000, n. 7713 in *Foro it.*, 2001, pag. 187

⁶⁷ 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.

⁶⁸ Corte. Cost., 11 luglio 2003, n. 233, cit., 1036

tentativi, da parte di alcune dibattute sentenze del consesso di legittimità, di riconoscere la categoria del danno esistenziale quale autonoma voce di danno risarcibile⁶⁹.

Il riconoscimento della figura del danno esistenziale ha 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 civile⁷⁰.

Il danno esistenziale infatti, essendo legato indissolubilmente alla persona, e quindi non essendo passibile di determinazione secondo il sistema tabellare, 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 il cui limite potrebbe ravvisarsi nella possibilità, di ritenere il confronto con i precedenti analoghi in qualche modo vincolante e riferito ad una casistica nazionale⁷¹.

⁶⁹ Cass. Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Resp. civ.*, 2006, pag. 1051; *Foro it.*, 2006, I, pag. 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.

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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.

Ancora una volta, assai di recente, è intervenuto il Supremo Collegio nel tentativo di costruire un più saldo impianto teorico al sistema del risarcimento del danno non patrimoniale.

5. NATURA DELL'ILLECITO ENDOFAMILIARE

Circa poi l'interrogativo che si pone guardando alla differenza tra famiglie basate sul matrimonio e coppie di fatto, nasce anche la questione concernente la natura della responsabilità, se essa può essere definita contrattuale o extracontrattuale, questione che rileva anche per le conseguenze che derivano dal ricondurre la fattispecie all'interno di una categoria piuttosto che dell'altra⁷².

Sebbene l'art. 2056 c.c., previsto nel Titolo IX "*Dei fatti illeciti*" del Libro IV, operando un rinvio ad alcune disposizioni dettate in materia di responsabilità contrattuale, comporti una parziale coincidenza del regime applicabile e, nonostante si sia cercato di sostenere comunque la tendenziale unitarietà della disciplina⁷³, il discrimine rimane rilevante⁷⁴: invero, si deve evidenziare necessariamente il termine prescrittivo differente (l'azione volta a far valere la responsabilità extracontrattuale si prescrive decorsi 5 anni dal giorno in cui il fatto si è

⁷² G. Visintini, voce "*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*", in Enc. giur. XXVI, Roma, 1991, p. 3.

⁷³ C. Castronovo, *Il risarcimento del danno, in Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice civile nel momento storico attuale* (Atti del Convegno di Treviso 23-25 marzo 2006), in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 86.

⁷⁴ C. Rossello, *Intorno ai rapporti tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Giur. It.*, 1985, pt. 4, pag. 201. L'A. sottolinea come, nonostante i notevoli ridimensionamenti apportati dalla dottrina più recente permangono ancora sensibili differenziazioni di disciplina tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale che fanno sì che sia necessaria una precisa delimitazione delle due forme di responsabilità.

verificato ex art. 2947⁷⁵, termine notevolmente più breve rispetto a quello ordinario decennale necessario, secondo il disposto dell'art. 2946 c.c., per la tutela di un illecito contrattuale); il differente regime probatorio (nel caso di responsabilità contrattuale il danneggiato non è tenuto a provare l'elemento psicologico ex art. 1218 c.c., presunto fino a prova contraria, cosa che invece deve fare chi intende far valere una pretesa ex artt. 2043 e 2059 c.c.); vi è poi la possibilità di apporre clausole limitative della responsabilità in presenza di un illecito contrattuale, ai sensi dell'art. 1229 c.c., possibilità non contemplata invece se l'illecito è aquiliano, in ragione del mancato rinvio dell'art. 2056 c.c.⁷⁶. Altre differenze consistono nella risarcibilità dei danni prevedibili⁷⁷, nelle modalità di risarcire il lucro cessante⁷⁸ e nell'esperibilità del rimedio del risarcimento in forma specifica⁷⁹. Si vuole sottolineare ancora come l'ordinamento

⁷⁵ Per quanto concerne il *dies a quo* si rimanda a: Cass. 28 luglio 2000, n. 9927, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce "Prescrizione e decadenza" e Cass. 12 agosto 1995, n. 8845, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce "Prescrizione e decadenza", n. 29, secondo le quali il termine di prescrizione per far valere la domanda risarcitoria inizierebbe a decorrere da quanto il danno si è manifestato all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e conoscibile, e non invece dal momento in cui è stata tenuta la condotta del terzo che ha cagionato il danno.

⁷⁶ All'interno delle sentenze gemelle del 11 novembre del 2008 si afferma come anche qualora l'illecito sia contrattuale, ragionando in termini di risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, il rango costituzionale dei diritti lesi rende nulli i patti di esonero o limitazione della responsabilità, ai sensi dell'art. 1229, secondo comma c.c.. E' nullo, infatti, qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione della responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

⁷⁷ Se la responsabilità è contrattuale, il debitore deve risarcire solamente i danni prevedibili al momento del sorgere dell'obbligazione, a meno che l'illecito non sia doloso (art. 1225 c.c.). Invece, se la responsabilità è extracontrattuale non operando in questo caso l'art. 2056 c.c. un rimando all'art. 1225 c.c. l'autore sarà sempre chiamato a rispondere anche dei danni imprevedibili nel momento in cui si è realizzato il fatto, sempreché siano conseguenza di retta ed immediata del comportamento tenuto.

⁷⁸ Se l'illecito è aquiliano, secondo il disposto dell'art. 2056, secondo comma, c.c., il lucro cessante deve venire liquidato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso. Di contro, se è contrattuale, secondo quanto enunciato dall'art. 1223 c.c., deve venire risarcito completamente, nella misura in cui sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento.

⁷⁹ Inoltre, ragionando di responsabilità contrattuale non sarebbe possibile ottenere un risarcimento in forma specifica, mancando in tale sede una disposizione normativa analoga a quella prevista in sede di tutela aquiliana all'art. 2058 c.c. In realtà, secondo taluni, detta prospettiva sarebbe superata. In tal senso si vedano: A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004, p. 669.

concede che possa rispondere di un illecito aquiliano *ex art.* 2046 c.c. anche un soggetto capace di intendere e di volere al momento del compimento del fatto, mentre nel caso di inadempimento di un'obbligazione non è prevista alcuna capacità in capo al soggetto agente. E' anche difforme il regime concernente i criteri per individuare il giudice competente per territorio.

Un ulteriore aspetto di difformità era quello che riguardava la possibilità del risarcimento circa i danni non patrimoniali. Come già affrontato, questa sarebbe la categoria naturale per il risarcimento del danno endofamiliare. A lungo si è sostenuto pertanto che la responsabilità per violazione di una c.d. obbligazione familiare ricadrebbe necessariamente nelle morsa dell'illecito extracontrattuale. Questo perché tradizionalmente, si sosteneva come solo in caso di responsabilità extracontrattuale sarebbe stato ammesso il risarcimento anche dei danni non patrimoniali, data l'assenza, all'interno disciplina della responsabilità contrattuale, di una disposizione normativa analoga a quella di cui all'art. 2059 c.c., dettato in materia di illeciti aquiliani⁸⁰. Per ovviare a detta carenza, nel caso in cui oltre all'inadempimento del debitore fosse configurabile, altresì, la lesione del principio del *neminem laedere* da parte di quest'ultimo, la giurisprudenza ha elaborato la teoria del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale⁸¹, che

⁸⁰ Sulla risarcibilità dei danni non patrimoniali attraverso lo strumento della responsabilità contrattuale si rimanda a F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 2004, Napoli, p. 628 s., secondo il quale "in caso di inadempimento, avendo la prestazione carattere necessariamente patrimoniale, non sarebbero risarcibili i danni non patrimoniali. Il patema d'animo conseguente all'inadempimento non rilevarebbe se non quando sia collegato alla lesione di un bene della personalità: in questo caso, infatti, il danno potrebbe essere risarcito *ex art.* 2043 ove si ipotizzasse un danno esistenziale da lesione del diritto alla felicità".

⁸¹ così C. Rossello, *Intorno ai rapporti tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, cit., pag. 202 ss.: il concorso si può realizzare solo se un unico fatto lesivo di cui sia autore uno dei due soggetti di un rapporto obbligatorio si configuri al contempo come inadempimento dell'obbligazione che vincola il debitore e il creditore e come violazione del

tuttavia, pur consentendo il ristoro dei danni non patrimoniali, subordina la risarcibilità degli stessi al rispetto della disciplina concernente l'illecito aquiliano.

La soluzione di escludere il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento è stata oggetto di profonde critiche provenienti da una parte della dottrina⁸²: da un lato, il fatto che, all'interno degli artt. 1218 c.c. 1223 c.c., che regolano i danni risarcibili in presenza di un illecito contrattuale, non viene utilizzata alcuna espressione che potrebbe indurre a ritenere il risarcimento limitato ai soli danni patrimoniali, in quanto si parla di danni senza ulteriore aggettivazione, dall'altro, la circostanza che, secondo quanto previsto dall'art. 1174 c.c., l'obbligazione può rispondere anche ad interessi non patrimoniali del creditore, l'inadempimento dei quali potrebbe dare luogo a danni non patrimoniali⁸³.

Per questo motivo si vuole concludere in questo paragrafo l'*excursus* storico subito e tracciato dal danno non patrimoniale.

Invero, le Sezioni Unite, chiamate a decidere circa la sussistenza della categoria ontologica del danno esistenziale, si sono pronunciate, seppur *incidenter tantum*, con le note sentenze gemelle dell' 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, all'interno delle quali emerge come, riconosciuta la tutela minima rappresentata dal risarcimento del danno ai diritti inviolabili della persona, ne

precepto del *neminem laedere*, contenuto nell'art. 2043 c.c. Per tale ragione occorre che il danneggiato e il danneggiante coincidano rispettivamente con il debitore e con il creditore e che il danno aquiliano sia conseguenza diretta dell'inadempimento.

⁸² A favore della risarcibilità dei danni non patrimoniali anche mediante lo strumento della responsabilità contrattuale invece: C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, pag. 467 e ss.; C. Amato, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il "nuovo danno non patrimoniale"*, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 2004, pag. 141 ss.

⁸³ R. Partisani, *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2009, pag. 70 ss.

deve conseguire che la lesione degli stessi ove abbia cagionato un danno non patrimoniale debba comportare l'obbligo di risarcimento dei pregiudizi qualsiasi sia la fonte di responsabilità che l'ha fatto venire ad esistenza.

In particolare, secondo quanto affermato dalla Corte, qualora l'inadempimento dell'obbligazione determini, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica contrattualmente assunti, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, il risarcimento del danno non patrimoniale potrà essere riversato nell'azione di responsabilità contrattuale, senza che vi sia la necessità di ricorrere all'espedito del cumulo di azioni.

La soluzione sembrerebbe maggiormente vantaggiosa rispetto a quella di ricorrere al cumulo, in quanto permetterebbe al danneggiato di avvalersi della più favorevole disciplina dell'illecito contrattuale in presenza di un danno non patrimoniale⁸⁴.

La particolarità nella scelta delle Sezioni Unite sta nell'aver affermato la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento senza ricorrere all'applicazione analogica o comunque all'estensione della disciplina di cui all'art. 2059 c.c., ma semplicemente sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme dettate in materia di responsabilità contrattuale: gli artt. 1218 e 1223 c.c. non si riferirebbero, in tale ottica, al solo danno patrimoniale, ma anche a quello non patrimoniale e dunque

⁸⁴ D. Chindemi, *Una nevicata su un campo di grano*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, pag. 222, secondo il quale l'intervento della Corte sulla questione avrebbe posto fine al contrasto esistente a riguardo. La pronuncia è stata accolta positivamente anche da M. Gazzara, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*, in *Danno resp.*, 2009, pag. 291. *Contra*, G. Cittarella, *Danno non patrimoniale e contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, pag. 434 ritiene che le pronunce delle SS.UU. riconoscendo come spetti all'art. 2059 c.c. costituzionalmente interpretato garantire il ristoro del danno non patrimoniale da contratto, abbiano generato più problemi di quanti ne intendessero risolvere, stante le diverse funzioni che il danno non patrimoniale svolge all'interno del contratto.

rappresenterebbero lo spiraglio per riconoscere il ristoro anche di quest'ultimo.

Tuttavia, si è reputato che solamente una lesione di un diritto inviolabile possa giustificare tale pretesa⁸⁵.

La conclusione delle Sezioni Unite secondo cui il danno non-patrimoniale è risarcibile anche in presenza del risarcimento del danno derivante da responsabilità è stata anche riconosciuta dall'art. 9:501, secondo comma, lettera a) dei Principi di diritto europeo dei contratti (PDEC o PECL), elaborati dalla Commissione Lando, pur non vincolanti in quanto strumenti di *soft law*⁸⁶, e dai Principi *Unidroit*⁸⁷, dettati nel 2004 in tema di contratti commerciali internazionali, secondo il quale il creditore ha diritto al risarcimento integrale del danno patito in conseguenza all'inadempimento (primo comma) e tale danno risarcibile è sia quello patrimoniale, sia quello non patrimoniale (secondo comma).

Anche secondo l'art. 3:701 "*Right to damages*" del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), redatto dallo *Study Group on a European Civil Code*, il creditore ha diritto al risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento a meno che questo non sia scusabile (primo comma): in particolare i danni risarcibili sono sia quelli patrimoniali, sia quelli non patrimoniali, comprensivi del dolore, della sofferenza, del peggioramento della qualità della vita (terzo comma).

Sulla base di queste considerazioni, si deve rilevare come, tendenzialmente, il ricondurre un determinato illecito entro l'area della responsabilità contrattuale potrebbe agevolare il

⁸⁵ D. Poletti, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, pag. 86 condivide l'impostazione della Corte.

⁸⁶ G. Alpa, *I "Principles of European Law" predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pag. 483.

⁸⁷ Si veda *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali 2004*, Milano, 2004, *passim*

danneggiato, considerato il più favorevole regime della prescrizione dell'azione e dell'onere probatorio. Quest'ultimo profilo potrebbe, infatti, rivelarsi molto vantaggioso in settori, quali quello dell'illecito endo-familiare, dove non pare agevole provare l'elemento psicologico. Anche beneficiare di un termine di prescrizione maggiormente esteso è un elemento sicuramente importante in contesti nei quali sovente la decisione concernente la proposizione dell'azione potrebbe essere dibattuta e richiedere maggiori tempi di riflessione, dato il particolare rapporto affettivo sussistente tra le parti.

Pertanto, alla luce delle difformità evidenziate, la riconduzione della fattispecie concreta all'interno di una categoria va considerata un'operazione importante.

Ai fini della distinzione, si guarderà alla preesistenza o meno di un rapporto obbligatorio tra le parti⁸⁸: nella responsabilità contrattuale che presuppone la preesistenza di un vincolo obbligatorio rimasto inadempito tra le parti e quindi una relazione particolare e un programma specifico di comportamento, l'obbligo di risarcimento ha carattere derivato e secondario; nella responsabilità extracontrattuale l'obbligo di risarcimento ha invece carattere originario e primario al di fuori di qualsiasi contatto o progetto precedente tra i soggetti.

Potrebbe essere, pertanto, più agevole ricondurre nelle maglie della responsabilità contrattuale la responsabilità da danno endofamiliare, proprio in virtù della relazione esistente tra i soggetti. Invero, nel rapporto tra le parti che si instaura nell'alveo della responsabilità extracontrattuale, si presuppone una mancanza di relazione tra i due soggetti

⁸⁸ L. Mengoni, voce "Responsabilità contrattuale (dir. vig.)", in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pag. 1072. A riguardo F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 630, sottolinea come i confini tra le due responsabilità non sarebbero più dati dalla natura dell'interesse leso, ma dalla sussistenza o meno di una pregressa relazione tra i due soggetti.

prima dell'avvenimento del danno. Questa mancanza di relazione non può dirsi esistente nei legami famigliari, che anzi ne fanno l'essenza della loro connotazione. Per questo motivo parte della dottrina ha avanzato una teoria che riconducesse questo tipo di responsabilità in un *tertium genus*, similmente a quanto teorizzato per la responsabilità precontrattuale. Invero, queste fattispecie di illecito vengono reputate zone a metà tra l'illecito aquiliano e quello contrattuale, non facilmente classificabili, che ha originato riflessioni circa l'utilità di distinguere ancora le diverse categorie di illecito.

Si consideri, in particolare, la responsabilità precontrattuale, derivante da quegli illeciti cagionati in vista della conclusione di un contratto per *culpa in contrahendo*, la natura dei quali è controversa⁸⁹. Lo stesso dicasi per gli illeciti conseguenti alla violazione di doveri di protezione⁹⁰, elaborati dalla dottrina tedesca⁹¹, consistenti in obbligazioni accessorie rispetto all'obbligo principale di prestazione, fondate sul dovere di correttezza di cui all'art. 1175 c.c., non contemplate espressamente e imposte a ciascuna parte del rapporto a salvaguardia dell'interesse altrui.

L'inadempimento di detti obblighi è tendenzialmente reputato fonte di un illecito contrattuale⁹², in conformità

⁸⁹ C.M. Bianca, *Diritto civile* III. *Il contratto*, Milano, 2000, pag. 159; P. Gallo, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, pag. 299. Diversamente, altra parte della dottrina incentrandosi sul dovere di buona fede, suppone trattarsi di un'ipotesi di violazione di un vero e proprio vincolo obbligatorio che in seguito all'inizio delle trattative si formerebbe tra soggetti determinati, fonte di responsabilità contrattuale: così L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. com.*, 1956, pt. II, pag. 360 ss.

⁹⁰ C. Castronovo, voce "*Obblighi di protezione*", in *Enc. Giur.*, vol. XXI, 1990, Roma

⁹¹ Gli obblighi di protezione sono intesi dalla dottrina tedesca quali obblighi di comportarsi nello svolgimento del rapporto obbligatorio in modo tale da non arrecare pregiudizio alla persona e ai beni dell'altro soggetto: così D. Memmo, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. impresa*, 2004, pag. 801.

⁹² Secondo C. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice civile nel momento storico attuale* (Atti del Convegno di Treviso 23-25 marzo 2006), in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 85, gli obblighi di protezione avrebbero contribuito a far scemare la distinzione tra responsabilità contrattuale ed

con la tendenza per la quale le fattispecie di dubbia natura vengono fatte ricadere all'interno dell'alveo della responsabilità contrattuale al fine di attribuire al danneggiato una disciplina più favorevole. Nell'ottica di attrarre nell'ambito della responsabilità contrattuale una serie di situazioni che diversamente non vi rientrerebbero, importante è anche alla figura del contatto sociale⁹³, riconosciuto quale fonte atipica di obbligazioni ex art. 1173

extracontrattuale, rendendo risarcibili contrattualmente un danno che avrebbe la medesima configurazione di un danno da fatto illecito in quanto cagionato *in faciendo*. Gli obblighi di protezione, infatti, stando a metà strada tra le obbligazioni in senso classico e i doveri negativi in cui si sostanzia il principio dell'*alterum non laedere*, rappresentano un ibrido con i conseguenti problemi concernenti la disciplina applicabile: a riguardo si deve optare per far rientrare la violazione degli stessi all'interno dell'alveo dell'illecito contrattuale data la determinatezza tra le parti tra cui corre e data la differenza di disciplina che deve intercorrere tra l'inadempimento degli stessi e l'illecito aquiliano, in quanto altrimenti l'elaborazione della categoria si ridurrebbe ad un gioco intellettuale (così C. Castronovo, voce "*Obblighi di protezione*", cit., pag. 3 s.)⁹³ Il contatto sociale viene infatti riconosciuto, tramite un'interpretazione che consideri atipiche le fonti delle obbligazioni, quale fonte delle stesse. L'ordinamento ricollega infatti al contatto il sorgere di determinati obblighi di comportamento il cui inadempimento può determinare l'insorgere di una responsabilità di natura contrattuale. Il contatto sociale si realizza nel momento in cui due soggetti entrano in contatto e le circostanze di fatto, quali una particolare professionalità in capo ad uno dei due, sono tali da fare sorgere in capo all'altro un affidamento. Il contatto sociale, in particolare, quale fonte ex art. 1173 c.c., genera un dovere di protezione, che trova la propria fonte nelle clausole generali di correttezza e di buona fede, intese come clausole generali, che si collocano al di là dell'adempimento di un rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.) o di un rapporto contrattuale (art. 1375 c.c.), oppure, e più propriamente, come ubbidienza al precetto costituzionale di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., a sua volta rapportato al diritto alla salute, che l'art. 32 Cost. protegge come fondamentale diritto dell'individuo (F. Galgano, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 2008, pag. 93). La violazione di detto dovere di protezione equivale all'inadempimento di un'obbligazione ed è fonte di responsabilità contrattuale: così F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, pag. 89 ss. Epocale per il riconoscimento del contatto sociale, quale fonte atipica di obbligazioni l'inadempimento delle quali può essere fonte di responsabilità contrattuale è stata una sentenza della Suprema Corte del 1999: "La responsabilità del medico ospedaliero dipendente del servizio sanitario ha natura contrattuale, sebbene essa non sia fondata su un contratto intervenuto tra le parti, ma su un contatto sociale, caratterizzato dall'affidamento che il malato pone nella professionalità del medico, fonte per quest'ultimo di obblighi di protezione nei confronti del paziente" (Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, pt. I, pag. 334). La sentenza sopraccitata parte dal presupposto per il quale il medico dipendente della struttura sanitaria che si occupa del paziente non può essere considerato alla stregua di un *quisque de populo*, soggetto solamente al principio del *neminem laedere* che grava su ogni consociato (così S. Faillace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, pag. 28). A detta figura si fa riferimento in diversi settori, in primis, all'interno del campo della responsabilità medica al fine di ricondurre nell'alveo dell'art. 1218 c.c. ss. anche la responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria alla quale il paziente si rivolge, ma anche in altri, quali quello della responsabilità degli insegnanti per i danni cagionati dagli allievi.

c.c.⁹⁴: il fatto che due soggetti entrino in contatto potrebbe infatti, in presenza di determinate circostanze, far sì che in capo alle stesse si generi un rapporto obbligatorio, l'inadempimento del quale darebbe luogo ad un illecito contrattuale.

Al di là delle difficoltà di qualificazione e della crisi della distinzione, vi è la tendenza, anche per l'influsso europeo, a superare le differenze tra le diverse tipologie di illecito, giungendo così a creare una generale figura di illecito civile⁹⁵: basti pensare agli interventi di origine comunitaria concernenti responsabilità non definibili né come contrattuali, né come extracontrattuali, quali quella derivante da prodotti difettosi.

Si potrebbe concludere rintracciando un fondamento consistente nella riparazione dei pregiudizi patiti⁹⁶.

6. L'ILLECITO ENDOFAMILIARE QUALE ILLECITO EXTRACONTRATTUALE.

Nonostante queste ultime riflessioni che inducono il danno endofamiliare a rimanere in una zona d'ombra per le caratteristiche che lo compongono, la dottrina tradizionale e la giurisprudenza lo continuano ad inserire nello schema della responsabilità extra-contrattuale.

⁹⁴ V. Rizzo, *Le fonti delle obbligazioni fra tipicità, atipicità e giudizio di meritevolezza*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. Ruscello, 2008, Napoli, pag. 797 ss.

⁹⁵ Di questa opinione è F.D. Busnelli, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra il contratto e il fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in cit., pag. 539.

⁹⁶ A. Di Majo, voce "*Responsabilità contrattuale*", in *Dig. Di sc. priv.*, XVI I, Torino, 1998, pag. 26 ss., *Ciò che si tutela è dunque il mantenimento dello status quo. Contra*, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., pag. 631, riconosce una diversa funzione agli istituti: la responsabilità contrattuale, infatti, si modella sul programma specifico del comportamento, diversamente la tutela aquiliana tutelerebbe non già le aspettative dell'adempimento ma lo *status quo ante* ripristinandolo con l'eliminazione dei danni.

Per questo motivo, appare necessario descrivere il ragionamento giuridico che si deve compiere affinché la pretesa risarcitoria possa trovare accoglimento: sarà necessario che sussistano gli elementi costitutivi dell'illecito civile aquiliano, quali le modalità della condotta, il danno ingiusto, il nesso causale, la colpevolezza e l'imputabilità del soggetto agente. Con riguardo alla ingiustizia del danno, prima della fondamentale sentenza delle Sezioni Unite n.500/1999 veniva reputata sussistente solamente ove si fosse verificata la lesione di un diritto soggettivo assoluto; oggi, grazie all'inversione di rotta voluta dalla Suprema Corte, viene riconosciuta anche rispetto al pregiudizio recato ad un interesse altrui, purché giuridicamente rilevante.

In quest'ottica, non rileva ulteriormente la qualificazione formale dell'interesse leso, potendo la violazione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante dar luogo ad una responsabilità extracontrattuale, sempreché il danno possa essere qualificato come ingiusto. Pertanto, il danno ingiusto diviene quello arrecato *non iure*, ovvero inferto in difetto di una causa di giustificazione, che si risolve nella compromissione di un interesse rilevante per l'ordinamento. Poiché non possono essere determinati ex ante gli interessi meritevoli di tutela sarà compito del giudice, effettuare una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, la cui lesione possa dare luogo ad un "danno ingiusto": a tal fine è necessario porre in essere un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, quello del soggetto che si afferma danneggiato e quello che sorregge il comportamento dell'autore della condotta, al fine di valutare se il sacrificio dell'interesse del primo trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse del secondo, in

ragione della sua prevalenza⁹⁷, comparazione che viene condotta secondo quanto previsto dal diritto positivo, ovvero alla luce delle norme e dei principi propri del nostro ordinamento giuridico. Sulla base di queste considerazioni, la mera violazione dei doveri familiari non potrebbe in alcun modo dar luogo a una pretesa risarcitoria per quanto concerne i danni non patrimoniali, essendo necessario un *quid pluris* consistente nella violazione di un diritto inviolabile, prevalente nel giudizio di bilanciamento rispetto all'interesse del soggetto agente⁹⁸, a meno che non si tratti di uno dei casi nei quali espressamente la legge riconosce la risarcibilità di detti pregiudizi, come in presenza di un reato.

In presenza di una compromissione delle situazioni esistenziali della persona che abbia trovato la sua occasione nella violazione dei doveri familiari si potrà arrivare anche al risarcimento dei danni patrimoniali ex art. 2043 c.c., qualora l'interesse leso sia reputato prevalente rispetto a quello del soggetto agente all'interno dell'ordinario giudizio di ingiustizia. Per tali ragioni, la mera violazione dei doveri coniugali non sarebbe idonea a far sorgere una responsabilità extracontrattuale in capo al coniuge inadempiente, potendo implicare unicamente il ricorso ai rimedi del diritto di famiglia.

Lo stesso discorso può essere fatto per quanto riguarda l'inadempimento dei doveri genitoriali che non sia stato di tale gravità o talmente abituale da determinare altresì una compromissione dei diritti inviolabili dell'individuo.

Altro requisito necessario ai fini della configurazione della responsabilità ex art. 2043 c.c. è l'imputabilità al soggetto agente, la sussistenza della capacità di intendere e di volere

⁹⁷ Cass. Sez. Un. 22 luglio 1999, n. 500, in *Resp. civ. prev.*, 1999, pag. 1003

⁹⁸ G. Facci, *Infedeltà omosessuale del marito: alla moglie non spetta un risarcimento perché non vi è un danno ingiusto*, in *Fam. dir.*, 2008, pag. 484

al momento della commissione del fatto, a meno che lo stato di incapacità non derivi da sua colpa⁹⁹. Il soggetto agente, infatti, deve essere consapevole, al momento del compimento dell'azione, di ciò che sta facendo, non essendo altrimenti possibile chiamarlo a risponderne. Mancando questo requisito, infatti, pur in presenza di un fatto dannoso, non potranno essere sussistenti gli elementi costitutivi del fatto illecito, conseguentemente l'agente non incorrerà in alcuna responsabilità. Detta capacità va sempre valutata nel caso concreto, senza la possibilità di far riferimento invece a presunzioni concernenti l'età o di invocare quanto previsto nell'art. 97 c.p.

Ulteriore elemento richiesto dal legislatore è, alternativamente, la sussistenza dei criteri di imputazione del dolo e della colpa, reputati - sulla base di un'interpretazione letterale della disposizione normativa - equivalenti (c.d. principio di equivalenza tra il dolo e la colpa, anche denominato dell'irrilevanza del dolo)¹⁰⁰.

Non essendo riscontrabili definizioni su cosa si debba intendere per dolo o colpa all'interno del Codice Civile, si rinvia a quanto stabilito all'interno dell'art. 43 c.p.¹⁰¹, secondo il quale si avrebbe dolo quanto l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione o dell'omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione o omissione.

L'art. 2043 c.c. richiederebbe - indifferentemente - il dolo o la colpa, senza null'altro precisare. Tuttavia, sussiste una categoria di illeciti non configurabili in presenza di una

⁹⁹ *Contra* C.M. Bianca, *Diritto civile V. La responsabilità*, Torino, 1999, pag. 656. L'autore ritiene colposo il comportamento dell'incapace, considerando però a priori una nozione oggettiva della colpa quale non conformità ad un obiettivo modello di comportamento diligente.

¹⁰⁰ P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1970, pag. 141 ss.

¹⁰¹ P. Cendon e L. Gaudino, *Il dolo*, in *La responsabilità civile*, diretta da G. Alpa e M. Bessone, vol. I, Torino 1987 pag 79

condotta semplicemente colposa¹⁰². In questi casi senza il dolo il danno non potrebbe essere considerato ingiusto e, conseguentemente, non si avrebbe un fatto illecito fonte di un'obbligazione risarcitoria¹⁰³.

L'elemento della colpevolezza, infatti, andrebbe proprio ad incidere sulla valutazione dell'ingiustizia determinando così una netta interferenza tra i diversi elementi strutturali necessari per aversi illecito civile risarcibile¹⁰⁴. In quest'ottica, il dolo, lungi dall'essere semplice criterio di imputazione della responsabilità, sarebbe dunque anche un criterio per valutare la stessa ingiustizia del danno¹⁰⁵.

Diversi sono gli illeciti che all'interno del nostro ordinamento vengono considerati "necessariamente dolosi", perché come tali sono stati previsti dalla legge: così la responsabilità del proprietario per gli atti emulativi *ex art. 833 c.c.*¹⁰⁶, del contraente in caso di *dolus incidens* (art. 1440 c.c.), oppure quella del giudice *ex art. 2*, legge 13 aprile 1988 n. 117 o del terzo acquirente del bene ipotecato *ex art. 2864 c.c.* A volte invece non è il legislatore che ha previsto il carattere necessariamente doloso dell'illecito, ma è la giurisprudenza che lo ha reputato tale: così è stato per l'illecito derivante dalla doppia alienazione immobiliare, per il *mobbing*, per l'induzione all'inadempimento, per lo spoglio a mezzo di ufficiale giudiziario, e per gli illeciti concorrenziali quali lo storno di dipendenti, la denigrazione, il rifiuto di contrarre, il boicottaggio, lo sviamento di clientela, le informazioni menzognere, il *dumping* o vendita sottocosto ecc.

¹⁰² L. Gaudino, *Il dolo*, in *La responsabilità civile*. Agg. 1988-1996, in *Giur. sist. Dir. civ. comm.*, Torino, 1997, pag. 24

¹⁰³ M. Franzoni, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *La responsabilità civile*, 4/2008, pag. 298 ss.

¹⁰⁴ P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., pag. 410 ss.

¹⁰⁵ Cit. G. Facci, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Fam. dir.*, 2005, pag. 376 ss.

¹⁰⁶ G. Alpa, *Diritto della responsabilità civile*, 2003, Roma - Bari, pag. 93

Le riflessioni concernenti gli illeciti necessariamente dolosi sono rilevanti per quanto riguarda il tema oggetto della presente trattazione dal momento che, secondo taluni, gli illeciti cagionati a danno di un familiare rientrerebbero in detta categoria¹⁰⁷. Alcune pronunce in materia potrebbero far emergere detta tendenza: in *primis*, si consideri una sentenza della Corte di Appello di Milano¹⁰⁸ che aveva condannato al risarcimento dei danni una donna, in ragione del fatto che aveva celato maliziosamente al partner, indotto a concludere il matrimonio unicamente dallo stato di gravidanza dell'allora fidanzata, la reale paternità del bambino. Nondimeno la giurisprudenza prevalente non pare reputare tale requisito necessario¹⁰⁹. Per comprendere dunque se l'illecito endo-familiare rientri o meno all'interno di detta categoria si deve tener conto del fatto che la necessità del dolo, lungi dal determinare una diminuzione della tutela del danneggiato, ne comporterebbe invece una più intensa. In altre parole è necessario evitare di mettere a confronto la scelta di riparare un pregiudizio solo a titolo di dolo, con quella che ammette tale possibilità anche in presenza di una condotta colposa, essendo evidente in questo caso la minore tutela riconosciuta al danneggiato nella prima ipotesi. Bisognerebbe invece considerare un altro punto di vista: in quei settori nei confronti dei quali la coscienza giuridica non è ancora pronta per una riprovazione sulla base della colpa, è preferibile chiamare a rispondere il soggetto che ha agito con dolo rispetto all'irresponsabilità a qualunque costo¹¹⁰.

¹⁰⁷L. Gaudino, *La responsabilità civile endofamiliare*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, pag. 1244; A. Spangaro, *La responsabilità per la violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, 2008, Torino, pag. 127

¹⁰⁸Corte App. Milano 12 aprile 2006, in *Resp. civ.*, 2007, pag. 33

¹⁰⁹G. Facci, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, 2008, Torino, pag. 210 ss.

¹¹⁰P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., pag. 150 ss.

La figura dell'illecito necessariamente doloso è stata impiegata in passato proprio per attirare nel campo di ciò che è rilevante sul piano aquiliano fattispecie altrimenti irrilevanti da questo punto di vista. Si considerino, per esempio, i comportamenti lesivi della concorrenza, in passato considerati leciti, in quanto espressivi della libera iniziativa economica, che ora sono stati ricondotti all'interno dell'area del giuridicamente perseguibile purché la condotta sia dolosa¹¹¹. Tale scelta permetterebbe anche di attrarre nell'area del giuridicamente rilevante condotte che, altrimenti, non lo sarebbero, essendo di per se prevalente nel giudizio di bilanciamento l'interesse del danneggiante. Ciò consentirebbe così di ampliare l'area del danno risarcibile, avendo sempre di mira la tutela della centrale figura del danneggiato. La scelta relativa al criterio di imputazione si orienta, infatti, nel segno del dolo quando, sulla base della gerarchia dei valori desumibili dall'ordinamento, sarebbe in posizione di supremazia l'interesse di cui è portatore il danneggiante rispetto a quello di cui è portatore il danneggiato, oppure laddove le prerogative esercitate dal danneggiante rientrano nel novero di quelle libertà che, ove assoggettate a comandi o imposizioni di prudenza, finirebbero per perdere in tutto o in parte il loro valore. In quest'ultimo caso si accorda una "sorta di immunità" al soggetto che cagiona il danno, giustificata dall'importanza riconosciuta all'attività da questi svolta, reputata essenziale per i singoli o per la collettività.

Al di là di queste considerazioni, non pare condivisibile ritenere gli illeciti endo-familiari necessariamente dolosi: riconoscere, in questo, caso, rilevanza ai comportamenti unicamente se connotati dell'elemento psicologico del dolo

¹¹¹ M. Franzoni, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione nella responsabilità civile*, in *cit.*, pag. 301

comporterebbe il pericolo dello spostamento dell'attenzione dal punto di vista del danneggiato a quello del danneggiante. Così facendo, si perderebbe di vista la funzione – almeno principale – del rimedio risarcitorio, consistente nel reintegrare il pregiudizio patito dalla vittima, e si finirebbe invece col dare maggiore rilevanza ad istanze di tipo sanzionatorio, con un atteggiamento in controtendenza rispetto a quanto affermato dalla giurisprudenza circa l'assenza di funzione sanzionatoria della responsabilità civile.

In secondo luogo, si introdurrebbe un requisito, la condotta necessariamente dolosa, non sorretto da un supporto normativo che lo giustifichi.

Una volta che si riconosce che, superati tutti gli ostacoli che impedivano alla tutela risarcitoria di fare ingresso nella famiglia, non c'è più bisogno di rosicchiare spazio al giuridicamente irrilevante tramite detto stratagemma.

Si deve, pertanto, ritenere sufficiente anche un comportamento colposo per integrare la fattispecie in esame¹¹². Seppur è limitato il posto riservato alla colpa in tale ambito, trattandosi di un campo in cui difficilmente le cose avvengono per errore, tuttavia non si vede per quale ragione negare a priori detta possibilità. Una scelta in senso inverso, maggiormente vantaggiosa per il danneggiante, non sarebbe condivisibile, considerando anche il rango dei diritti lesi. Analizzando poi ulteriormente la struttura dell'illecito aquiliano, si deve sottolineare come la condotta può consistere tanto in un'azione, quanto in un'omissione. La possibilità di essere chiamati a rispondere di un pregiudizio in questo secondo caso presuppone un obbligo giuridico di attivarsi, rimasto, in concreto, inadempito. La sua fonte non è rinvenibile nel generale principio del *neminem laedere*

¹¹²Trib. Venezia, 18 aprile 2006, in *Danno resp.*, 2007, pag. 579.

di cui all'art. 2043 c.c., reputandosi invece necessaria una previsione legislativa che riconosca la doverosità del comportamento omissivo.

Con riferimento agli illeciti endo-familiari cagionati dal genitore nei confronti del figlio, si deve osservare come spesse volte derivino da un'omissione, trovando la loro occasione nell'inadempimento dei doveri genitoriali: basti pensare ai pregiudizi derivanti dal mancato esercizio del diritto-dovere di visita, dal completo disinteresse nei confronti della prole. Non vi sono tuttavia particolari problemi nel ricostruire in questo caso la presenza di un dovere di attivarsi rimasto inattuato, in quanto l'art. 147 c.c. e ss. e l'art. 30 Cost. impongono ai genitori precisi obblighi verso i figli. Non volendo soffermarsi sulla possibilità che gli stessi possano far insorgere una responsabilità contrattuale perché come ribatte l'orientamento maggioritario in dottrina, trattasi di meri obblighi e non di obbligazioni; tuttavia, ben potrebbe rappresentare il comportamento omissivo tenuto in presenza di un obbligo giuridico di attivarsi che potrebbe giustificare, qualora da questo derivasse un danno ingiusto, una pretesa risarcitoria extracontrattuale.

Seppure non sia possibile stabilire a *priori* quali siano le condotte astrattamente suscettibili di violare non solo i doveri genitoriali, ma altresì i diritti fondamentali della prole, nondimeno si deve riconoscere come talune, già enucleate da dottrina e giurisprudenza, si segnalino per la particolare potenzialità pregiudizievole.

Si passa dunque all'esame del nesso causale, poichè si può incorrere in responsabilità solo se il pregiudizio patito dal danneggiato è legato da un nesso causale alla sua condotta¹¹³. Le disposizioni dettate sul nesso eziologico in

¹¹³R. Pucella, *La causalità "incerta"*, Torino, 2003, pag. 81 ss.

ambito civilistico sono limitate all'art. 2043 c.c. nella parte in cui prevede che il fatto doloso o colposo deve aver cagionato un danno e all'art. 1223 c.c., secondo il quale il debitore deve risarcire al creditore le perdite subite e il mancato guadagno che sono conseguenza diretta ed immediata del suo inadempimento o del suo ritardo. Pertanto si è costretti a volgere lo sguardo al codice penale. Partendo dall'idea secondo la quale bisognerebbe distinguere il danno ingiusto dal danno risarcibile, si sostiene che il profilo della causalità rileverebbe in due distinte fasi: nella prima, concernente l'accertamento dell'*an* della responsabilità, si deve valutare la sussistenza di un nesso causale tra la condotta e il danno ingiusto, idoneo a far sì che il danno sia imputabile ad un determinato soggetto (c.d. causalità materiale o di fatto) ex artt. 2043 c.c. e 40 e 41 c.p.; in un secondo momento, per comprendere l'estensione della responsabilità e dunque il *quantum* da risarcire, si deve considerare il nesso causale tra danno ingiusto e danni risarcibili (c.d. causalità giuridica), regolato dall'art. 1223 c.c. La disposizione si limiterebbe a prevedere la risarcibilità dei danni che sono conseguenza diretta ed immediata; tuttavia si tende a dare una diversa interpretazione della stessa, per consentire anche il ristoro di quelle conseguenze indirette e mediate che si presentano come effetti normali secondo il principio della regolarità causale¹¹⁴. Ciò posto, la questione attinente alla causalità, determinante per individuare il responsabile e l'ammontare del risarcimento dovuto, potrebbe creare qualche problema nel contesto che qui interessa per il fatto che un'ampia parte di detti illeciti si realizza nel chiuso delle mura domestiche. Conseguentemente non sempre è agevole ricostruire il profilo causale e soprattutto darne la

¹¹⁴Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno Resp.*, 2000, pag. 157; così anche C.M. Bianca, *Diritto civile 5. La responsabilità civile*, cit., pag. 130.

prova. Inoltre, nelle ipotesi in cui gli illeciti vengano cagionati mediante una condotta omissiva, l'accertamento del nesso causale presenta rilevanti particolarità¹¹⁵. In assenza di una disciplina specifica all'interno del Codice civile è necessario, anche in questo caso, rifarsi a quanto previsto dal Codice penale che, all'art. 40, secondo comma, c.p., sancisce che non evitare un danno che si aveva l'obbligo giuridico di evitare equivale a cagionarlo. In particolare, in questo caso, secondo la dottrina maggioritaria, la causalità tra l'omissione e il danno non potrà essere materiale, ma solamente normativa. L'accertamento del nesso causale passerebbe dunque attraverso una valutazione ipotetica, basata sul giudizio controfattuale, in base al quale bisogna ipotizzare cosa sarebbe successo se l'omissione non si fosse verificata e considerare se, in presenza della condotta richiesta, il danno si sarebbe realizzato o meno. In tale ottica pare necessario ipotizzare, per esempio, cosa sarebbe successo nell'ipotesi in cui il genitore non avesse abbandonato il figlio minore e se il pregiudizio patito dal minore si sarebbe ugualmente verificato.

Inoltre, pur non essendo tali illeciti necessariamente dolosi, nondimeno si tratta di un settore in cui le cose, tendenzialmente, non avvengono per errore; perciò si deve considerare l'influenza operata sull'accertamento del nesso causale, secondo una ricostruzione dalle velate tinte sanzionatorie, dal dolo, così eletto anche criterio di imputazione causale, che fa apparire come conseguenze normali, quelle che altrimenti sarebbero reputate insolite e non darebbero dunque luogo a pretese risarcitorie¹¹⁶.

¹¹⁵ M. Capecchi, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle Sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, pt. II, pag. 154

¹¹⁶ M. Franzoni, *L'illecito*, Milano 2004., pag. 336

Il nodo centrale, in tema di ricostruzione del nesso eziologico, al quale si deve prestare attenzione anche nel caso di specie, tuttavia, concerne il fatto che, essendo gli eventi, tendenzialmente, determinati da una pluralità di fattori, non è sempre semplice comprendere quali comportamenti siano cause e quali siano giuridicamente irrilevanti.

Seppur nella sua non chiara formulazione, l'art. 41, secondo comma c.p., prevede il principio di causalità efficiente, secondo il quale il nesso si interrompe quando interviene una causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare un evento¹¹⁷. È tale la causa che si pone al di fuori delle linee di normale sviluppo della serie causale in atto: il nesso causale, in particolare, è interrotto da un avvenimento eccezionale e straordinario, anche se proveniente dal danneggiato stesso, che si collochi al di fuori della serie delle conseguenze normali ed ordinarie di un fatto.

Si pensi ad un soggetto che subisce umiliazioni e mancanze di rispetto sia dal coniuge partner, sia dal datore di lavoro ed entri in uno stato di depressione. Quale sarebbe in concreto la causa dello stato nel quale versa e, conseguentemente, chi dovrebbe risarcire i danni derivanti da questa situazione? Non agevole potrebbe essere imputare la responsabilità ad un soggetto piuttosto che ad un altro. Nel caso di specie entrambi i fatti potrebbero considerarsi causali rispetto all'evento senza però che nessuno dei due sia riassorbente. Solamente un'attenta analisi della fattispecie concreta potrebbe portare alla risposta, con la consapevolezza che la medesima condotta potrebbe avere un'incidenza diversa a seconda che a tenerla sia un estraneo oppure un componente del nucleo familiare: la

¹¹⁷ C.M. Bianca, *Diritto civile 5. La responsabilità*, cit., pag. 133

famiglia è il luogo di realizzazione della persona per eccellenza, nonché degli affetti; da un lato, da un familiare si potrebbero tollerare comportamenti che da altri soggetti non si tollererebbero mai; dall'altro, però, determinati comportamenti, quali le critiche, gli scherni, che se tenuti da un estraneo potrebbero sì essere fastidiosi, ma sopportabili; invece, se realizzati da un familiare potrebbero avere una potenzialità lesiva molto più elevata.

A questa struttura così analizzata, sarà necessario aggiungere l'ipotesi prevista dall'art. 1227 c.c. concernente il "concorso del fatto colposo del creditore", prevista in sede di responsabilità contrattuale, ma estesa, in virtù dell'art. 2056 c.c., alle ipotesi di illecito extracontrattuale.

La norma prevede la possibilità di diminuire il risarcimento del danno secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate, qualora il fatto colposo del creditore abbia concorso a determinare il danno.

La condotta di quest'ultimo deve essere antecedente necessario alla causazione del danno, ma non idonea ad interrompere il nesso eziologico tra la condotta del danneggiante e il danno¹¹⁸. Detta previsione può trovare un'ampia applicazione all'interno dei rapporti familiari dove molto spesso, in particolare all'interno dei rapporti tra coniugi o tra genitori, il soggetto danneggiato contribuisce con il suo comportamento al realizzarsi del pregiudizio¹¹⁹.

Il secondo comma dell'art. 1227 c.c. esclude la risarcibilità di quei danni che il creditore avrebbe potuto evitare utilizzando l'ordinaria diligenza. Il danneggiato quindi, non potrà ritenersi creditore del danneggiante qualora avesse potuto, post evento danno, compiere un'azione valevole ad eliminare le conseguenze dannose.

La diligenza in concreto esigibile da parte del danneggiato è

¹¹⁸ M. Franzoni, *L'illecito*, cit., pag. 96

¹¹⁹ Così Cass. 27 marzo 2007, n. 7403, in *Resp. civ.*, 2008, pag. 31

solamente quella ordinaria mentre non si può pretendere un comportamento implicante una diligenza straordinaria, non dovendo le attività che il creditore avrebbe dovuto porre in essere per evitare il danno essere gravose o straordinarie¹²⁰. Tali vengono reputate quelle che implicano un esborso apprezzabile di denaro, l'assunzione di rischi e la sopportazione di apprezzabili sacrifici¹²¹. Tale parametro consente di valutare la conformità di un comportamento ad un modello ispirato alla cura, alla solerzia e a una serie di caratteristiche che fanno sì che questo possa essere valutato positivamente, ma se non è facile determinare quale sia il modello di comportamento da rispettare nell'ambito di quelli che sono i rapporti patrimoniali, ancora più arduo potrebbe essere effettuare detta valutazione in un contesto governato dalla sfera dei sentimenti più che dalla razionalità.

Rientrerebbe invece, secondo taluni, nella diligenza ordinaria di cui all'art. 1227, secondo comma, c.c. e dunque sarebbe comportamento esigibile da parte del danneggiato, il tempestivo esercizio del proprio diritto¹²², ossia l'esercizio non differito fino al limite del termine di prescrizione, nelle fattispecie all'interno delle quali il danno aumenta con il trascorrere del tempo¹²³. La soluzione tuttavia richiede opportune precisazioni, poichè in molti ambiti l'intraprendere un'azione giudiziale sembrerebbe esorbitare rispetto all'ordinaria diligenza, tenuto conto non solo del costo, ma anche dello stress che potrebbe comportare, nonché del rischio di avviare una lite che potrebbe durare

¹²⁰ C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1218 - 1229, 1967, Bologna - Roma, pag. 360 ss.

¹²¹ Cass. 22 agosto 2003, n. 12352, in *Mass. Giur. It.*, 2003

¹²² Cass. 11 novembre 2002, n. 15838, in *Foro it. Rep.*, voce "Lavoro", 2002, n. 23, secondo la quale l'oggettivo ritardo nella proposizione dell'azione giudiziale rileverebbe ex art. 1227, secondo comma, c.c.

¹²³ C.M. Bianca, *Diritto civile 5. La responsabilità*, cit., pag. 148

per anni, con lo spettro di vedersi poi respinte le pretese e subire una condanna alle spese¹²⁴.

Per tale ragione non pare potersi ritenere che il danneggiato possa incorrere in quanto previsto nell'art. 1227, secondo comma, c.c. per non aver proposto tempestivamente la domanda volta ad ottenere il risarcimento dei danni, trattandosi di attività gravosa e di non sicuro risultato favorevole.

Certamente però non si tratta di una valutazione concernente tutte le azioni giudiziali: basti pensare a quelle concernenti gli *status* che, oltre a non comportare processi di lunga durata, non determinano neppure particolari rischi circa il risultato.

In conclusione, facendo riferimento a quanto previsto da entrambi i commi dell'art. 1227 c.c., si deve constatare come questi possano trovare ampio margine di applicazione nei rapporti tra coniugi o comunque tra genitori, mentre più difficilmente possano invocarsi nei rapporti tra genitori e figli. Questo poichè i pregiudizi di cui ci si occupa vengono cagionati durante la minore età di questi ultimi, fase in cui il danneggiato è particolarmente debole e non dispone di strumenti per poter reagire. Inoltre, il termine per agire inizia a decorrere dal compimento della maggiore età, se non anche successivamente nelle ipotesi in cui l'accertamento del rapporto di filiazione non fosse ancora stato appurato in giudizio e dunque quando può essere trascorso tempo sufficiente al verificarsi dei danni conseguenti all'azione del danneggiante e al loro aggravamento. A tal punto le conseguenze derivanti dall'agire tempestivamente o meno diventano quasi ininfluenti.

¹²⁴M. Franzoni, *Il danno risarcibile*, cit., pag. 23 ss.

Per quanto concerne piuttosto la prova del danno, si deve dapprima affrontare quale sia la nozione attribuita a “danno”. Lo stesso Codice Civile utilizza il termine con diverse accezioni, richiamando talora la lesione di un interesse, talaltra le conseguenze sfavorevoli da essa derivanti. Superata la teoria del danno evento, avallata da Carnelutti e dalla nota sentenza Dell’Andro, in base alla quale l’obbligo risarcitorio sussisterebbe in presenza di un evento dannoso¹²⁵, senza la necessità che dallo stesso siano derivate conseguenze sfavorevoli, è da ritenersi assodato come, affinché sorga un’obbligazione risarcitoria, non sia sufficiente il verificarsi della lesione di un interesse, ma sia necessario che da questa siano derivate conseguenze sfavorevoli per il danneggiato. Accolta la teoria del danno conseguenza, il danno risarcibile viene rappresentato dalle conseguenze della lesione dell’interesse¹²⁶, l’esistenza delle quali deve sempre essere provata, non potendo queste ritenersi sussistenti *in re ipsa*: detta soluzione non solo si attaglia al danno patrimoniale, ma anche a quello non patrimoniale, che, pertanto, deve essere allegato e provato, anche mediante il ricorso a presunzioni, in controtendenza rispetto alla tesi che reputava la lesione del valore persona di per sé un illecito risarcibile, al di là delle conseguenze che da essa possono derivare.

Se si intendesse il danno suscettibile di risarcimento come la violazione dell’interesse in sé e per sé considerata, gli inconvenienti potrebbero essere eccessivi, quale uno

¹²⁵ F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, pag. 12 ss.; Corte Cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Giur. cost.*, 1986, pt. I, p. 1430, nota come sentenza Dell’Andro, secondo la quale il danno biologico sarebbe un danno evento.

¹²⁶ A detta conclusione sono arrivate anche le pronunce della sentenze del maggio 2003 (Cass . 31 maggio 2003 n. 8827 e 8828, in *Danno resp.*, 2003, p. 816 ss. e Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Corr. Giur.* , 2003, p. 1028)

sproporzionato allargamento dei confini del danno risarcibile, nonchè il rischio di una *overcompensation*¹²⁷.

Senza considerare che la ricostruzione pare nascondere un'ottica sanzionatoria, evidente se si osserva come, laddove venga risarcito un danno *in re ipsa*, si tende a commisurare il risarcimento, non all'entità del pregiudizio concreto subito dalla vittima, ma alla condotta dell'agente ed alla lesione dell'interesse in sé e per sé considerata, tanto che non è mancato chi ha addirittura ritenuto che in questo modo la misura celasse in realtà una vera e propria pena privata.

In conclusione, il danno evento si scontra con la finalità propria della responsabilità civile, prevalentemente reintegrativa, volta a contrastare le conseguenze sfavorevoli verificatesi nella sfera dell'offeso e non la mera violazione di un diritto avverso la quale sicuramente vi sono altri strumenti, quali l'azione inibitoria.

A riguardo sono intervenute anche le Sezioni Unite della Suprema Corte nel 2006¹²⁸ che hanno ribadito che «la forma rimediale del risarcimento del danno opera solo in funzione di neutralizzare la perdita sofferta, concretamente, dalla vittima, mentre l'attribuzione ad essa di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione, finirebbe con il configurarsi come somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento».

L'appiattimento nell'accertamento della sola lesione sembra procedere, infatti, verso l'idea di un danno punitivo che non

¹²⁷ G. De Marzo, *La Cassazione e il danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2000, pag. 873

¹²⁸ Cass. Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Dir. giust.*, 2006, n. 17, pag. 12 ss.

appartiene alla tradizione del danno alla persona¹²⁹.

Pertanto, si deve concludere che il soggetto che decida di agire nei confronti di un componente della famiglia dovrà provare le conseguenze sfavorevoli provocate dall'ingiusta lesione dei suoi diritti posta in essere dal danneggiante, altrimenti nessun obbligo risarcitorio potrà sorgere¹³⁰.

Infine, in ultima analisi si considera il quantum risarcibile. La quantificazione dei danni va effettuata nel rispetto del principio dell'integrale riparazione, ricavabile dall'art. 1223 c.c., in base al quale al danneggiato spetta quanto necessario per riportarlo nella medesima condizione nella quale si trovava prima del verificarsi dell'illecito; non deve invece ottenere un ingiustificato arricchimento. In tale ottica, il *quantum* deve essere determinato in relazione all'entità dei danni¹³¹. Dal momento che, secondo quanto in precedenza precisato, gli illeciti cagionati da un componente della famiglia sono frequentemente dolosi, si deve considerare che anche l'elemento psicologico del dolo del soggetto agente riveste importanza ai fini della quantificazione del *quantum debeatur*, non rilevando solamente per quanto attiene al profilo del giudizio di responsabilità. La presenza del dolo, infatti, secondo quanto detto nella trattazione relativa all'accertamento del nesso causale, rende opportuno far gravare sull'autore determinate conseguenze dannose del suo comportamento che altrimenti non sopporterebbe, determinando così un aumento del carico che egli deve sopportare.

Sempre secondo equità verrà determinato anche l'ammontare del danno da perdita di *chance*, spesse volte riconosciuto nelle fattispecie oggetto della presente ricerca: tra i criteri utilizzati per svolgere tale operazione entrerà, in

¹²⁹ M. Franzoni, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, pag. 10.

¹³⁰ Trib. Prato, 2 dicembre 2008, in *Pers. fam. succ.*, 2009, pag. 215.

¹³¹ M. Franzoni, *L'illecito*, cit., pag. 160

particolare, in gioco il calcolo probabilistico circa la possibilità del realizzarsi di un “risultato utile”.

Infine, nella quantificazione del danno si dovrebbe dare maggiore spazio alla preesistenza di un particolare rapporto tra le parti, che sarebbe in grado di accentuare la gravità delle conseguenze, ciò non solo all'interno degli illeciti comuni che potrebbero verificarsi anche tra terzi estranei, ma anche all'interno degli illeciti strettamente familiari, poiché il danno proviene da un soggetto nei confronti del quale massimo è l'affidamento circa la correttezza e la buona fede, valori che fondano anche il sostrato affettivo della famiglia.

7. I DANNI RISARCIBILI

Come già detto, i pregiudizi strettamente familiari che possono venir cagionati solamente da un componente della famiglia, pur potendo essere sia patrimoniali, sia non patrimoniali, tendenzialmente rientreranno in questa seconda categoria¹³². Questi ultimi, in seguito alle pronunce del 2003¹³³, sono stati nuovamente ricondotti nell'alveo dell'art. 2059 c.c., attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'inciso “nei casi previsti dalla legge”, rimanendo l'art. 2043 c.c. strumento di tutela unicamente verso gli illeciti di natura patrimoniale.

In questa prospettiva, il danno non patrimoniale, lungi dall'essere identificato nel solo danno morale soggettivo, viene inteso nel senso di danno da lesione di valori inerenti alla persona e l'art. 2059 c.c., più volte sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale per la sua sospetta illegittimità, è

¹³² M.V. De Giorgi, voce “*Danno alla persona*”, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 1988, vol. X

¹³³ Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 e Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, cit., pag. 816, e Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, cit., pag. 1028.

così riuscito a farla franca anche questa volta grazie a un profondo *restyling*, ultima tappa di un processo che è durato nel tempo¹³⁴.

Dalle sentenze emerge un danno non patrimoniale tripartito al suo interno in tre distinte figure: il danno biologico, consacrato da parte del legislatore con il d.lgs 209/2005 agli art. 138 e 139 (codice delle assicurazioni private), quale lesione, temporanea o permanente, dell'integrità psicofisica suscettibile di accertamento medico-legale; il danno morale, tradizionalmente inteso quale *pretium doloris*, patema d'animo transeunte; il danno esistenziale¹³⁵, attinente alla sfera del fare reddituale del soggetto, in particolare delle attività realizzatrici dell'individuo, comprendente quelle ripercussioni esistenziali negative derivanti dall'illecito.

Tutte e tre dette categorie astrattamente potrebbero trovare ampio riconoscimento all'interno del *consortium* familiare: il danno morale, per il fatto che molti dei comportamenti pregiudizievoli tenuti potrebbero astrattamente integrare gli estremi di un illecito penale, basti pensare al reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.); il danno biologico, in quanto i comportamenti del familiare potrebbero recare profonde ripercussioni sull'integrità psicofisica, quali lo stress e la depressione: si consideri come i continui tradimenti da parte del partner, posti in essere con modalità particolarmente sprezzanti, non rispettose della dignità dell'altro, possano portare quest'ultimo in una condizione di vera e propria patologia. Inoltre l'ambiente domestico, luogo per eccellenza di realizzazione per gli individui, ha rappresentato fertile

¹³⁴ M. Franzoni, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, in *Contr. Impr.*, 2003, p. 1199, il danno patrimoniale, a seguito delle pronunce del 2003 torna ad essere quello che storicamente è sempre stato, ossia la conseguenza della lesione di un diritto patrimoniale o la conseguenza economica della lesione di un diritto non patrimoniale (il c.d. danno patrimoniale indiretto), mentre il danno non patrimoniale diventa la conseguenza della lesione di un diritto non patrimoniale della persona di rilievo costituzionale.

¹³⁵ P. Cendon, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998 p. 570;

terreno per lo sviluppo della controversa figura del danno esistenziale tanto che la sentenza n. 7713 del 2000 della Cassazione è proprio tra le prime pronunce a riconoscere detta categoria.

Com'è noto, ragionando di danni non patrimoniali, non si possono tralasciare le ormai famose sentenze delle Sezioni Unite della Suprema Corte dell'11 novembre 2008¹³⁶, secondo le quali all'interno della categoria dei danni non patrimoniali non sarebbe possibile creare delle sottocategorie, se non per finalità meramente descrittive, per evitare inutili duplicazioni risarcitorie: il danno non patrimoniale sarebbe dunque una categoria unitaria, non suddivisibile al suo interno in sottocategorie variamente etichettate, quali il danno esistenziale che – secondo la Corte – condurrebbe anche il danno non patrimoniale nell'atipicità. Il risarcimento del danno non patrimoniale, in tale ottica, sarebbe possibile solamente in quelle ipotesi in cui si sia verificata la lesione di un diritto inviolabile dell'uomo, caratterizzata dalla gravità dell'offesa e dalla serietà delle conseguenze, in quanto è necessario il superamento della soglia della tollerabilità imposta dallo stesso art. 2 Cost., non dovendosi riconoscere tutela per i danni bagatellari. A questo punto, se non per fini unicamente descrittivi, non si dovrebbe più ritenere il danno non patrimoniale un danno tripartito, ma bisognerebbe sempre valutare il solo danno non patrimoniale unitariamente considerato. In ogni caso, comunque lo si voglia denominare, il danno non patrimoniale derivante dalla violazione dei diritti inviolabili dell'uomo trova ampio spazio all'interno della famiglia, in particolare laddove si discorra di rapporto genitoriale per la particolare condizione dei figli minori, soggetti deboli,

¹³⁶ S. Patti, *Le sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. Giur.*, 2009, pag. 418 ss.

particolarmente “vulnerabili” data la loro “condizione di “dipendenza” dagli adulti nonchè individui in formazione, che necessitano di una particolare tutela, finalizzata a metterli nella condizione di poter completare il loro processo di crescita.

Da un illecito endo-familiare potrebbe derivare anche un danno patrimoniale, configurabile nelle diverse componenti del danno emergente (perdita subita) e del lucro cessante (mancato guadagno). In particolare, detto ambito potrebbe essere terreno fertile per il verificarsi di un danno da perdita di *chance*, inteso quale danno derivante dalla perdita di una probabilità non trascurabile di conseguire un ‘risultato utile’¹³⁷. La *chance* non costituisce una mera aspettativa di fatto, ma un’entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione con riguardo alla concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato risultato utile. Non si tratta di un danno ipotetico, ma di un danno concreto e attuale, commisurato non alla perdita del risultato, ma alla possibilità di conseguirlo. Nel settore in esame detta tipologia di pregiudizio potrebbe agevolmente realizzarsi: basti pensare a quelle situazioni in cui il genitore, di condizione economica agiata, si disinteressa completamente del figlio e non provveda a dare a quest’ultimo nè l’affetto, nè il supporto, nè il sostegno economico che avrebbe dovuto prestare per legge per tutta la fase della crescita del minore. Non potendo disporre di mezzi adeguati, proprio nella fase in cui si sviluppa la sua personalità nel modo più stringente e nella quale vengono poste le basi per il futuro inserimento

¹³⁷ “In materia di risarcimento, la perdita di *chance*, diversamente dal danno futuro, costituisce un danno attuale che non si identifica con la perdita di un risultato utile, ma con la perdita della possibilità di conseguirlo e richiede, a tal fine, che siano posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato (ossia una probabilità di successo maggiore del 50%, statisticamente valutabile con giudizio prognostico ex ante secondo l'*id quod plerumque accidit*, sulla base di elementi forniti dal danneggiato)”. (Cons. Stato, 4 luglio 2008, n. 3340, in www.plurisonline.it - Massima redazionale, 2008)

lavorativo e sociale, il ragazzo dovrebbe accontentarsi di frequentare la scuola dell'obbligo, senza avere l'occasione di andare all'università, frequentare master, viaggiare, praticare sport ed infine inserirsi in un contesto lavorativo del livello al quale avrebbe potuto aspirare se avesse avuto i mezzi per formarsi, considerando l'importanza e le condizioni della famiglia d'origine. Il pregiudizio patito in questo caso è evidente, nondimeno il soggetto agente deve essere in grado di provarlo.

8. DIFFERENZE TRA MOMENTO PREMATRIMONIALE E CONVIVENZA

E' necessaria altresì un'ulteriore specificazione rispetto a quei danni che possono verificarsi prima o dopo il matrimonio. Nella fase che precede lo sposalizio 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.)¹³⁸.

Il lungo interrogarsi sulla natura di tale responsabilità ha portato le corti e la dottrina maggioritaria a qualificare

¹³⁸ C.M. Bianca, *Famiglia (Diritti di)*, in *Noviss. Dig.*, VII, Torino, 1961, pag. 48, secondo l'A. l'azione per il risarcimento è soggetta al termine decadenziale di un anno dal giorno del rifiuto di celebrare il matrimonio.

l'obbligazione risarcitoria come una particolare ipotesi di obbligazione *ex lege*¹³⁹, respingendo la tesi della natura aquiliana, altrettanto autorevolmente sostenuta¹⁴⁰, 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 risarcitori¹⁴¹. 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. 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.

¹³⁹ Cfr. App. Milano, 25 giugno, 1954, in *FP*, 1954, II, pag. 53.

¹⁴⁰ A.C. Jemolo, *Del matrimonio*, Torino, 1950, pag. 70

¹⁴¹ M. Feola, *La promessa di matrimonio*, Trattato Bonilini - Cattaneo, II ed., Torino, 2007, pag. 102, 103: l'A. sostiene che 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.

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 perplessità¹⁴².

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 responsabilità civile, 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. 81c.c.¹⁴³.

Tale giurisprudenza peraltro non ammette che un'unica figura di illecito occasionato dall'inadempimento della promessa: quello da seduzione¹⁴⁴. 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.

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

¹⁴² A.C. Jemolo, *Del matrimonio*, Torino, 1950, pag. 48

¹⁴³ Invero, Trib. Palermo, 2 giugno 1998, in *Fam. dir.*, 1998, pag. 1140, inquadra il comportamento del seduttore nella clausola generale *ex* 2043 c.c., anche se concretamente non statuisce la condanna al risarcimento a causa della mancata prova della perdita di *chances*.

¹⁴⁴ Trib. Genova, 17 gennaio, 2004, in *Guida al dir.*, 2004, pag. 13

oggetto la donna sedotta¹⁴⁵), *a fortiori* sembra assurdo risarcire tale danno ancorandosi all'art. 2043.

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.

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.

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 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 c.c. sembra voler parzialmente tutelare.

¹⁴⁵ Cass., 27 ottobre 1948, n. 1786, in *Foro it.*, 1949, I, pag. 1068.

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, questo rimedio¹⁴⁶, 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)¹⁴⁷.

A giustificazione della mano legislativa che si legittima nella introduzione di un momento “privato”, 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 tempo¹⁴⁸.

Parte della dottrina ha riconosciuto la qualificazione autonoma dell'art. 129 *bis*, che viene connotata da un particolare profilo riparatorio, vista la rilevanza dell'interesse del coniuge in buona fede a reintegrare, con

¹⁴⁶ D. Buzzelli, *Sulla responsabilità dei coniugi per l'invalidità del matrimonio*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, pag. 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.

¹⁴⁷ P. Cendon, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, pag. 151 individua nella fattispecie in esame una pena.

¹⁴⁸ A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, , pag. 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.

finalità di riequilibrio (“congrua indennità”), la dinamica dei rapporti patrimoniali creati dal matrimonio¹⁴⁹.

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’obbligato¹⁵⁰.

Da segnalare pure una corrente dottrinale che ritiene invece che l’art. 2043 c.c., 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 giuridico familiari 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 unicamente all’interesse specifico di tipo familiare del danneggiato, e non al risarcimento del danno eventualmente prodotto¹⁵¹.

Da un’analisi globale della interpretazione delle norme in questione pare quindi potersi dire che nella fase

¹⁴⁹ R. Nicolò, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pag. 447, secondo cui 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. Tuttavia la giurisprudenza propende per applicare gli effetti dell’art. 129 *bis* alle ipotesi *ex art.* 139. Cfr. Cass., 27 aprile 1993, n. 4953.

¹⁵⁰ R. Nicolò, *Diritto civile, cit.*, 447. Si 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.

¹⁵¹ Così Patti, *Famiglia e responsabilità civile, cit.*, pag. 83

prematrimoniale non ci sia bisogno di un'integrazione della responsabilità di diritto comune, posto che una responsabilità è già prevista dalle norme in tema di diritto di famiglia.

Puntando l'attenzione alla fase *post* matrimonio, inteso come evento, è necessario ricordare come 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 privata¹⁵²: 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.).

I doveri derivanti dal vincolo coniugale e genitoriale, non hanno carattere solamente morale, ma anche 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 risarcitorie¹⁵³.

Un elenco possibile di queste singole obbligazioni non definite dalle norme può essere il seguente: assistenza, fedeltà, coabitazione, contribuzione, accordo.

Dell'assistenza e collaborazione tratta l'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

¹⁵² S. Patti - M.G. Cubeddu, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, 191.

¹⁵³ G. 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 base" previsti dalla legge.

nella sfera affettiva e spirituale (assistenza morale)¹⁵⁴. 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 giurisprudenza¹⁵⁵. 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 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.

¹⁵⁴ M. Paradiso, *La comunità familiare*, Milano, 1984, pag. 41.

¹⁵⁵ G. Bonilini, *Manuale del diritto di famiglia*, Torino, 1998, pag. 58: 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; M. Paradiso, *La comunità familiare, cit.*, pag. 41, l'A. afferma 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. 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, pag. 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).

L'art 143 detta altresì la fedeltà, che nell'accezione attuale, 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", impegno reciproco di devozione" o "lealtà" nei confronti dell'altro coniuge: tutte formule dal contenuto elastico che rinviano necessariamente ad un esame concreto dei comportamenti della coppia nelle singole circostanze¹⁵⁶. 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 convivenza¹⁵⁷. Sempre l'art.143 al secondo comma sancisce come obbligo coniugale quello della coabitazione¹⁵⁸. Concetto, questo, affievolitasi nel tempo, questa obbligazione si riduce oggi all'"abitare sotto lo stesso tetto" e si adatta alle intese dei coniugi. 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 coabitazione deve svolgersi, secondo modelli che

¹⁵⁶ cfr. App. Torino, 21 febbraio 2000, che richiama in motivazione il concetto di correttezza reciproca.

¹⁵⁷ Cass., 14 febbraio 1990, n. 1099, in *Giust. civ. mass.*, 1990; Cass., 28 maggio 1987, n. 4767, in *Giust. civ. mass.*, 1987.

¹⁵⁸ F. Santoro - Passarelli, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, pag. 507

possono variare anche notevolmente tra loro¹⁵⁹. 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.

L'ultimo comma del 143 c.c. detta come obbligazione la contribuzione: 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 ciascuno¹⁶⁰. 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. 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 bisogni¹⁶¹.

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

¹⁵⁹ P. Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., 68 ss.

¹⁶⁰ M. Dogliotti, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Trattato Cicu-Messineo*, VI, 4, 1994, 36.

¹⁶¹ A. Falzea, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, pag. 636

criterio normativo che, pur previsto in caso di separazione e divorzio (v. art. 156, comma 2, c.c.), indica una direttiva generale¹⁶². 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.

Infine l'accordo sancito dall'art. 144 c.c. come estrinsecazione del principio di parità tra coniugi; 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"¹⁶³. 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. 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.

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 così ampio e atecnico come quello

¹⁶² M. Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148 c.c.*, Milano, 1990, pag. 84.

¹⁶³ F. Santoro - Passarelli, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, cit.*, pag. 524; M. Paradiso, *La comunità familiare, cit.*, pag. 138

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 negoziale¹⁶⁴; viceversa, se l’intesa serve a determinare le comuni modalità di vita senza cristallizzarle in decisioni irrevocabili, bensì rinnovando continuamente le ragioni della convivenza¹⁶⁵.

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 familiare¹⁶⁶.

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.

¹⁶⁴ F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Trattato CICU-MESSINEO*, Milano, 1979, pag. 37;

¹⁶⁵ S. Rodotà, *Relazione*, in *Quale famiglia per gli anni '80. Bilanci e prospettive della legge riforma*, Roma, 1981, pag. 70.

¹⁶⁶ Quanto al provvedimento del giudice in veste di arbitratore, esso non è suscettibile di passare in giudicato e, secondo la giurisprudenza maggioritaria (Cass., 7 maggio 1992, n. 5415) non può dar luogo ad esecuzione forzata; secondo dottrina (M. Paradiso, *La comunità familiare*, cit., pag. 227) 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.

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 familiare¹⁶⁷; il secondo ha invece natura cautelare e concede il sequestro sui beni del coniuge che, allontanandosi, faccia temere l'inadempimento dell'obbligo di contribuzione.

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 assumono ancor più rilevanza in forza dei particolari legami che li riguardano¹⁶⁸.

Anche il Codice penale appronta delle sanzioni tipiche, le quali a ben vedere trovano un'applicazione abbastanza

¹⁶⁷ Cfr. P. Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit., pag. 127. *Contra* Cass., 10 giugno 2005, n. 12373, in *Giust. civ. mass.*, 2005.

¹⁶⁸ 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 sarebbe in astratto non incoerente con la logica dell'astensione da ingerenze entro la cerchia domestica.

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.

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", tuttavia considera penalmente rilevanti solo condotte reiterate nel tempo.

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 familiare. 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 istruire¹⁶⁹, educare¹⁷⁰ e mantenere la prole¹⁷¹, anche se nata fuori del matrimonio;

¹⁶⁹ 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.

¹⁷⁰ 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.

¹⁷¹ Cfr. G. Villa, *Gli effetti del matrimonio*, in *Trattato dir. fam. Bonilini - Cattaneo*, Torino, 2007, pag. 316 ss., ove si afferma che tale dovere rappresenta il risvolto patrimoniale del compito di curare la prole, traducendosi, innanzi tutto,

l'art 147 c.c. formula il medesimo principio entro la disciplina della filiazione legittima; 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.

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”; 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'altro¹⁷².

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 tratta della “potestà dei genitori”, nozione sostituitasi a quella tradizionale e autoritaria di “patria potestà”¹⁷³.

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.

¹⁷² Cfr. M. Sesta, *La potestà dei genitori*, in *Trattato dir. priv.* M. Bessone, IV, 3, Torino, 1999, pag. 210. 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., ove ulteriori indicazioni di dottrina e giurisprudenza.

¹⁷³ C.M. Bianca, *Diritto civile, cit.*, pag. 285. 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 ex art. 318 c.c.). Tuttavia anche in relazione a

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.

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 inadempiente¹⁷⁴; quello inserito nell'art. 333 c.c. è utilizzabile nel (meno grave) caso di lesioni degli interessi personali del figlio, alle quali il giudice può porre rimedio attraverso i "provvedimenti convenienti"¹⁷⁵; 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

quest'ultima norma la sovraordinazione dei genitori è intesa come mezzo per facilitare la soddisfazione degli interessi dei figli.

¹⁷⁴ M. Sesta, *La potestà dei genitori*, cit., pag.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.

¹⁷⁵ 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, pag. 618), sottrarlo agli incontri col padre transessuale (Trib. min. Torino, 20 luglio 1982, in *Dir. fam. pers.*, 1982, pag. 979) o assicurargli la somministrazione delle vaccinazioni obbligatorie osteggiata dai genitori (App. Torino, 3 ottobre 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, pag. 571; Cass., 4 marzo 1996, n. 1653, in *Giust. civ. mass.*, 1996, pag. 284; App. Bari, 12 febbraio 2003, in *Famiglia*, 2003, pag. 548).

fronte dettando direttive per l'amministrazione, rimuovendo i genitori dalla stessa o privandoli dell'usufrutto.

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, determina una reazione dell'ordinamento.

III CAPITOLO

ESPERIENZE STRANIERE

1. L' "Interspousal immunity"

L'origine del principio di irresponsabilità del coniuge per il fatto illecito arrecato all'interno delle mura domestiche, nei sistemi di *common law*, risale ai limiti alla sfera patrimoniale e giuridica della donna sposata esistenti fino allo scorso secolo¹⁷⁶. Questa condizione in cui versava coercitivamente la donna che veniva condotta in matrimonio permetteva di mantenere formalmente la titolarità dei diritti di proprietà sui propri beni alla moglie, mentre il marito ne poteva beneficiare del diritto d'uso e di godimento sugli stessi beni, anche di quelli acquistati prima e non a causa del matrimonio. Il marito otteneva, inoltre, il possesso dei beni immobili della coniuge, nonché il diritto di utilizzarne i relativi profitti e rendite¹⁷⁷. La donna sposata perdeva infine, la capacità d'agire. Nel caso di illecito commesso nei confronti di una donna sposata l'azione per il risarcimento dei danni poteva essere intentata dal marito, che faceva valere il diritto della moglie. Solo nel caso in cui l'illecito colpiva interessi che la legge tutelava direttamente in capo al marito (ad esempio, in caso di lesioni che impedivano alla moglie di prestare gli usuali servizi domestici), quest'ultimo era legittimato ad esercitare un'autonoma azione in giudizio. Alla donna sposata era riconosciuta la capacità di commettere atti illeciti. Ma, pur sussistendo la sua responsabilità dal punto di vista sostanziale, la moglie doveva essere convenuta in giudizio congiuntamente al marito, ed i beni di entrambi soggiacevano al giudicato. Soltanto in caso di decesso del

¹⁷⁶ R. Torino, *Il risarcimento del danno in famiglia: profili comparatistici*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. Cendon, vol. III, Padova, 2004 p. 2673

¹⁷⁷ W.E Mc Curdy, *Torts between persons in domestic relation*, in *Harvard L. R.*, 43, 1930, pag. 1030

marito, antecedente alla sentenza, il giudizio proseguiva nei confronti della vedova¹⁷⁸.

Il paradosso sarebbe poi avvenuto successivamente, quando in virtù del principio della piena confusione del patrimonio degli sposi, il coniuge danneggiato sarebbe stato risarcito attraverso beni del proprio patrimonio e, dunque, sarebbe stato come se il danneggiato risarcisse sé stesso, oppure da un punto di vista processuale, dovendo il marito rappresentare in giudizio entrambi i coniugi¹⁷⁹.

La ragione teorica dell'irrelevanza sotto il profilo della responsabilità civile di azioni dannose che pur potevano configurare un reato o, dopo l'introduzione del divorzio, una causa sufficiente per lo scioglimento del vincolo matrimoniale, è consistita in origine nel c.d. "principio della *unity of spouses*", come già mostrato nella prima parte di questa ricerca, ossia della fusione dell'identità legale di marito e moglie, per cui la "esistenza legale" della donna era "sospesa" durante il matrimonio o, almeno, era incorporata in quella del marito. Aderendo alla concezione biblica secondo cui con il matrimonio gli sposi si fondono in un'unica unità, si riteneva che marito e moglie dovevano essere considerati dalla legge come una sola persona¹⁸⁰.

Il principio della *unity of spouses* negli Stati Uniti d'America era noto come *doctrine of "oneness" of husband and wife*, e

¹⁷⁸ S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984 pag. 52: Nel caso di illecito commesso nei confronti di una donna sposata l'azione per il risarcimento dei danni poteva essere intentata dal marito, che faceva valere il diritto della moglie. Se però l'illecito colpiva interessi che la legge tutelava direttamente in capo al marito (ad esempio, in caso di lesioni che impedivano alla moglie di prestare gli usuali servizi domestici), quest'ultimo era legittimato ad esercitare un'autonoma azione in giudizio. Alla donna sposata era riconosciuta la capacità di commettere atti illeciti. Ma, pur sussistendo la sua responsabilità dal punto di vista sostanziale, la moglie doveva essere convenuta in giudizio congiuntamente al marito, ed i beni di entrambi soggiacevano al giudicato. Soltanto in caso di decesso del marito, antecedente alla sentenza, il giudizio proseguiva nei confronti della vedova"

¹⁷⁹ S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit, pag. 53

¹⁸⁰ Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, I, Oxford, 1775: "Con il matrimonio, il marito e la moglie sono per la legge una sola persona: il che equivale a dire che l'esistenza reale o l'esistenza legale della donna durante il matrimonio è sospesa, o al massimo è incorporata e consolidata in quella del marito" trad.

da questo le corti di *common law* facevano discendere due regole, riscontrabili in numerose decisioni.

In base alla prima, che presenta carattere sostanziale, nessun atto astrattamente qualificabile come illecito commesso da un coniuge a danno dell'altro nel periodo in cui sussiste il vincolo matrimoniale poteva costituire fonte di responsabilità. L'azione in giudizio non poteva quindi essere iniziata neanche dopo il divorzio. In base alla seconda, avente carattere procedurale, un coniuge non poteva agire nei confronti dell'altro durante il rapporto matrimoniale, né mantenere in vita procedimenti iniziati prima dell'instaurarsi del vincolo. L'azione risultava pertanto preclusa anche per illeciti antecedenti al matrimonio¹⁸¹.

L'identità soggettiva fittizia tra i coniugi, che si creava in questo modo, ha così favorito l'elaborazione del principio della *interspousal immunity*.

La concezione secondo cui i due coniugi costituiscono per l'ordinamento un'unica persona giuridica, infatti, aveva condotto alla conseguenza che i danni causati da un coniuge nei confronti dell'altro non potevano determinare responsabilità¹⁸².

Questo stato delle cose sarebbe potuto mutare negli ordinamenti di *Common law* allorché, a partire dal XVIII secolo grazie alle regole di *Equity* e nel secolo successivo grazie ai *Married Women's Property Act*, in Inghilterra e negli Stati Uniti alla donna sposata venne garantita una proprietà separata. Infatti, tali leggi stabilirono in via generale che ogni diritto di proprietà di cui la donna sia titolare al momento del matrimonio, o che acquisti

¹⁸¹ S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., pag. 56

¹⁸² S. Patti, *Intra-Family Torts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 4, 1998

successivamente, debba essere considerato come personale e separato, ossia del tutto libero dal controllo del marito.

Ma la regola dell'*interspousal immunity* era oramai diventata regola a sé, per superare la quale non era ritenuto sufficiente un mutamento dei rapporti patrimoniali tra marito e moglie e l'acquisizione della capacità processuale di questa, bensì una specifica previsione di legge, la cui applicazione era peraltro contrastata dalle corti tenacemente convinte nel negare l'applicazione della responsabilità da illecito civile all'interno della famiglia.

Non potendo più invocare il fittizio principio della *unity of spouses* in ragione degli atti legislativi sul diritto di proprietà della donna sposata, le corti di *Common law* hanno cambiato strategia, giustificando l'applicazione dell'*interspousal immunity* con la necessità di tutelare l'armonia familiare e la tranquillità e pace domestica, le quali sarebbero state turbate da eventuali azioni giudiziarie instaurate tra i coniugi. In altre parole, la tranquillità del focolare domestico doveva ritenersi prevalente rispetto all'applicazione delle generali norme in tema di responsabilità civile¹⁸³.

Tale motivazione appare certamente debole, poiché risulta evidente che la mancata sanzione di un illecito non è sufficiente a mantenere la serenità familiare, la quale viene ad essere turbata anzitutto dall'illecito e se mai solo in seconda battuta dal rimedio che l'ordinamento appresta di fronte all'illecito. I limiti di simile giustificazione appaiono particolarmente evidenti poi nel caso in cui il danno sia provocato intenzionalmente, o nel caso di azione proposta in seguito al divorzio per un fatto compiuto durante il

¹⁸³ "Permettere azioni per fatto illecito tra marito e moglie potrebbe disturbare la tranquillità domestica e la felicità coniugale" *Brown v. Groster*, 262 S.W. 2d 480 (Ky. 1953), trad.

matrimonio o, addirittura, nell'ipotesi di omicidio del coniuge compiuto dall'altro coniuge.

La ragione principale posta alla base delle decisioni di tutte queste corti è, tuttavia, che le azioni di responsabilità da illecito civile fra il marito e la moglie manderebbero in frantumi e distruggerebbero la pace e l'armonia della casa, il che è contro la *policy of the law*. Questo sulla base dell'arida teoria per cui dopo che il marito ha picchiato la propria moglie, sussisterebbe comunque uno stato di pace e di armonia ancora suscettibile di essere disturbato dall'azione giudiziaria; nonché sul convincimento che se la moglie è sufficientemente lesa o adirata nei confronti del marito da citarlo in giudizio, ella sarà placata e disincentivata dal porre in essere rappresaglie negandole l'azione in giudizio – e questo anche se lei lo ha lasciato o ha divorziato, e sebbene le corti rifiutino di rinvenire una frantumazione della tranquillità domestica se lei lo cita in giudizio per una lesione ai propri beni materiali o dà avvio a un'azione penale nei suoi confronti¹⁸⁴.

L'evoluzione della società e del pensiero delle Corti hanno tuttavia avuto infine ragione della iniqua regola della *interspousal immunity*, sebbene con tempi e modalità differenti in Inghilterra e negli Stati Uniti d'America.

2. L'ESPERIENZA INGLESE.

Come detto, sulla base della concezione invalsa presso la tradizionale giurisprudenza e dottrina inglese secondo cui, in seguito al matrimonio, marito e moglie si fondono in un'unica entità spirituale, fisica, patrimoniale e giuridica, in Inghilterra v'è stato un ampio sviluppo della dottrina della

¹⁸⁴ W. Prosser, *Law of Torts*, 1971, pag. 863, trad.

interspousal immunity. La regola dell'immunità fra i coniugi era talmente sentita che gli sposi non potevano citarsi reciprocamente in giudizio per danni occorsi durante il matrimonio anche una volta che fosse intervenuto il divorzio¹⁸⁵.

Tale situazione è perdurata sino ai *Married women's property acts* emanati tra il 1870 e il 1882, in seguito ai quali la situazione patrimoniale della donna sposata è completamente mutata¹⁸⁶.

Questi provvedimenti legislativi hanno avuto un ruolo fondamentale nel superamento del principio della *interspousal immunity* in Inghilterra, in quanto hanno posto le basi della autonomia patrimoniale della donna rispetto al marito, consentendo così alla giurisprudenza e alla dottrina di avviare il processo diretto a configurare infine la possibilità per un coniuge di agire in giudizio per la condanna al risarcimento da parte dell'altro coniuge. Nonostante le nuove disposizioni legislative, tuttavia, le Corti hanno avuto un atteggiamento molto prudente e solo molto lentamente hanno abbandonato la regola dell'*interspousal immunity*.

Occorrerà infatti attendere il 1962 affinché l'ammissibilità dell'azione in responsabilità di un coniuge verso l'altro sia pacificamente riconosciuta. Solo a partire da quest'anno il *Law Reform (Husband and Wife) Act*, s. 1 ha infatti espressamente attribuito a ciascun coniuge il diritto di agire per il risarcimento nei confronti dell'altro «*come se essi non fossero sposati*»¹⁸⁷.

È peraltro prevista una regola particolare: se un'azione in giudizio è iniziata da uno dei coniugi durante lo svolgimento del rapporto matrimoniale, la corte può sospendere il

¹⁸⁵ *Phillips v. Barnett*, 1 QBD 436 [1876].

¹⁸⁶ Burke J. Jowitt's Dictionary of English Law, 1977, London

¹⁸⁷ Halsbury's Laws of England 1979, 22, pag. 690, trad.

procedimento se ritiene che da esso non potrà derivare alcun beneficio a favore di nessuna delle parti. In via generale, ciascuna delle parti di un matrimonio ha il diritto di agire nei confronti dell'altra parte mediante un'azione in responsabilità per illecito come se esse non fossero sposate. Tuttavia, l'azione può essere sospesa dal giudice se appare che dall'azione medesima non derivino benefici sostanziali per entrambe le parti o se la questione può essere più convenientemente decisa in base alle norme contenute nel *Married Women's Property Act* del 1882.

3. L'ESPERIENZA NEGLI STATI UNITI D'AMERICA

Anche negli Stati Uniti d'America il superamento della dottrina dell'*interspousal immunity* ha avuto un percorso lungo e faticoso, avviato con l'emanazione dei *Married Women's Property Acts* e le complementari istanze di completa uguaglianza fra i sessi, grazie ai quali era stata superata la *doctrine* della *unity of spouses*.

Infatti, la dottrina dell'immunità è stata solo progressivamente abbandonata, a partire anzitutto dalle controversie aventi ad oggetto lesioni della proprietà¹⁸⁸. Tutti i giudici hanno ritenuto che le azioni di responsabilità civile fra gli sposi fossero state autorizzate dai *Married Women's Property Acts* nella misura in cui questi hanno ammesso il concetto di proprietà individuale della moglie. Ciò è avvenuto indubbiamente poiché queste leggi conferiscono in maniera molto esplicita alla donna sposata il diritto di possedere, controllare e disporre dei beni. Il diritto di invocare l'intervento dei giudici per ottenere

¹⁸⁸ Wadlington W. / O'Brien R.. *Family Law in Perspective*, 2001, New York, pag. 39; *Tobias v. Tobias* 225 Miss. 392, 83 So.2d 638(1955)

giustizia in seguito al disturbo subito rispetto alla propria proprietà è inseparabile dalla proprietà. È inconcepibile che una donna sposata possa possedere personalmente dei beni e non possa citare in giudizio il proprio marito per l'illecito di *conversion* o *replevin* allorché egli si appropri dei suoi beni¹⁸⁹.

Viceversa, allorché l'illecito consisteva in un danno alla persona di uno degli sposi, per lungo tempo (alcune decisioni in tal senso si sono avute ancora nel corso degli anni ottanta del XX secolo) la maggioranza delle corti statunitensi ha continuato a rifiutare tutela alla persona offesa, sulla base non più del tradizionale argomento dell'unità degli sposi¹⁹⁰.

Le corti che aderiscono a tale posizione non fondano più il rigetto dell'azione di responsabilità per illecito sulle tesi tradizionali, ma invece avanzano una serie di *public policy arguments*: tali azioni disturbano l'armonia della relazione matrimoniale. Tali azioni coinvolgono le corti in insignificanti dispute tra sposi, incoraggiano frodi e collusioni tra gli sposi nelle ipotesi in cui la condotta lesiva è coperta da assicurazione, come nel caso di utilizzo negligente di autovetture. Inoltre il diritto penale già dispone rimedi adeguati. Ancora: queste azioni ricompensano il convenuto per l'illecito da esso stesso commesso, poiché fino al momento in cui le parti vivono insieme entrambe condividono il beneficio derivante da ogni decisione. Un'ulteriore considerazione che non è spesso menzionata nelle motivazioni, ma che forse è stata valutata positivamente da alcuni giudici, risiede nell'idea che tali azioni sarebbero largamente in contraddizione con la

¹⁸⁹ cit. H.H. Clark, *The law of Domestic Relations in the United States*, 1988, St. Paul. Minnesota, pag. 370 trad.

¹⁹⁰ *leading case* è considerato *Thompson v. Thompson*, 218 U.S. 611, 31 S.Ct. 111, 54 L.Ed. 1180 (1910)

solidarietà in famiglia o sconveniente rispetto allo spirito di cura reciproca di marito e moglie¹⁹¹.

Al riguardo, v'è da dire che ciascuno degli argomenti appena riportati ha subito numerose e fondate critiche da parte della dottrina statunitense, da numerose *dissenting opinions*¹⁹² e dalle sentenze che si sono pronunciate contro l'applicazione della teoria dell'immunità¹⁹³.

La cosa più benevola che può essere detta con riferimento ai primi cinque *policy arguments* è che essi sono futili. L'argomento dell'armonia matrimoniale, uno dei più frequentemente posti a fondamento delle decisioni, è particolarmente difficile da prendere in considerazione seriamente. O l'armonia matrimoniale è cessata prima dell'avvio dell'azione, come ad esempio qualora gli sposi si siano separati, o la situazione è tale che l'armonia matrimoniale non sarà inficiata dall'azione in giudizio. Il caso tipico si ha allorché la moglie cita in giudizio il marito per le lesioni causate dalla sua guida negligente e il marito è assicurato. Questo tipo di azioni legali non ha effetti sulle relazioni tra le parti. Infatti è impossibile trovare un caso in cui l'aver intentato una simile azione in giudizio ha intaccato l'armonia matrimoniale. L'argomento per cui l'immunità previene frodi e collusioni ai danni delle compagnie assicuratrici può avere una più profonda base psicologica, ma si assume che tutte queste azioni legali siano decise sulla base di prove sotto il controllo delle parti. Certamente le corti e le giurie sono in grado di distinguere tra richieste meritorie e richieste collusive. Le compagnie assicuratrici sono solitamente capaci di proteggere i propri interessi. L'idea che qualora si abbandonasse l'immunità ne risulterebbero una serie di controversie insignificanti è

¹⁹¹ H.H. Clark, *The law of Domestic Relations in the United States*, cit. pag. 372

¹⁹² *Bonkowsky v. Bonkowsky*, 69 Ohio St.2d 152, 155, 431 N.E.2d 998, 1000 (1982)

¹⁹³ *Hack v. Hack*, 495 Pa. 300, 433 A.2d 859 (1981)

fantasiosa e non c'è bisogno di un commento significativo all'argomento che i rimedi penali o il divorzio sono rimedi adeguati.

Il sesto argomento appare leggermente più fondato ove si consideri alla luce del tradizionale punto di vista della *tort law*, incentrandosi sulla colpa del convenuto e sulla libertà da colpe dell'attore. Indubbiamente se la moglie ottiene un risarcimento per la negligenza del marito, il risultato del giudizio finisce nel patrimonio familiare. Sotto questo profilo il danneggiante ne beneficerà. Ma questo rischio è inerente alla capacità legale della moglie. Lei può fare ciò che vuole dei suoi beni. La circostanza che lei possa decidere di dare il risultato dell'azione in giudizio al proprio marito non costituisce una ragione per negarle il risarcimento in tutti i casi. Divenendo la *tort law* più conforme alla realtà della vita contemporanea, questo argomento perde ogni forza¹⁹⁴.

Fra gli interpreti, v'è chi ha in particolare sottolineato il collegamento tra la fine della *interspousal immunity* anche con riferimento alle lesioni alla persona e la presenza di polizze assicurative.

Anche con riferimento a quest'ultimo tipo di azioni già nei primi decenni del secolo XX, si riscontrano alcune eccezioni al principio dell'immunità. Ciò, invero, si verifica in un contesto particolare, per l'incidenza di fattori nuovi ed imprevedibili, del tutto estranei alla regola di *common law*. La responsabilità del coniuge, in questa fase, si ammette infatti nelle ipotesi in cui il danno è causato da un incidente automobilistico, ed il danneggiante è titolare di un contratto d'assicurazione per i danni derivanti da responsabilità civile. A ben vedere, in questi casi, il reale contraddittore del coniuge danneggiato non è l'altro coniuge, a cui il danno è imputabile, ma l'assicuratore.

¹⁹⁴ H.H. Clark, *The law of Domestic Relations in the United States*, cit. pag. 37

La presenza di un contratto d'assicurazione ha decisamente favorito la tendenza verso il superamento dell'immunità, rendendo alle corti problematico il riferimento all'esigenza di tutelare l'armonia familiare, che certamente non può ritenersi pregiudicata dall'eventuale risarcimento del danno proveniente da una fonte esterna.

Nelle decisioni più recenti si legge frequentemente che le antiche regole di *common law*, alla luce delle mutate circostanze, devono lasciare il campo a regole nuove, e che principi di altri tempi non devono divenire strumenti d'ingiustizia in una società profondamente diversa. Appare inaccettabile, ad esempio, il diniego ad un coniuge della legittimazione ad agire nei confronti dell'altro in seguito ad incidenti stradali, in base alla motivazione secondo cui «marito e moglie sono una sola carne»¹⁹⁵.

È un dato di fatto che, poiché oggi la maggior parte degli illeciti sono coperti da assicurazioni, attualmente negli Stati Uniti d'America la questione principale con riferimento alla *interspousal immunity* sia divenuta quella di stabilire se la sola circostanza che l'autore dell'illecito coperto da assicurazione sia il coniuge della vittima, impedisca alla vittima di ottenere il risarcimento assicurativo.

Alcune corti hanno ritenuto che la presenza dell'assicurazione non solo rende privo di qualsiasi rilevanza lo “stanco” argomento della preservazione dell'armonia familiare, ma, nei fatti, l'armonia familiare migliorerà se la famiglia ottiene il denaro per affrontare le spese conseguenti all'evento lesivo. La presenza dell'assicurazione distrugge altresì l'argomento che il riconoscimento del risarcimento comporterebbe un insensato passaggio del patrimonio familiare dalla tasca sinistra alla tasca destra. Altre corti, tuttavia, sono convinte

¹⁹⁵ S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, 1984, Milano, pag. 63

che la presenza dell'assicurazione può condurre a pratiche collusive e hanno ritenuto che – al fine di proteggere l'industria delle assicurazioni – le azioni in responsabilità civile fra coniugi non devono essere consentite. Alcune corti hanno poi considerato che i premi assicurativi sono basati sulle potenziali responsabilità derivanti dalle esistenti regole in materia di responsabilità civile e che la presenza dell'assicurazione non deve servire da strumento per fondare *ex novo* ipotesi di responsabilità dove queste non esistono. Una posizione estrema è poi quella della Corte Suprema dell'Oklahoma che nel 1984 ha deciso che la responsabilità da illecito civile sussiste solo in presenza dell'assicurazione¹⁹⁶.

In ogni caso, l'acquisizione dell'infondatezza e inconsistenza dei predetti argomenti di *public policy* ha condotto la maggior parte delle giurisdizioni statali statunitensi alla integrale abolizione della teoria dell'immunità (la Suprema Corte della Florida, nel caso *Waite v. Waite*, (1993)¹⁹⁷ ha riscontrato che la *interspousal immunity* è stata del tutto eliminata in 32 giurisdizioni statunitensi) o a limitarla. Le corti federali, dal canto loro, hanno ritenuto che l'immunità nega la *equal protection* alle persone sposate (*Moran. v. Beyer*, 7th Cir. 1984¹⁹⁸).

Peraltro, alcuni stati continuano ad applicare la *interspousal immunity*. Il riferimento è qui al Delaware¹⁹⁹, alla Florida, in cui la *interspousal immunity* è stata riaffermata per gli *intentional torts*, alle Hawaii²⁰⁰. Anche in questi stati tuttavia sono ammesse alcune eccezioni alla regola dell'immunità.

¹⁹⁶ H.D Krause. *Family law*, 1995, St. Paul Minnesota, pag. 136 trad.

¹⁹⁷ *Waite v. Waite*, 618 So.2d 1360 (1993)

¹⁹⁸ *Moran. v. Beyer*, 734 F.2d 1245 (7th Cir. 1984)

¹⁹⁹ *Alfree v. Alfree*, 410 A.2d 161 (Del. 1979)

²⁰⁰ *Peters v. Peters*, 63 Hawaii 653, 634 P.2d 586 (1981)

Ci sono casi in cui l'azione in giudizio è ammessa in quanto l'illecito è avvenuto prima che le parti si sposassero o perché le parti erano oramai divorziate al momento dell'avvio dell'azione in giudizio. Se uno degli sposi è morto prima dell'avvio dell'azione in giudizio, tale azione difficilmente può danneggiare l'armonia familiare. Per questa ragione alcune corti hanno ritenuto l'azione ammissibile in questi casi, sebbene altre abbiano persistito ad applicare l'immunità in tali circostanze²⁰¹. L'abolizione della *interspousal immunity*, nelle giurisdizioni statali statunitensi in cui è avvenuta, ha dovuto peraltro confrontarsi con la reazione delle compagnie assicuratrici, le quali hanno cercato di recuperare il campo perso mediante l'inserimento nelle polizze assicurative delle c.d. "*family exclusion clause*" in forza delle quali la copertura assicurativa non si applica nei confronti di illeciti compiuti da familiari dell'assicurato. Più di una sentenza²⁰² ha tuttavia considerato una simile clausola contraria alla *public policy*, consistendo nell'interesse della società a permettere che le vittime di un atto illecito ottengano il risarcimento dai colpevoli dell'illecito, includendo fra dette vittime anche gli sposi²⁰³. In ogni caso, il *Restatement of the Law* in materia di *Torts* nega espressamente l'immunità di uno sposo nei confronti dell'altro per la responsabilità derivante da illecito civile²⁰⁴.

Nelle giurisdizioni statali statunitensi non sussiste dubbio che un minore, sia esso emancipato o meno, possa agire nei confronti dei propri genitori per un illecito compiuto nei

²⁰¹ cit. H.H. Clark, *The law of Domestic Relations in the United States*, pag. 373 trad.

²⁰² *Mutual of Enumclaw Ins. Co. V. Wiscomb*, 95 Wash.2d 373, 622 P.2d 1234 (1980); *Jennings v. Gerdo*, 488 A.2d 160.

²⁰³ cit. H.H. Clark, *The law of Domestic Relations in the United States*, pag. 374 trad.

²⁰⁴ § 895F. Marito e moglie: (1) Il marito o la moglie non è immune da responsabilità per illecito civile in base alla sola sussistenza della relazione coniugale (*Restatement of the Law, Torts*, 2nd, 1979, trad)

confronti della propria proprietà; così come non v'è dubbio che un minore emancipato possa agire nei confronti dei genitori per illeciti nei confronti della propria persona.

La questione si è posta invece per gli illeciti subiti dalla persona del figlio minore non emancipato.

In questa ipotesi, sebbene la *common Law* inglese non ponga ostacoli all'azione del figlio nei confronti del genitore, negli Stati Uniti d'America la regola generale in forza della quale un figlio non può intentare azione nei confronti del proprio genitore per l'illecito che questi ha commesso nei suoi confronti non è stata del tutto superata²⁰⁵.

La storia di questa regola ha avuto inizio nel 1891 con l'*ipse dixit* nel caso *Hewlett v. George* (1891)²⁰⁶, non basato su alcun precedente giurisprudenziale e non supportato su alcun ragionamento, fatta eccezione per il vago riferimento alla sua necessità per la tranquillità della famiglia e all'incredibile affermazione che il diritto penale prevede un rimedio adeguato. La corte in questo caso ha ritenuto che una figlia minore non poteva ottenere il risarcimento del danno da parte della propria madre per la illecita condotta di quest'ultima consistente nella reclusione della figlia in un manicomio. L'immunità per l'illecito commesso dal genitore nei confronti dei figli raggiunse rapidamente il suo sviluppo nel caso *Roller v. Roller* (1905)²⁰⁷, una pietra miliare della giurisprudenza americana, in cui, dopo aver rinvenuto che la *policy* posta a fondamento dell'immunità era la conservazione dell'armonia familiare, la corte ha ritenuto che la figlia non poteva ottenere alcun risarcimento del danno da parte del padre che l'aveva stuprata. Un significativo numero di giurisdizioni statali statunitensi continuano ad aderire alla teoria dell'immunità (non solo

²⁰⁵ H.H. Clark, *The law of Domestic Relations in the United States*, pag. 375 trad.

²⁰⁶ *Hewlett v. George*, 68 Miss. 703, 9 So. 885 (1891)

²⁰⁷ *Roller v. Roller*, 37 Wash. 242, 79 P. 788 (1905)

del genitore, ma anche di chi del genitore esplica le funzioni, c.d. *persona in loco parentis*) sotto qualche forma, sulla base di argomentazioni che appaiono simili a quelle che hanno a lungo sostenuto la *interspousal immunity*.

Viene detto che permettere tali azioni in giudizio danneggerebbe l'armonia della famiglia e creerebbe discordia. Al contrario, v'è poi l'argomento che vi sarebbe troppa armonia tra genitore e figlio, per cui il risultato sarebbe la collusione per frodare l'assicuratore del genitore. Ancora altre corti hanno deciso per l'immunità in base alla considerazione che se l'azione del figlio ha successo ciò comporterebbe una non equa distribuzione delle risorse della famiglia²⁰⁸.

Questi argomenti sono stati tutti duramente criticati da numerosi interpreti e rigettati nella maggioranza delle decisioni giurisprudenziali più recenti in molti stati, con la conseguenza che anche negli stati statunitensi dove la regola dell'immunità dei genitori nei confronti dei figli non è stata abolita da un punto di vista generale, sono previste alcune eccezioni alla sua applicabilità, soprattutto allorché gli illeciti siano commessi intenzionalmente ovvero la situazione sia tale che l'azione in risarcimento non appare suscettibile di "disturbare" l'armonia familiare²⁰⁹.

In alcuni stati il figlio può citare in giudizio il proprio genitore per *intentional torts* o per *torts* di *wanton and reckless*. In alcuni stati egli può citare in giudizio gli eredi del genitore defunto, sulla base della teoria che una simile azione in giudizio non potrebbe avere effetti negativi sull'armonia familiare. Per la stessa ragione in alcuni casi è stato deciso che il figlio può agire in giudizio contro il

²⁰⁸ H.H. Clark, *The law of Domestic Relations in the United States*, pag. 375 trad.

²⁰⁹ S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., pag. 97

proprio genitore qualora vi sia stato un divorzio e l'illecito è commesso dal genitore che non ha la custodia del figlio²¹⁰.

Un numero significativo di giudici statunitensi ha poi ammesso l'azione del figlio nei confronti del genitore nei casi di incidenti automobilistici, sulla base della considerazione che il genitore è probabilmente assicurato e dunque anche qui non vi sarebbe alcun turbamento dell'armonia familiare. L'ultimo gruppo di casi raramente considera la possibilità (che può essere spesso abbastanza significativa) che la richiesta di risarcimento per l'illecito può superare il limite della polizza assicurativa, nel qual caso l'azione in giudizio avrebbe tutti i supposti indesiderabili effetti sulla famiglia. Naturalmente quelle decisioni che respingono l'immunità poiché la fonte dell'illecito risiede in un incidente automobilistico respingono anche ogni argomento circa la sussistenza di rischi di collusione o frode ai danni della compagna assicuratrice allorché il figlio citi in giudizio il proprio genitore.

Il ruolo svolto dalla presenza dell'assicurazione nel superamento dei *public policy arguments* anche nell'ammissibilità della responsabilità civile dei genitori per illeciti commessi nei confronti dei figli è stato sottolineato da più di un interprete.

Forse, non a torto, un giudice americano ha osservato che il problema delle azioni in giudizio dei figli nei confronti dei genitori ha acquistato pratica rilevanza soltanto dopo l'avvento dell'assicurazione²¹¹.

I casi di incidente automobilistico in cui il figlio del conducente o del proprietario dell'automobile rimane danneggiato in qualità di passeggero sono molto frequenti. Respingendo l'antica soluzione secondo cui in tali ipotesi

²¹⁰ H.H. Clark, *The law of Domestic Relations in the United States*, pag. 376 trad.

²¹¹ S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., pag. 100

doveva negarsi la responsabilità dell'assicuratore per il pericolo di frodi, si osserva che non sussistono valide ragioni per lasciare il danneggiato privo di tutela, favorendo senza alcun motivo la società d'assicurazione.

Nell'insieme comunque la situazione si presenta diversificata poiché, mentre un significativo numero di giurisdizioni statali ritengono che i *public policy arguments* addotti a sostegno dell'immunità siano del tutto ingiustificati e hanno dunque abolito a livello giurisprudenziale tale immunità, alcune corti statunitensi di dette giurisdizioni sono state attente nell'affermare che, sebbene non esista una regola generale di immunità, in alcune ipotesi è indesiderabile che i figli possano agire *in tort* nei confronti dei genitori. Per questa ragione è pressoché impossibile classificare gli stati sulla base del criterio dell'abolizione dell'immunità dei genitori nei confronti dei figli e al più si può affermare che la maggioranza degli stati statunitensi ha esteso in vario modo le ipotesi in cui un figlio può agire in giudizio nei confronti del proprio genitore per illecito.

Il fondamento posto alla base del persistere di una limitata versione della regola dell'immunità oggi non è più la volontà di preservare l'armonia familiare o di prevenire frodi alle compagnie assicuratrici, ma il rispetto che i giudici statunitensi sentono di dovere nei confronti della *family privacy*²¹².

Essi sono restii a sostituire il proprio giudizio a quello dei genitori rispetto alla cura, vigilanza, insegnamento e protezione dei figli. Così, in quei casi in cui qualche ente pubblico cerca di ottenere l'autorizzazione per trattamenti medici o chirurgici del figlio stante l'obiezione del genitore, l'assunto è in linea generale che riguardo a ciò che il

²¹² H.H. Clark, *The law of Domestic Relations in the United States*, pag. 378 trad.

benessere del figlio richiede, il genitore è un giudice migliore delle corti o di qualche altro ente dello stato.

È evidente che la maggiore difficoltà incontrata dalle corti che intendono rispettare la *family privacy* senza negare giustizia al figlio consiste nell'individuare un *workable principle* che consenta di distinguere operativamente i casi in cui il figlio può agire nei confronti del genitore dai casi in cui questo non deve essere consentito. Al riguardo, lo stato della California ha sviluppato lo *standard* del genitore *ordinarily reasonable and prudent*, che tuttavia non è andato esente da critiche. In *Gibson v. Gibson* (1971)²¹³ è stato deciso che il giudice del fatto deve stabilire cosa un ordinariamente ragionevole e prudente genitore avrebbe fatto nelle medesime circostanze. Questo *standard* non è un vero e proprio *standard* e dà un criterio guida rispetto a tali casi avente carattere minimale sia per i giudici sia per i privati. Inoltre ha l'ulteriore difetto che praticamente nessuna condotta genitoriale può essere considerata come irragionevole allorché si considerino le circostanze particolari del caso concreto. La sola condotta genitoriale suscettibile di ricadere nell'immunità è quella non negligente e dunque non illecita. Se questo è il risultato che si vuole raggiungere, sarebbe più diretto abolire interamente l'immunità.

Le corti di altri stati, piuttosto che far riferimento alla *family privacy*, distinguono fra gli illeciti occorsi nell'esercizio della potestà genitoriale, rispetto ai quali la regola dell'immunità persiste, dagli illeciti occorsi nell'ambito di altre attività, per i quali non si nega la possibilità del figlio di agire nei confronti del genitore per il risarcimento del danno. Ma anche questo criterio è stato criticato. La distinzione tra illeciti riconducibili al potere discrezionale o alla potestà

²¹³ *Gibson v. Gibson*, 3 Cal.3d 914, 92 Cal.Rptr. 2888, 479 P.2d 638 (1971)

genitoriale e altri illeciti ha un valore limitato nella comprensione delle decisioni giurisprudenziali. Qualora il figlio è ferito in seguito a un incidente automobilistico a causa della guida negligente del genitore, le corti solitamente ritengono che ciò non sia riconducibile al potere discrezionale o alla potestà genitoriale e dunque che il genitore può essere ritenuto responsabile, sebbene il genitore in tali circostanze stia certamente esercitando la sua autorità sul figlio, e in tal senso sta altresì svolgendo un'attività discrezionale. Ancora più difficili sono le ipotesi in cui il figlio è ferito o a causa della negligente manutenzione della casa o dei luoghi nei dintorni della casa o a causa della negligente mancanza del genitore nel vigilarlo o nell'istruirlo. In entrambe le categorie di casi vi sono decisioni giurisprudenziali che hanno ritenuto il genitore non responsabile in base alla considerazione che questi stava esercitando il suo potere discrezionale ovvero la sua potestà genitoriale. La contraddittorietà delle decisioni in queste ipotesi suggerisce che il riferimento al potere discrezionale o alla potestà genitoriale non è molto utile. La ragione sembra consistere nella circostanza che è sempre possibile dire che l'illecito è avvenuto nell'ambito dell'esercizio da parte dei genitori del loro potere discrezionale o della loro potestà e alcuni dei casi in cui il genitore non è stato ritenuto responsabile sembrano essere tuttora un'ingiustificata restrizione dei diritti del figlio²¹⁴.

La proposta formulata da un autorevole interprete per "gestire" la questione dell'ammissibilità dell'immunità dei genitori per illeciti compiuti nei confronti dei figli è stata allora quella di approfondire e prendere in considerazione la *ratio* di una simile immunità, andando a verificare caso per caso se riconoscere il risarcimento costituirebbe una tale

²¹⁴ H.H. Clark, *The law of Domestic Relations in the United States*, pag. 377 trad.

invasione nella *privacy* familiare da interferire con la capacità del genitore di prendersi cura, istruire e proteggere il proprio bambino, e viceversa se, negando il risarcimento, si lascerebbe il figlio privo delle somme necessarie per la ripristino della situazione precedente al danno; in altre parole l'attenzione deve essere anzitutto sugli interessi del figlio e solo secondariamente sulla possibile invasione nella *privacy* familiare.

In ultima analisi, si può concludere che l'ordinamento statunitense appare cercare la difficile strada del bilanciamento tra la scelta del non-intervento giudiziale in un ambito, quello del rapporto genitore-figli, che si vuol lasciare alla libertà dei modelli educativi dei singoli, e la necessità di non privare di una idonea tutela "minima" il bambino rispetto a ipotesi particolari, rispetto alle quali l'ordinamento medesimo, sanzionando determinati comportamenti con la qualificazione di illiceità, non lascia alcuna libertà ai genitori.

In definitiva, la giurisprudenza americana sembra attraversare una fase di riflessione, caratterizzata soprattutto dal tentativo di indicare criteri precisi per delimitare le ipotesi di responsabilità. Al rifiuto dell'immunità per i fatti, normalmente configuranti un reato, che maggiormente ripugnano alla coscienza sociale, corrisponde infatti un atteggiamento prudente nelle ipotesi di danni provocati colposamente durante lo svolgimento delle comuni relazioni domestiche. Ritorna allora viva la preoccupazione che l'intervento del giudice possa aggravare le conseguenze di un incidente altrimenti destinato a non turbare in modo irreparabile le relazioni tra i familiari. E tale preoccupazione evidentemente non sussiste quando, data la presenza di un contratto d'assicurazione, l'azione

risulta destinata, in ultima analisi, ad apportare un arricchimento al gruppo familiare²¹⁵.

Si prenda il caso dello stato del West Virginia in cui è affermata in via generale la regola della *parental immunity* sulla base della sua finalità di preservare la pace e la tranquillità della società e delle famiglie impedendo battaglie legali inter-familiari²¹⁶ e sottolineando altresì che “l’obiettivo reale dietro questa teoria è semplicemente di evitare indebite interferenze giudiziarie rispetto al potere discrezionale dei genitori”. Tuttavia, tale regola è soggetta a diverse eccezioni: nel caso in cui il danno al figlio avviene in seguito a un incidente stradale e il genitore che guidava è assicurato, poiché in tal caso la richiesta di risarcimento del figlio verso il genitore non comporta un turbamento dell’armonia familiare (essendo la compagnia assicuratrice a pagare)²¹⁷; nel caso in cui il danno o la morte del figlio sia stata causata intenzionalmente, ma con esclusione della responsabilità nel caso di pene corporali a fini disciplinari²¹⁸.

In maniera speculare alla West Virginia, nel Michigan è affermata la regola generale dell’insussistenza della *parental immunity*, ma esistono due eccezioni in cui la regola della *parental immunity* vige ancora: allorché l’atto negligente avviene nell’ambito dell’esercizio dell’autorità genitoriale o nell’ambito dell’esercizio del potere discrezionale dei genitori rispetto al soddisfacimento dei bisogni del figlio in relazione all’alimentazione, all’abbigliamento, all’abitazione e alle cure mediche²¹⁹. Al riguardo, appare infine opportuno rammentare che il *Restatement of the Law* in materia di *Torts* (seconda edizione) nega espressamente l’immunità del

²¹⁵ S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., pag. 101

²¹⁶ *Cole v. Fairchild*, 198 W.Va. 736, 482, S.E. 2d 913, 926 (1996)

²¹⁷ *Lee v. Comer*, 159 W.Va. 585, 224 S.E.2d 721, (1976)

²¹⁸ *Courtney v. Courtney*, 186 W.Va. 597, 413 S.E.2d 418 (1991)

²¹⁹ *Plumley v. Klein*, 388 Mich 1, 1999 NW2d 169 (1972)

genitore nei confronti del figlio per la responsabilità derivante da illecito civile sulla base della sola esistenza della relazione di genitorialità²²⁰.

Da ultimo, merita di essere segnalata, una particolare ipotesi in cui alcune corti continuano ad applicare la *parental immunity*. Questo avviene allorché la regola in questione viene usata per “paralizzare” l’esimente invocata da un terzo chiamato a rispondere del danno subito dal figlio. Così, la *parental immunity* è stata riconosciuta in alcuni casi, accomunati proprio dalla particolarità di risolversi in un beneficio del figlio danneggiato.

In un primo caso, la *parental immunity* è stata utilizzata per rigettare a livello processuale la chiamata in responsabilità di un genitore da parte dell’impresa produttrice di biciclette per bambini, la quale a sua volta era stata citata in giudizio per ottenere il risarcimento del danno subito dal bambino che giocava con la bicicletta. L’impresa sosteneva che il bambino avesse subito il danno non per un difetto della bicicletta da essa prodotta, quanto piuttosto perché il genitore non aveva esercitato la dovuta sorveglianza mentre il bambino giocava e che, dunque, dell’illecito verso il figlio dovessero rispondere i genitori. I giudici hanno ritenuto che, poiché non si verteva in nessuna delle ipotesi che possono escludere la regola generale della *parental immunity* (incidente automobilistico causato da genitore assicurato, danno intenzionale da parte del genitore, ecc.), la *parental immunity* dovesse trovare applicazione e che pertanto la domanda dell’impresa produttrice dovesse essere respinta²²¹.

In un secondo caso, la *parental immunity* è stata utilizzata per respingere il tentativo fatto dal terzo convenuto (colui

²²⁰ § 895G. Genitore e bambino: (1) Un genitore o il bambino non è immune da responsabilità per illecito civile in base alla sola sussistenza di tale relazione (*Restatement of the Law, Torts*, 2nd, 1979, trad.).

²²¹ *Sias v. Wal-Mart Stores*, 137 F.Supp. 2d 699 (2001)

che aveva causato l'incidente automobilistico) di limitare la propria responsabilità invocando la circostanza che la madre, negligenemente, non aveva fatto indossare le cinture di sicurezza ai propri figli; in questo caso, il giudice ha ritenuto che, stante la regola generale della *parental immunity* vigente nella propria giurisdizione, non vi erano valide eccezioni (che pure in specifici casi sono ammissibili) per non applicare tale regola nel caso di specie e che, dunque, la madre non poteva considerarsi responsabile per le lesioni subite dai propri figli²²².

4. L'ESPERIENZA DI *Civil Law*

Come accennato, anche nei sistemi giuridici appartenenti all'area della *civil law* l'atto illecito compiuto nei confronti del coniuge è stato per lungo tempo sottratto alle conseguenze previste dalle norme regolanti la responsabilità civile. A differenza dei sistemi di *common law*, dove il principio dell'immunità fra coniugi trovava fondamento nella *doctrine of unity of spouses* o su considerazioni di *public policy* (non turbare l'armonia e la pace domestica), nei sistemi continentali l'immunità è stata soprattutto la conseguenza di un costume che rifuggiva dal far intervenire un terzo, il giudice con i suoi poteri di allocazione di un risarcimento monetario per i danni arrecati, nell'ambito di questioni considerate strettamente interne alla famiglia e non è mai stata fondata su una specifica norma o uno specifico principio di diritto. Proprio perché non fondata su regole giuridiche, ma su costumi sociali basati su un determinato modello di famiglia e di relazioni tra coniugi, con il cambiamento intervenuto nella

²²² *Tine v. Kent*, unreported, 2000 Conn. Super. Lexis 2772

società negli ultimi 60 anni l'immunità per gli illeciti fra coniugi è venuta progressivamente meno anche nei Paesi appartenenti alla tradizione di *Civil law* e sono via via aumentati i casi in cui un coniuge agisce nei confronti dell'altro coniuge per ottenere un risarcimento del danno da atto illecito. Oggi appare pacificamente acquisito che fra coniugi non vige alcun principio di immunità.

5. L'ESPERIENZA TEDESCA

Oggi in Germania l'esistenza del rapporto coniugale non impedisce la generale applicabilità delle norme in tema di illecito civile²²³, in ciò essendo stato facilitato dalla circostanza che i beni dei coniugi non costituiscono un'unità giuridica neanche con il regime della *Gütergemeinschaft* (comunione dei beni).

Gli interpreti, tuttavia, distinguono le ipotesi in cui la responsabilità è determinata dalla violazione di un obbligo specificamente nascente dal matrimonio, la quale costituisca nel contempo violazione degli obblighi previsti per tutti i consociati, dalle ipotesi in cui è configurabile esclusivamente la violazione delle regole generali in tema di illecito, con conseguenze sotto il profilo della diligenza da tenere nella condotta²²⁴.

Dunque, nell'ordinamento tedesco la responsabilità da illecito civile fra coniugi, pur essendo in principio sottoposta

²²³ § 823 e ss. del codice civile tedesco

²²⁴ cfr. S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit.: "Mentre nell'ultima ipotesi trovano senz'altro applicazione le regole generali sull'illecito, con riguardo al primo caso occorre fare riferimento al § 1359 BGB (*Umfang der Sorgfaltspflicht*), secondo cui i coniugi nell'adempimento delle obbligazioni che nascono dal rapporto matrimoniale devono rispondere soltanto in base alla diligenza che applicano nella cura dei propri affari. La norma prevede quindi un parametro che determina un'attenuazione della responsabilità e sotto questo profilo ha suscitato vivaci critiche, soprattutto perché l'*Haftungsprivileg* viene esteso a casi in cui si riscontra soltanto la violazione delle regole che gravano sulla generalità dei soggetti, spesso con la conseguenza del danno fisico del coniuge, e che andrebbero pertanto disciplinati in base alla regola generale (§ 823 BGB)".

alle regole generali in tema di responsabilità, è trattata secondo modalità che nella sostanza creano un rapporto di “subordinazione” di tali regole alle regole derivanti dal diritto di famiglia, come si evince da una *querelle* giuridica che ha a lungo diviso interpreti e giudici tedeschi in merito all’esperibilità di un’azione di risarcimento per danni avverso l’altro coniuge in caso di adulterio.

L’azione in giudizio nei confronti di un terzo per “disturbo” alla relazione familiare (*Ehestörungsklage*) riguarda una questione di particolare interesse per l’osservatore esterno. L’azione è indubbiamente esperibile nei confronti del terzo. È dibattuto, tuttavia, se uno sposo può agire giudizialmente nei confronti dell’altro basando l’azione in giudizio sull’adulterio. Il dibattito ha generato uno dei più importanti e duraturi conflitti tra la dottrina e la giurisprudenza tedesche. Un’autorevole scuola di pensiero ha cercato per oltre trent’anni di dimostrare che le regole in materia di illecito civile e quelle in materia di relazioni familiari possono effettivamente coesistere. Ma, a dispetto della passione e della determinazione con cui tale posizione è stata sostenuta, le corti hanno ripetutamente affermato che il “particolare insieme di norme” costituente il diritto di famiglia preclude ogni richiesta di risarcimento o aquiliana, *i.e.* di natura non contrattuale.

In sintesi, la giurisprudenza tedesca non esclude in linea di principio un’azione in giudizio per danni da parte di uno sposo nei confronti dell’altro. Prescrive, tuttavia, che le regole governanti tale materia devono sempre considerare che le distintive caratteristiche della famiglia necessitano di essere mantenute nell’ambito di un contesto di libertà e non

viceversa essere soggette alla minaccia della concessione di un risarcimento per danni²²⁵.

Così, in Germania non esistono regole particolari che disciplinino gli atti illeciti commessi dai genitori nei confronti dei figli e, dunque, sono astrattamente applicabili le regole generali in tema di illecito. Tuttavia il § 1664 del codice civile tedesco prevede un particolare standard di riferimento nell'accertamento della responsabilità del genitore che compie l'atto illecito, riferendosi alla diligenza normalmente esercitata dal genitore nell'esercizio delle proprie funzioni genitoriali, ponendo dunque una limitazione a tal responsabilità.

6. L'ESPERIENZA FRANCESE

In Francia sembrano non sussistere attualmente dubbi che le norme generali in tema di responsabilità civile (art. 1382 e ss. del *Code Civil*) si applichino senza eccezioni con riguardo agli atti illeciti compiuti da uno dei coniugi verso l'altro. L'interrogativo, se i coniugi fossero da assimilare a due persone l'una l'altra estranee quanto al regime della responsabilità civile (art. 1382 *code civ.*), vi ha trovato generalmente risposta affermativa; e, almeno in epoca remota, vi appare escluso ogni dubbio quanto alla risarcibilità del danno patito dal coniuge per il fatto illecito dell'altro coniuge, non consistente nella lesione di diritti specialmente nascenti dal matrimonio²²⁶.

²²⁵ S. Patti, *Intra-Family Torts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 4, 1998

²²⁶ P. Morozzo della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, in *Riv. crit.dir.priv.*, 1988, pag. 605

Tuttavia, l'efficacia delle regole sulla responsabilità civile tra coniugi rischia di essere indebolita dalla disciplina francese in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi. Il codice civile francese, in seguito alle modifiche apportate dalla legge dell'11 luglio 1965, prevede infatti la responsabilità personale dei coniugi che si trovino in regime di comunione dei beni (art. 1404), ma all'art. 1413 stabilisce che "il pagamento dei debiti gravanti su ciascuno degli sposi, qualsivoglia ne sia il titolo, durante la comunione, può essere sempre soddisfatto sui beni comuni"²²⁷.

Questo potrebbe comportare che metà del risarcimento del danno dovuta ad uno dei coniugi sia fatta gravare sui beni in comunione. Tale soluzione interpretativa è stata correttamente criticata poiché porterebbe alla soluzione assurda che il coniuge danneggiato vedrebbe il risarcimento alla fine ridotto alla metà²²⁸.

Anche in Francia si è posto il problema della risarcibilità dei danni derivanti dalla violazione dei reciproci diritti e doveri nascenti dal matrimonio.

Rispetto alla *faute conjugale*, il diritto di famiglia può apparire come un sistema chiuso ed esaustivo, all'interno del quale tutto ciò che concerne il corretto svolgimento del rapporto di coniugio deve trovare la sua disciplina e le sue sanzioni: una apparenza sorretta dalla tradizionale impostazione francese degli istituti della separazione e del divorzio in un'ottica sanzionatoria, non ancora del tutto superata²²⁹. Ora, sulla base della disposizione contenuta nell'art. 266, comma 1, del codice civile, in Francia il coniuge al quale non sia imputabile alcuna colpa per il divorzio (c.d. *divorce aux torts exclusifs* dell'altro coniuge)

²²⁷ art. 1413, comma 1, *Code civil*, trad.

²²⁸ S. Patti, *Intra-Family Torts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, cit., pag. 15 trad.

²²⁹ P. Morozzo della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, in cit., pag. 610

può ottenere il risarcimento del pregiudizio materiale e morale subito in seguito alla dissoluzione del matrimonio²³⁰. Al di là dei pregiudizi materiali, il cui risarcimento viene solitamente fatto rientrare nella *prestation compensatoire*²³¹, il pregiudizio morale è diretto a riparare soprattutto la sofferenza subita dallo sposo non in colpa cagionato dalla rottura del legame matrimoniale e le eventuali conseguenze negative derivanti dallo *status* di divorziato. Secondo la ricostruzione classica degli interpreti francesi, l'art. 266 c.c. rappresenta una specifica applicazione dei principi generali in tema di responsabilità da illecito civile contenuti nell'art. 1382 c.c. (la norma generale francese in tema di responsabilità).

Sul piano formale è stato osservato che l'idea del divorzio-sanzione (o della separazione-sanzione) pone in termini di specialità il problema della reazione dell'ordinamento agli illeciti propriamente coniugali; e suggerirebbe, quindi, l'ipotesi di una sorta di assorbimento di ogni altra sanzione in quella espressamente prevista²³².

Tuttavia, la giurisprudenza francese appare aver sempre ammesso che l'esistenza della specifica disposizione contenuta nell'art. 266 c.c. non costituisce un ostacolo all'applicazione dell'art. 1382 c.c. anche qualora si giunga al *divorce aux torts exclusifs*; così, l'art. 266 c.c. si applica rispetto ai danni causati propriamente dal divorzio, mentre l'art. 1382 c.c. ai danni derivanti non direttamente dal divorzio, ma per ottenere il risarcimento dei pregiudizi

²³⁰ Ph. Malaurie, *La famille*, Paris, 1992, pag. 228

²³¹ D.Guiton, *Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce*, in *Dalloz chr.*, 1980, pag. 239

²³² P. Morozzo della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, in *cit.*, pag. 611

derivanti da fatti o atti precedenti il divorzio cagionati dalla violazione dei diritti coniugali²³³.

La storia dell'attuale art. 266 *code civ.*, nel testo modificato dalla *loi* 11 luglio 1975 n. 75-617, pone in evidenza che la previsione della risarcibilità del danno derivante dalla rottura del vincolo corrisponde ad una volontà del legislatore francese non già di porre un limite alla operatività della *lex communis* in materia di responsabilità aquiliana; ma piuttosto di coprire con le norme speciali un'area, rispetto alla quale l'operatività dell'art. 1382 *code civ.* poteva apparire dubbia.

Già tra le due guerre uno storico *arrêt* della *Chambre civile* aveva per la prima volta stabilito che indipendentemente dalla attribuzione della *pension alimentaire*, di cui all'art. 301 *code civ.* nel testo all'epoca vigente, il coniuge, a profitto del quale il divorzio era pronunciato, potesse ottenere il ristoro dei danni secondo le norme comuni, se dai fatti che avevano dato causa al divorzio risultava un pregiudizio materiale o morale distinto da quello determinante la rottura del vincolo e non riparato dalla prestazione alimentare²³⁴. La decisione faceva riferimento ai fatti, che avevano motivato il divorzio, e risolveva perciò il problema della loro autonoma sanzionabilità con l'azione di danno nel relativo giudizio²³⁵.

La decisione appena richiamata lasciava aperto il problema se i danni risarcibili al di fuori degli obblighi alimentari, fossero solamente quelli cagionati direttamente dal fatto illecito del coniuge contro il quale il divorzio era pronunciato o anche quelli derivanti dalla dissoluzione stessa del matrimonio.

²³³ D.Guiton, *Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce*, in *Dalloz chr.*, 1980, pag. 246

²³⁴ Ch. civ. 21.6.1927, *Dalloz rep.*, 1928, I, 5

²³⁵ cit. P. Morozzo della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, in *cit.*, pag. 611

A questo problema ha inteso dare soluzione la *loi* 2 aprile 1941, poi convalidata dalla *ordonnance* 12 aprile 1945, prevedendo che, indipendentemente da ogni riparazione dovuta dal coniuge, contro il quale il divorzio era pronunciato, i giudici potessero assegnare al coniuge, che otteneva il divorzio, i *dommages-interets* per il pregiudizio materiale e morale a lui cagionato dallo scioglimento del matrimonio.

La previsione è stata sostanzialmente tenuta ferma dalla *loi* 11 luglio 1975 n. 75-617 limitatamente, s'intende, alla ipotesi di divorzio *aux torts exclusifs* di uno dei coniugi. Anche nell'attuale art. 266 *code civ.*, perciò, non vengono in considerazione i pregiudizi materiali e morali cagionati da singoli illeciti che, integrando la figura delle gravi o delle ripetute violazioni di doveri e di obbligazioni coniugali, hanno pur fondato la domanda di divorzio (e che trovano comunque la loro sanzione nelle norme comuni); ma solamente, come oggetto di disciplina speciale, quei pregiudizi che conseguono alla dissoluzione del matrimonio in sé considerata.

In ogni caso, diversamente dall'art. 266 c.c., l'art. 1382 c.c. può essere invocato in tutti i tipi di divorzio (anche non *aux torts exclusifs*), fatta eccezione per quelli avvenuti per mutuo consenso (*divorce par requête conjointe*); l'art. 1382 c.c. può essere invocato sia per i danni derivanti dal divorzio in sé (indipendentemente dalla qualità di "sposo in colpa" o "sposo innocente" rispetto al divorzio, che secondo gli interpreti e le corti francesi non rende applicabile l'art. 266 c.c. ai casi in cui non vi sia un solo "sposo in colpa"²³⁶), sia per i danni non legati al divorzio, ma semplicemente cagionati dalla violazione di doveri coniugali. Spesso infatti

²³⁶ D. Guiton, *Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant d'un fait antérieur au divorce*, in *Dalloz*, chr., 1980, pag. 249

l'azione in risarcimento fondata sull'art. 1382 c.c. non è legata all'istanza di divorzio: infatti, essa può precederla o essere a questa posteriore, può essere esercitata anche in caso di rigetto della domanda di divorzio e sopravvive all'estinzione dell'azione di divorzio per decesso del richiedente il divorzio, potendo essere esercitata dagli eredi. Può dunque ben dirsi che nella esperienza francese la posizione favorevole all'ammissibilità dell'azione di danno per gli illeciti coniugali non solamente non è stata contrastata dall'idea del divorzio-sanzione; ma ha persino tratto forza dalle soluzioni date dalla giurisprudenza prima e dal legislatore poi al problema del danno specialmente cagionato dalla rottura del vincolo. Il completo assetto della materia sembra sorretto da una diffusa consapevolezza che singoli illeciti coniugali, cessazione della convivenza e scioglimento del matrimonio sono tutti fatti idonei a produrre pregiudizi materiali e morali ben distinti, non sempre individuabili nella loro stessa sussistenza, ma non per questo destinati in via di principio a restare privi della sanzione civile del risarcimento. La diversità delle loro fonti causali e la loro (relativa) autonomia spiegano perché solamente per i pregiudizi derivanti dalla rottura del vincolo il legislatore abbia ritenuto di introdurre una sorta di competenza funzionale esclusiva del giudice della causa di divorzio; la specialità della previsione appare, in ogni caso, suggerita dalla volontà di ampliare e non di restringere la tutela dei diritti del coniuge²³⁷.

La colpa che fonda l'obbligo di risarcimento in favore dell'altro coniuge non deve dunque essere necessariamente ciò che ha rappresentato la causa del divorzio. Sono spesso presi in considerazione le violenze fisiche o morali alle quali un coniuge ha sottoposto l'altro, l'adulterio, l'abbandono, la

²³⁷ cit. P. Morozzo della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, in *cit.*, pag. 613

diffamazione, il fatto di aver sottratto beni comuni. La prova del danno subito grava sul richiedente il risarcimento. Il danno può essere materiale (mancata contribuzione ai bisogni materiali della famiglia) o morale (abbandono del coniuge, messa la mondo di un figlio con un altro *partner*, conduzione di una “doppia vita”).

Il risarcimento può essere costituito anche da una rendita, rinunciabile e suscettibile di transazione. In caso di nuovo matrimonio del coniuge che si è visto riconosciuto a titolo di risarcimento una rendita, questa non cessa e in caso di morte del beneficiario della rendita passa ai suoi eredi²³⁸.

²³⁸ H. Mazon - P. Rubellin, *Droit de la famille*, Paris, 1996, pag. 289

Bibliografia

I Capitolo

AA.VV., *Relazione sulla famiglia, Atti assemblea costituente, I sottocommissione, in La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. VI, Roma 1976

Barbagli M., *Sotto lo stesso tetto. Mutamenti della famiglia in Italia dal XV al XX secolo*, Bologna, 1984

Bin R., *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in "Studium Iuris", 2000

Cicu A., *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914

Cuocolo F., *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1999, II ed.

De Singly F., *Sociologia della famiglia contemporanea*, Bari, 1996

Esposito C., *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951

Finocchiaro M., *La ricerca di tutela per la parte più debole non può “generare” diritti al di là della legge*, in *Guida al dir.*, 2002, n. 4

Giddens, *The transformation of intimacy: sexuality, love, and eroticism in modern societies*, Stanford University Press, Stanford Calif., 1992,

Held, *The Ethics of Care: Personal, Political, Global*, Oxford University Press, Oxford, 2006

Kittay E. F., *Taking Dependency Seriously: The Family and Medical Leave Act Considered in Light of the Social Organization of Dependency Work and Gender Equality*, *Hypatia*, 10, 1 (1995)

Lenti L., *Famiglia e danno esistenziale*, in *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000

MacKinnon C. A., *Women's lives – Men's laws*, (Cambridge – Mass., London, Harvard University Press, 2005

Moller Okin S., *Le donne e la giustizia*, a c. di Pievatolo M. C. e Palombella G., Dedalo, Bari 1999

Morondo D., *Women's lives – Men's laws*, in
www.dirittoequestionipubbliche.org

Nussbaum M., *Giustizia sociale e dignità umana. Da
individui a persone*, il Mulino, Bologna 2002

Patti S., *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984

Ronfani P., *Giustizia, famiglia e cultura giuridica*, in *Working
Papers* del Dipartimento Studi Sociali e Politici, n. 7/2004,
Università degli Studi di Milano

Saraceno C., *Pluralità e mutamento. Riflessioni sull'identità
al femminile*, Milano 1988

Scott J.W., *Il genere: un'utile categoria di analisi storica*, in
gender.msoftprogramming.com

Scott J.W., *La stona delle donne*, in *La storiografia
contemporanea*, a cura di P. Kukke, Laterza, Bari, 1993

Tronto J., *Confini morali. Un argomento politico per l'etica
della cura*, a c. di A. Facchi, Diabasis, Reggio Emilia, 2007

Ungari P., *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna
1974, ed. 2002

Volpi R., *La fine della famiglia. La rivoluzione di cui non ci siamo accorti*, Milano, 2007

II Capitolo

AA. VV., *Il dolo*, in *La responsabilità civile*, diretta da G. Alpa e M. Bessone, vol. I, Torino, 1987

AA. VV., *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, in R. Torino, *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2002

AA.VV., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008

AA.VV., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004

Alpa G., *Diritto della responsabilità civile*, Roma – Bari, 2003

Alpa G., *I “Principles of European Law” predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000

Amato C., *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il “nuovo danno non patrimoniale”*, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 2004

Ascoli A., *Atto illecito. Responsabilità. Danni morali*, in *Riv. dir. civ.*, 1909

Ascoli A., *Risarcibilità del danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1934

Barbareschi L., *La risarcibilità dei danni morali*, in *Riv. it. scien. comm.*, 1943

Bianca C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218 - 1229*, 1967, Bologna – Roma

Bianca C.M., *Diritto civile III. Il contratto*, Milano, 2000

Bianca C.M., *Diritto civile V. La responsabilità*, Torino, 1999

Bianca C.M., *Diritto civile, II. La famiglia. Le successioni*, III ed., Milano, 2001

Bianca C.M., *Famiglia (Diritti di)*, in *Noviss. Dig.*, VII, Torino, 1961

Bonilini G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983

Bonilini G., *Manuale del diritto di famiglia*, Torino, 1998

Buzzelli D., *Sulla responsabilità dei coniugi per l'invalidità del matrimonio*, in *Rass. dir. civ.*, 1982

Calamandrei P., *Il risarcimento dei danni non patrimoniali*,
in Riv. it. dir. pen., 1931

Capecchi M., *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle
Sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. civ.
comm.*, 2008

Carnelutti F., *Il danno e il reato*, Padova, 1930

Cassano G., *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno
esistenziale: il risarcimento del danno non patrimoniale
all'interno della famiglia*, Padova, 2006

Castronovo C., *Il risarcimento del danno, in Il diritto delle
obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive
di una novellazione del Libro IV del Codice civile nel momento
storico attuale (Atti del Convegno di Treviso 23-25 marzo
2006)*, in *Riv. dir. civ.* , 2006

Castronovo C., *Le frontiere nobili della responsabilità civile*,
in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989

Castronovo C., voce "*Obblighi di protezione*", in *Enc. Giur.*,
vol. XXI, 1990, Roma

Cendon P., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*,
Torino, 1970

Cendon P., *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998

Cendon P., *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979

Chindemi D., *Una nevicata su un campo di grano*, in *Resp. civ. prev.*, 2009

Cicu A., *Lo spirito del diritto familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1939

Cittarella G., *Danno non patrimoniale e contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2009

Corsi F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Trattato CICU-MESSINEO*, Milano, 1979

Coviello L., *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932

De Giorgi M.V., voce "*Danno alla persona*", in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 1988, vol. X

De Marzo G., *La Cassazione e il danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2000

Di Majo A., voce “*Responsabilità contrattuale*”, in *Dig. Di sc. priv.*, XVI I , Torino, 1998

Dogliotti M., *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Trattato Cicu-Messineo*, VI, 4, 1994

Facci G., *Infedeltà omosessuale del marito: alla moglie non spetta un risarcimento perché non vi è un danno ingiusto*, in *Fam. dir.*, 2008

Facci G., *L' illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Fam. dir.*, 2005

Facci G., *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, 2008, Torino

Faillace S., *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004

Falzea, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977

Feola M., *La promessa di matrimonio*, Trattato Bonilini - Cattaneo, II ed., Torino, 2007

Ferrando G., *Il matrimonio*, in *Trattato Cicu - Messineo*, Milano, 2002

Ferrando G., *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007

Finocchiaro M., *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, in *Guida al dir.*, 2002

Franzoni M., *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *La responsabilità civile*, 4/2008

Franzoni M., *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009

Franzoni M., *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, in *Contr. Impr.*, 2003

Franzoni M., *L' illecito*, Milano, 2004

Gabba C.F., nota ad App. Palermo, 16 marzo 1903, in *Foro it.*, 1903, I

Galgano F., *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 2008

Gallo P., *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004

Gaudino L., *Il dolo*, in *La responsabilità civile. Agg. 1988-1996*, in *Giur. sist. Dir. civ comm.* , Torino, 1997

Gaudino L., *La responsabilità civile endofamiliare*, in *Resp. civ. prev.*, 2008

Gazzara M., *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*, in *Danno resp.*, 2009

Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, 2004, Napoli

Jemolo A.C., *Del matrimonio*, Torino, 1950

Licata F., *Risarcimento dei danni morali per diffamazione non querelata*, in *Giur. it.*, 1950

Marchi A., *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *Bollettino Ist. dr. Rom.*, XVI, 1904

Memmo D., *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. impresa*, 2004

Mengoni L., *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990

Mengoni L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. com.*, 1956, pt. II

Mengoni L., voce “*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*”, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988

Navarretta E., *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ.*, 2008

Nicolò R., voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964

Nicolussi A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.*, 2008

Nigro M., *La riparazione del danno morale e la mancanza di querela per reato perseguibile a querela di parte*, in *Giur. it.*, 1950

Paradiso M., *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148 c.c.*, Milano, 1990

Paradiso M., *La comunità familiare*, Milano, 1984

Partisani R., *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, in *Resp. civ.* , 2009

Patti S., *Le sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. Giur.*, 2009

Perlingieri P., *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982

Poletti, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009

Pucella R., *La causalità "incerta"*, Torino, 2003

Rizzo, *Le fonti delle obbligazioni fra tipicità, atipicità e giudizio di meritevolezza*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. Ruscello, 2008, Napoli

Rodotà S., *Relazione*, in *Quale famiglia per gli anni '80. Bilanci e prospettive della legge riforma*, Roma, 1981

Rossello C., *Intorno ai rapporti tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Giur. It.*, 1985

Santoro Passarelli F., *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961

Scognamiglio C., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002

Scognamiglio R., *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957

Sebastio G., *La responsabilità civile endofamiliare*, in *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, a cura di R. Torino, Torino, 2004

Sesta M., *La potestà dei genitori*, in *Trattato dir. priv. M. Bessone*, IV, 3, Torino, 1999

Spangaro A., *La responsabilità per la violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, 2008, Torino

Villa G., *Gli effetti del matrimonio*, in *Trattato dir. fam.*
Bonilini - Cattaneo, Torino, 2007

Virgadamo P., *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

Zaccaria A., *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, *Fam. dir.*, 1997

Zatti P., *Familia, familiae – Declinazioni di un'idea, I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002

III Capitolo

Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, I ,
Oxford, 1775

Burke J. Jowitt's Dictionary of English Law, 1977, London

Clark H.H., *The law of Domestic Relations in the United
States*, 1988, St. Paul. Minnesota

Guiton D., *Les dommages-intérêts en réparation d'un
préjudice résultant du divorce*, in *Dalloz chr.*, 1980

Krause H.D., *Family law*, 1995, St. Paul Minnesota

Malaurie Ph., *La famille*, Paris, 1992

Mazeron H. / Rubellin P., *Droit de la famille*, Paris, 1996

Mc Curdy W.E., *Torts between persons in domestic relation*,
in *Harvard l. R.*, 43, 1930

Morozzo della Rocca P., *Violazione dei doveri coniugali:
immunità o responsabilità*, in *Riv. crit.dir.priv.*, 1988

Prosser W., *Law of Torts*, 1971

S. Patti, *Intra-Family Torts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 4, 1998

Torino R., *Il risarcimento del danno in famiglia: profili comparatistici*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. Cendon, vol. III, Padova, 2004

Wadlington W. / O'Brien R., *Family Law in Perspective*, 2001, New York