



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di DIRITTO COMPARATO

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN : Diritto internazionale e diritto privato e del lavoro

INDIRIZZO: Diritto privato nella dimensione europea

CICLO: XXII

**LA RESPONSABILITÀ CIVILE NELLE RELAZIONI FAMILIARI
CON PARTICOLARE RIGUARDO AL RAPPORTO GENITORI-FIGLI**

Direttore della Scuola : Ch.mo Prof. Paolo Zatti

Coordinatore d'indirizzo: Ch.mo Prof. Giorgio Cian

Supervisore : Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Dottoranda: Giorgia Anna Parini

Capitolo I

RESPONSABILITÀ CIVILE E FAMIGLIA. RIFLESSIONI GENERALI

1. L'immunità tra i componenti della famiglia. Le ragioni.
2. Le diverse tipologie di danno in famiglia: l'ostacolo del danno non patrimoniale.
3. La parallela evoluzione del sistema della responsabilità civile e del diritto di famiglia: il superamento dell'immunità.
4. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno. Cenni.
5. La natura dell'illecito commesso dal coniuge.
6. Famiglia e responsabilità civile nel sistema spagnolo.

Capitolo II

GLI ILLECITI DERIVANTI DALLA VIOLAZIONE DI DIRITTI DEI FIGLI

1. Il rapporto genitori-figli.
2. I diritti dei figli minori.
3. I rimedi applicabili contro la violazione dei diritti del figlio.
4. Il rimedio risarcitorio.

Capitolo III

IL PROBLEMA DELLA QUALIFICAZIONE DELL'ILLECITO ENDO-FAMILIARE

1. Illecito c.d. contrattuale o extracontrattuale: le ricadute.
2. L'illecito endo-familiare quale illecito c.d. extra contrattuale. I presupposti.
 - 2.1 (*segue*) L'ingiustizia del danno.
 - 2.2 (*segue*) L'imputabilità.
 - 2.3 (*segue*) La colpevolezza.
 - 2.4 (*segue*) La condotta del danneggiante.
 - 2.5 (*segue*) Il nesso causale.
 - 2.6 (*segue*) Il concorso di colpa del danneggiato (art. 1227 c.c.).
3. La prova del danno.
4. Il *quantum*.
5. I danni risarcibili.
6. La legittimazione ad agire.
7. La prescrizione dell'azione.

Capitolo IV

LE SINGOLE FATTISPECIE DI ILLECITO ENDO-FAMILIARE NEI CONFRONTI DEI FIGLI

1. Premessa.
2. L'abbandono da parte del genitore.
3. Il mancato riconoscimento del figlio e l'inadempimento dei doveri genitoriali.
4. Il mancato esercizio del diritto-dovere di visita e il rifiuto di occuparsi del figlio.
5. L'ostruzionismo all'esercizio del diritto di visita e alla continuazione del rapporto con l'altro genitore.
6. La difformità tra dato biologico e *status*: la responsabilità da perdita del rapporto parentale.
7. I danni connessi alla procreazione.
 - 7.1 (*segue*) Condotta della madre durante la gravidanza e danno al nascituro.
 - 7.2 (*segue*) Patologie evitabili mediante il ricorso a cure o interventi.
 - 7.3 (*segue*) Patologie derivanti dal concepimento e conseguente responsabilità da procreazione.
8. Disconoscimento di paternità a seguito del ricorso a tecniche di procreazione assistita eterologa.

Capitolo V

L'INTRODUZIONE DELL'ART. 709-TER C.P.C.

1. La legge sull'affidamento condiviso (cenni).
2. Il nuovo art. 709-ter c.p.c.
3. I presupposti per l'applicazione delle misure introdotte dalla norma.
4. Le singole misure tipizzate dal secondo comma dell'art. 709-ter c.p.c.
5. La natura dei rimedi definiti risarcitori.
6. Considerazioni conclusive.

Cap. I: Responsabilità civile e famiglia. Riflessioni generali

SOMMARIO: 1. L'immunità tra i componenti della famiglia. Le ragioni. - 2. Le diverse tipologie di danno in famiglia: l'ostacolo del danno non patrimoniale. - 3. La parallela evoluzione del sistema della responsabilità civile e del diritto di famiglia: il superamento dell'immunità. - 4. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno. Cenni. - 5. La natura dell'illecito commesso dal coniuge. - 6. Famiglia e responsabilità civile nel sistema spagnolo.

1. L'immunità tra componenti della famiglia. Le ragioni.

In ragione di un atteggiamento di forte chiusura circa l'ammissibilità della tutela risarcitoria per gli illeciti cagionati da un componente della famiglia, è parso ardito, in passato, l'accostamento dei termini "famiglia" e "responsabilità civile"¹. Il costume sociale portava a ritenere sussistente, in questo luogo privilegiato degli affetti, una sorta di immunità rispetto agli strumenti propri della responsabilità civile², finalizzata ad evitare le tensioni che si sarebbero potute verificare consentendo l'ingresso ad uno strumento conflittuale, potenziale moltiplicatore dei dissidi (c.d. *floodgate argument*)³.

¹ Si veda, *ex multis*, G. CIAN, *Introduzione generale. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, Padova, 1977, p. 42. Precedentemente agli scritti di S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, e di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 605, la dottrina italiana non si era occupata di verificare e analizzare in modo critico le ragioni dell'immunità di fatto esistente.

² Sull'immunità alla responsabilità civile nel contesto familiare, v. P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 438 ss.

³ A riguardo si veda P. TRIMARCHI, voce *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, vol. XX, p. 102. L'A. considera come, a negare la tutela risarcitoria in famiglia, abbiano condotto diverse ragioni di opportunità: il timore di incoraggiare un'eccessiva litigiosità in campi dove comunque l'intervento giudiziale sarebbe poco efficace; l'inopportunità di un intervento in materie delicate dove risulterebbe assai difficile ricostruire e valutare in giudizio i fatti e gli interessi in gioco e dove l'intervento del giudice potrebbe essere lesivo di libertà fondamentali. Tuttavia l'A. arriva a riconoscere la legittimazione ad agire nelle ipotesi in cui l'ingiustizia dell'atto sia macroscopica e in cui l'atto sia

Anche nei paesi di *common law* esisteva tra coniugi una sorta di *immunity*, di fonte però giurisprudenziale, che trovava la propria giustificazione in 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: ne conseguiva, pertanto, un'impossibilità di agire nei confronti dell'altro per ottenere il risarcimento dei danni patiti⁴. I *Married Women's property acts*, diretti a riconoscere la proprietà separata della donna, segnarono la fine di questa finzione. Tuttavia *l'immunity*, ormai dotata di un'autonomia concettuale tale da divenire regola a sé, 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 ammettere la tutela risarcitoria. Diversamente, in Inghilterra la teoria immunitaria (*interposul 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".

posto in essere con la finalità esclusiva di nuocere. Sulle giustificazioni della chiusura si veda la ricostruzione effettuata da P. CENDON, *Dov'è che si sta meglio che in famiglia?*, in *Persona e danno*, a cura di P. CENDON, vol. III, Milano, 2004, p. 2726: "troppo romantica la materia dei rapporti sentimentali, troppi misteri; impensabile per un giudice della responsabilità penetrare con la dovuta accortezza in tutto questo". Critica tale argomentazione la dottrina spagnola sulla base dell'assunto secondo il quale non sarebbe l'agire in giudizio a creare la conflittualità, ma questa dipenderebbe già dai comportamenti avverso i quali si agisce in giudizio: MARÍN GARCÍA DE LEONARDO T., *¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?*, in *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n. 15/2004, Pamplona.

⁴ Per un'accurata analisi della situazione nei paesi di *common law* si rimanda a S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 51 e ss.; C. EBENE COBELLI, *Il cammino verso l'uguaglianza tra i coniugi negli Stati Uniti di America e l'equal rights amendment*, in *Riv. dir. civ.* 1979, pt. II, p. 66 ss.; 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. Per una ricostruzione storica, v. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, I, Oxford, 1775, p. 442: "*huband and wife are one person and that person is husband*". Con il matrimonio il marito e la moglie diventavano per il diritto un'unica persona. La donna veniva limitata di prerogative prima riconosciute dal diritto: non perdeva la titolarità dei diritti, ma la capacità d'agire e con essa la capacità negoziale e contrattuale. Inoltre, la moglie veniva privata della capacità processuale e poteva agire o resistere in giudizio solamente se rappresentata dal marito. Pertanto, non poteva far valere in giudizio pretese contro quest'ultimo dal momento che il marito non poteva comparire sia come attore sia come convenuto.

A differenza che nei paesi di *common law*, nel nostro ordinamento non erano rinvenibili pronunce giurisprudenziali nelle quali veniva negato il risarcimento dei danni tra componenti del *consortium* familiare. Questa situazione era dovuta 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. All'interno della società era diffusa, infatti, l'idea che quanto avveniva tra le mura domestiche dovesse rimanere faccenda privata; pertanto, si preferiva celare l'accaduto ed evitare di doversi lavare i "panni sporchi" in pubblico.

Il contesto sociologico brevemente descritto, oltre ad aver causato una scarsa propensione ad agire in sede civile, ha determinato, altresì, 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 vittima⁵. Inopportuno era considerato l'intervento del giudice, soggetto terzo ed estraneo, in un ambito caratterizzato dalla delicatezza delle questioni, difficilmente valutabili in sede giudiziaria. A ciò si aggiunga la complessità della ricostruzione delle esatte dinamiche e della realtà dell'accaduto in un contesto in cui tutto si svolge lontano da occhi indiscreti e "terzi". Tali ragioni di opportunità, sottostanti alla condizione di "immunità e privilegio" tra componenti della famiglia, spingevano a sopportare ed, eventualmente, a reclamare tutela

⁵ Numerose sono le fattispecie penali astrattamente applicabili, fra le quali l'omicidio, le lesioni personali, le percosse, la violenza sessuale. Per taluni reati, come l'omicidio, secondo quanto stabilito dall'art. 576, 1 comma, n. 2, c.p., e le lesioni personali *ex art.* 585 c.p., la qualità di familiare costituisce causa aggravante. Anche per il sequestro di persona, *ex art.* 605 c.p., è prevista una pena più elevata qualora il fatto sia stato commesso a danno di un ascendente, di un discendente o del coniuge. 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.

solamente in concomitanza con la formalizzazione della frattura del rapporto⁶.

Alle giustificazioni di ordine socio-psicologico si affiancavano molteplici impedimenti di natura giuridica all'ammissibilità della tutela risarcitoria 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 diritto⁷", 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. prel.⁸. 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 separazione⁹.

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

⁶ A riguardo si veda M. GIORGIANNI, *Problemi attuali di diritto familiare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 772. Per l'A. la potestà maritale non può avere carattere dispotico e deve venir esercitata solo nell'interesse della famiglia, tuttavia, il controllo giudiziale poteva svolgersi solamente in occasione della valutazione delle rispettive colpe in sede di separazione.

⁷ Sono le celebri parole di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali Univ. di Catania*, 1948, pt. II, p. 38.

⁸ In particolare, prima della riforma del 1975, la violazione dei doveri coniugali era una delle cause tipiche e tassative che legittimavano il coniuge incolpevole a presentare istanza di separazione. Tale rimedio era una vera e propria sanzione per il coniuge colpevole di aver violato i doveri matrimoniali, pertanto, un concorso con il rimedio risarcitorio non era ritenuto ammissibile: v. Cass. 27 maggio 1921, in *Foro it.*, 1921, pt. I, c., 778. Anche in caso d'inattuazione dei doveri genitoriali si riteneva possibile applicare solamente la disciplina rimediale prevista nel libro I (es. artt. 330, 333, 334, 342-bis e ter c.c.).

⁹ Di questa opinione è L. LENTI, *Famiglia e danno esistenziale*, in *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, p. 259, che ritiene che non avrebbe avuto senso abrogare la separazione per colpa per poi ammettere la possibilità di agire per il risarcimento del danno (esistenziale) verso il coniuge che ha fatto tanto soffrire l'altro violando i doveri matrimoniali.

quale *inclusio unius, exclusio alterius*¹⁰, 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, se si escludono i rimedi tipici del diritto di famiglia, i quali però, soprattutto dopo l'abolizione della separazione per colpa, non potevano e non possono essere

¹⁰ In tal senso A. ZACCARIA, *L'infedeltà: quanto può costare? Ovvero, è lecito tradire solo per amore*, in *Studium Iuris*, 2000, p. 526 s., per il quale i diritti e doveri fra coniugi sono già regolati dal diritto di famiglia per quanto riguarda le sanzioni conseguenti alla loro inosservanza, pertanto, in base al principio "*lex specialis derogat legis generalis*", in caso di violazione sarebbero applicabili solamente tali rimedi. L'opinione non è isolata in dottrina, anzi. Così, infatti, M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non può "generare" diritti al di là della legge*, in *Guida al dir.*, 2002, n. 24, p. 52; già prima P. RESCIGNO, voce "*Obbligazioni (diritto privato. Nozioni generali)*", in *Enc. dir.*, vol. XXIX, 1973, p. 140, reputava che la fedeltà, la collaborazione, la coabitazione e l'assistenza morale non potessero costituire materia di pretesa coercibile e che la loro lesione non potesse dar luogo ad un risarcimento dei danni, ma solamente alla separazione, quando la condotta aveva reso intollerabile la convivenza, e all'addebito. In tal senso anche M. DOGLIOTTI e A. FIGONE, *I rapporti familiari*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. CENDON, vol. VIII, Torino, 1998, p. 68. Ancora, si veda O.B. CASTAGNARO, *Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali*, in *Giur. it.*, 2002, p. 2292, che osserva come la clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. venga derogata dalle sanzioni speciali esistenti nel diritto di famiglia (sia da quelle previste dal diritto civile agli artt. 151, 2 comma, e 146 c.c., sia da quelle previste dal diritto penale agli artt. 570 e 572 c.p.) e la violazione dei doveri coniugali comporti solamente l'applicabilità della disciplina sul matrimonio. A sostegno di tale tesi venivano tradizionalmente richiamate alcune pronunce: "Dalla separazione personale dei coniugi può nascere, sul piano economico - a prescindere dai provvedimenti sull'affidamento dei figli e della casa coniugale - solo il diritto ad un assegno di mantenimento dell'uno nei confronti dell'altro, quando ne ricorrono le circostanze specificamente previste dalla legge, con conseguente esclusione della possibilità di richiedere, ex art. 2043 c.c., ancorché la separazione sia addebitabile ad uno di essi, anche il risarcimento dei danni a qualsiasi titolo risentiti a causa della separazione stessa" (Cass., 6 aprile 1993, n. 4108, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce "*Separazione di coniugi*", n. 60). In altra sede, si escludeva il risarcimento, in base al principio *inclusio unius, exclusio alterius*, ritenendo che la separazione personale sia un diritto inquadrabile tra quelli che garantiscono la libertà della persona, le conseguenze della quale sono già state specificate analiticamente dal legislatore nella disciplina del diritto di famiglia: "L'addebito della separazione ad un coniuge comporta solo gli effetti previsti dalla legge, ma non comporta la violazione di un diritto dell'altro coniuge in relazione alla quale poter invocare la tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c." (così Cass., 22 marzo 1993, n. 3367 in *Rep. Foro it.*, 1993, voce "*Separazione di coniugi*", n. 34); Si veda anche Cass., 27, maggio, 1921, in *Foro it.*, 1921, I, c. 778: "La colpa di uno dei coniugi per la quale sia stata pronunciata separazione personale non ha altre sanzioni che quelle determinate nell'ambito dei rapporti patrimoniali dall'art. 156 c.c., e non attribuisce all'altro coniuge il diritto ad essere risarcito dai pretesi danni".

concettualmente finalizzati alla sanzione dei doveri di cui all'art. 143 e 147 c.c.¹¹. In conseguenza di ciò, si giungeva a rifiutare la possibilità di esperire la tutela risarcitoria per carenza di uno dei requisiti strutturali ed essenziali del fatto illecito, ovvero la situazione soggettiva che, allorquando lesa, integri un danno ingiusto.

Ai fini di escludere l'ammissibilità del risarcimento del danno all'interno del *consortium* familiare, si adduceva, ancora, l'assenza di un'esplicita previsione in tal senso nel contesto, anche sistematicamente inteso, dell'ordinamento giuridico, insieme alla considerazione che, laddove il legislatore aveva inteso consentire il risarcimento di determinati danni, l'aveva espressamente e puntualmente regolato¹²: basti pensare all'art. 129-*bis* c.c.

Tali argomentazioni, seppur rilevanti, non parevano tuttavia sufficienti a spiegare le ragioni della chiusura e della scarsa attenzione verso la tematica in esame.

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

¹¹ Gli obblighi giuridici si caratterizzano per il fatto che, in caso di inadempimento, è dato al soggetto attivo uno strumento per ottenere l'adempimento in modo coattivo; pertanto, sostenendo che, in caso di violazione degli obblighi familiari, al loro titolare non sarebbe riconosciuta azione alcuna per ottenere l'adempimento, si arrivava a riconoscere la natura esclusivamente morale degli stessi. Nega la giuridicità dei doveri personali che derivano dal matrimonio P. RESCIGNO, *Obbligazioni. Diritto privato. Nozioni generali*, cit., p. 140. In tal senso Cass., 27 maggio 1921, cit., p. 778: "Il carattere etico delle norme giuridiche appare sia nella natura degli obblighi imposti, alcuni dei quali, come la fedeltà e soprattutto l'assistenza, non possono essere determinati con precisione, ma sono affidati alla coscienza dei coniugi, sia soprattutto nelle sanzioni stabilite per le trasgressioni". Si veda anche A. PINO, *Diritto di famiglia*, 1998, Padova, p. 74 s., che ritiene l'espressione "diritti e doveri", utilizzata nell'intitolazione del capo IV del libro I e nella rubrica e nel primo comma dell'art. 143 c.c. non corretta tecnicamente dal momento che dal coniuge non deriverebbero pretese verso l'altro, quali quelle che sorgono tra le parti contrattuali e consistenti in diritti soggettivi. I comportamenti enunciati non sarebbero dunque convertibili in doveri, suscettibili di diffida ad adempiere e di responsabilità per danni in caso di inadempimento. Dall'atto di matrimonio non deriverebbe, per l'A., nessun diritto assoluto o relativo, tranne l'obbligazione di contribuire ai bisogni della famiglia, per l'inadempimento della quale sarebbe possibile esperire l'azione per l'adempimento e per la ripetizione di quanto prestato, salva in ogni caso l'azione per il risarcimento degli eventuali danni. L'inattuazione del disposto dell'art. 143 c.c. rilevarebbe esclusivamente in ipotesi di separazione o divorzio. In tal senso anche V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991, p. 117.

¹² È opinione di M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, cit., p. 52.

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.

Il marito, in qualità di capo della famiglia, era titolare della potestà maritale e la patria potestà; era dotato di *ius corrigendi* nei confronti dei figli *ex art. 319 c.c.* nonché, secondo dottrina e giurisprudenza, nei confronti della moglie, tale da giustificare - sebbene entro certi limiti - la violenza fisica¹³. Il codice del 1942 riproponeva, infatti, una concezione della famiglia come istituzione portatrice di interessi prevalenti e sovraordinati rispetto agli interessi individuali dei suoi componenti, propria delle codificazioni ottocentesche¹⁴. Di conseguenza, la necessità di salvaguardare l'interesse superiore della famiglia, rappresentato dall'esigenza di mantenere l'armonia, veniva ritenuta prevalente rispetto agli interessi del singolo e portava a negare a quest'ultimo qualsiasi azione risarcitoria verso il pregiudizio posto in essere dagli altri componenti¹⁵.

¹³ Dall'analisi delle pronunce giurisprudenziali emerge addirittura un diritto del marito di correggere la moglie, utilizzando anche mezzi violenti purchè moderati (così Cass. pen., 19 giugno 1939, in *Annuali dir. proc. pen.*, 1937). Successivamente ci si rese conto che neppure le esigenze dell'unità avrebbero potuto giustificare un potere di correzione tale da assoggettare la moglie ad atti ingiuriosi o violenti (Cass. 21 novembre 1958, in *Giur. it.*, 1959, II, c, p. 305).

¹⁴ Si rimanda a P. ZATTI, *Familia- familiae. Declinazione di un'idea I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, p. 28, il quale osserva come la famiglia, prima della riforma del 1975, è descritta come un microcosmo gerarchico che sacrifica all'unità gli interessi del singolo lasciando le prerogative di "diritto comune" fuori dalla soglia dell'universo familiare. Per altro verso, sottolinea come la disciplina dettata dal codice del 1942 sulla famiglia sia già vecchia nel momento in cui viene prevista poiché, risponde a principi e valori propri del periodo fascista, destinati a scontrarsi con i principi costituzionali, F. RUSCELLO, *I rapporti personali tra i coniugi*, Milano, 2000, p. 10; ma già prima ID., *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Il Codice civile* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1996, p. 10. Per V. POCAR, e R. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 1998, p. 27, il codice del 1942 delineava un modello familiare con i caratteri propri di un'istituzione: un'entità chiusa che può essere considerata in sé e per sé; un'entità ferma e permanente, volta soprattutto a realizzare finalità esterne e superiori.

¹⁵ A riguardo E. ZANETTI VITALI, *Il principio della giuridicità degli obblighi nascenti dai rapporti familiari*, in *Scritti in memoria di G. Cattaneo*, Milano, 2002, p. 2069, rileva come si arrivasse ad un paradosso per il quale lo *status* di familiare, lungi dal comportare un rafforzamento di tutela, determinava, invece, una limitazione della tutela aquiliana garantita ad ogni singolo in quanto tale o in quanto componente di una formazione sociale riconosciuta.

Sulla base dell'assunto per cui con il matrimonio i coniugi perderebbero alcuni diritti attinenti alla libertà e alla dignità per assumere la sola veste dello *status*, la tutela contro gli illeciti veniva esclusa finanche nelle ipotesi in cui ad essere violato era un diritto fondamentale¹⁶. Si giungeva, in questo modo, al paradosso per il quale, se a tenere una condotta lesiva dei diritti fondamentali era un estraneo, si ammetteva la configurabilità di un fatto illecito *ex art.* 2043 c.c., mentre se la stessa condotta era tenuta da un componente della famiglia, ciò non era fonte di obbligazioni risarcitorie¹⁷. Inoltre, il modo stesso di intendere la famiglia come chiusa in se stessa, impermeabile alle altre branche del diritto privato, espressione di interessi pubblicistici¹⁸ e di tipo patriarcale, permetteva di ritenere che

¹⁶ “I diritti di libertà *ex art.* 13 e 16 Cost. non possono ritenersi violati da limitazioni poste in relazione ad un particolare *status* della persona” (Corte Cost. 11 dicembre 1964, n. 107, in *Dir. fam. pers.*, 1975, p. 1534). Si veda anche Cass. marzo 1957 n. 1043, in *Stato civile italiano*, 1957, 333: “I diritti di libertà nei rapporti familiari si esercitano nel limite compatibile con i doveri imposti dallo stato di coniugio e dalle finalità del matrimonio”. Interessante a riguardo è anche un'altra pronuncia all'interno della quale si afferma la liceità del comportamento del marito volto a vigilare sulla condotta morale della moglie, sia direttamente, sia avvalendosi di terze persone, sia ricorrendo a strumenti atti a controllare le comunicazioni telefoniche: App. Milano, 17 luglio 1971, in *Monitore dei tribunali*, 72, 18.

¹⁷ A riguardo si veda F. GIARDINA, *Per un'indagine sulla responsabilità civile nella famiglia*, 1999, Pisa, p. 16: “[...] ciò che è illecito tra estranei non lo sia tra familiari, che dove chiunque è responsabile non lo sia il marito, la moglie, il padre, la madre o il figlio. In presenza dello stesso fatto, il legame familiare tra il colpevole e la vittima ne cancella l'illiceità, lo sottrae alla valutazione del diritto, lo nasconde agli occhi del giudice”.

¹⁸ Sulla natura del diritto di famiglia M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l'“altro” diritto: responsabilità civile, danno biologico e danno esistenziale*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 164, riconosce come in passato la famiglia e il suo diritto venissero considerati una sorta di zona franca più vicina al diritto penale o comunque al diritto pubblico, per la quale non avevano alcuna rilevanza i principi del diritto contrattuale e delle obbligazioni. Il diritto di famiglia andava, nel suo complesso, qualificato come diritto pubblico per A. CICU, *Il diritto di famiglia. (Parte generale)*, Roma, 1914, *passim*. In tal senso anche L. VASSALLI, *Diritto pubblico e diritto privato in materia matrimoniale*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1960, p. 195, il quale riteneva esistente un interesse familiare superindividuale e di stampo pubblicistico. Ancora M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, p. 4, ritiene che, nel codice del 1942, il modulo di riferimento per la famiglia fosse quello del potere e della soggezione, esattamente come nel diritto pubblico. La relazione coniugale non poteva mai essere messa in discussione sul presupposto che il matrimonio costituiva una realtà istituzionale trascendente la volontà e gli interessi dei singoli e non un loro affare privato.

le controversie e anche gli illeciti commessi tra i suoi componenti dovessero trovare soluzione unicamente al proprio interno¹⁹.

2. Le diverse tipologie di danno in famiglia: l'ostacolo del danno non patrimoniale.

La netta chiusura di cui s'è detto non riguardava il risarcimento di ogni tipologia di danno cagionato da un componente della famiglia. Nessuna ragione – se non di mera opportunità – varrebbe infatti a escludere il ristoro dei pregiudizi derivanti da un danneggiamento o dei danni alle cose anche se a cagionarli fosse un componente della famiglia²⁰, trattandosi di illeciti che solo occasionalmente vedono come danneggiante un familiare, ma che, astrattamente, anche un soggetto terzo potrebbe porre in essere, non influenzando la fattispecie la qualifica soggettiva del danneggiato e del danneggiante²¹.

¹⁹ L'atteggiamento refrattario non era rivolto solo a negare l'ingresso nella roccaforte del diritto di famiglia della disciplina della responsabilità civile, ma anche di quella dei contratti e delle obbligazioni. Sul rapporto tra il diritto di famiglia e il diritto delle obbligazioni si vedano le pagine di F. SANTORO PASSARELLI, *Poteri e responsabilità patrimoniale dei coniugi per i bisogni della famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1 ss. A riguardo anche M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l'“altro” diritto: responsabilità civile, danno biologico e danno esistenziale*, cit., p. 159, il quale rileva come, per molto tempo, gli accordi in materia di diritto di famiglia siano stati considerati estranei alla materia e alla logica contrattuale dal momento che con essi si perseguiva un interesse della famiglia diverso rispetto a quello delle parti e l'elemento patrimoniale, anche se presente, era subordinato a quello personale. Si veda G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999, p. 15, sull'esclusione della natura contrattuale degli accordi e delle convenzioni stipulate tra i coniugi in quanto riguardanti il rapporto coniugale e incidenti su interessi e diritti di natura squisitamente personale.

²⁰ In tal senso G.M. RICCIO, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Danno resp.*, 2006, p. 586. Per un'ampia casistica a riguardo, si veda P. CENDON e G. SEBASTIO, *La crisi dell'immunity rule nei torti in famiglia*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, III, 2004, Padova, p. 2751 ss., dove vengono indicati alcuni esempi, quali la moglie che viene derubata o truffata dal marito, bersaglio di appropriazioni indebite, vittima di distruzione di quadri, oppure ferita involontariamente dal marito.

²¹ Si pensi al soggetto che causa un incidente automobilistico nel quale restano coinvolti per sbaglio i figli e la moglie. In questo caso la fattispecie non è influenzata in alcun modo dal legame dei soggetti, perciò indubbio appare il risarcimento. In proposito, G. FERRANDO, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in *Persona e danno*, vol. III, a cura di P. CENDON, Milano, 2003, p. 2779, la quale considera come in tal senso deponga la stessa legge sull'assicurazione obbligatoria (L. n. 990/1964), nella parte in cui, all'art. 4, affermando che non

Le resistenze riguardavano invece, e tutt'ora hanno ad oggetto, quelle fattispecie per le quali presupposto anche fattuale dell'illecito è proprio la posizione di familiare del danneggiante e del danneggiato (c.d. illecito endo-familiare)²². Per quanto concerne questi ultimi si giungeva sino ad ammettere, superate alcune resistenze, la risarcibilità dei soli danni morali derivanti da reato²³ e, anche se non pacificamente, dei danni patrimoniali derivanti dalla violazione dei doveri familiari²⁴. L'immunità appariva, invece, insormontabile per i

sono considerati terzi, e perciò non hanno diritto ai benefici derivanti dal contratto di assicurazione limitatamente ai danni alle cose, il coniuge, i discendenti, gli ascendenti e gli altri parenti e affini conviventi con il conducente o a suo carico, implicitamente riconosce a questi soggetti piena tutela per i danni alla persona arrecati dal congiunto e, quanto ai danni alle cose, si limita ad escluderli dai benefici dell'assicurazione non da quelli della responsabilità civile. A riguardo si vedano anche M. DOGLIOTTI e A. FIGONE, *I rapporti familiari*, cit., p. 61 s., per i quali è necessario distinguere tra danni connessi alla qualità di familiare e quelli non connessi, per i quali sembra ammissibile senza ostacoli l'azione risarcitoria.

²² E' opportuno precisare che, quando ci si riferisce all'illecito endo-familiare, si vuole fare riferimento a quei fatti illeciti che presuppongono la posizione di familiare, in quanto implicano una violazione dei doveri familiari. Si parla invece di illecito eso-familiare nell'ipotesi in cui il danno sia stato posto in essere da un soggetto terzo, estraneo alla famiglia contro un componente della famiglia e per il quale la configurabilità dei rimedi *ex art.* 2043 c.c. appare meno problematica: all'interno di tale categoria rientra la fattispecie del danno da uccisione del familiare (così P. CENDON, *Dov'è che si sta meglio che in famiglia*, cit., p. 2721). Critica la portata applicativa di tale distinzione G. M. RICCIO, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, cit., p. 586.

²³ Basti pensare al fatto che in presenza del reato di adulterio si ammetteva la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni patrimoniali e, in osservanza all'interpretazione che si dava al tempo all'art. 2059 c.c., morali patiti. In tal senso: "Il coniuge colpevole d'adulterio ed il correo sono solidalmente tenuti verso l'altro coniuge al risarcimento dei danni materiali e morali. Rientrano tra i danni materiali risarcibili anche quelli dipendenti dall'aver dovuto assumere una prestatrice d'opera retribuita che, in luogo della moglie separata in seguito all'adulterio, accudisse ai figli e aiutasse il marito nella gestione della propria impresa" (Trib. Parma 4 febbraio 1948, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 688). Venuto meno il reato di adulterio, in seguito alle dichiarazioni di illegittimità dell'art. 559 c.p. da parte della Corte costituzionale (Corte Cost. 19 dicembre 1968, n. 126, in *Foro it.*, 1969, I, c., p. 4, e Corte Cost. 3 dicembre 1969, n. 147, in *Giur. cost.*, 1969, p. 2230) si iniziò invece a negare il risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti dall'infedeltà essendo venuto meno il presupposto del reato (così App. Napoli, 13 febbraio 1971, in *Dir. giur.*, 1971, p. 316).

²⁴ Così V. PILLA, *Gli obblighi coniugali e la responsabilità civile*, in *Persona e danno*, a cura di P. CENDON, Milano, 2004, vol. III, p. 2989. Favorevole al risarcimento dei danni patrimoniali determinati dal discredito che potrebbe derivare all'altro coniuge dalla violazione dei doveri di fedeltà è anche F. FINOCCHIARO, *Matrimonio*, in *Commentario del codice civile Scialoja- Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 1993, p. 259. In tal senso anche Cass. 19 giugno 1975, n. 2468, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce "Matrimonio", n. 288: "La violazione da parte di un coniuge dell'obbligo di fedeltà, a parte le conseguenze sui rapporti di natura personale, può anche costituire, in concorso di determinate circostanze, fonte di danno patrimoniale per l'altro coniuge per effetto del discredito

danni non patrimoniali intesi in senso lato, i quali, tuttavia, risultavano essere i più rilevanti e numerosi in quel contesto, per essere la famiglia il luogo per eccellenza all'interno del quale i soggetti sviluppano la loro personalità e coltivano i loro affetti. È anche vero, d'altra parte, che questo orientamento ha scontato – per lungo tempo - la consolidata interpretazione dell'inciso dell'art. 2059 c.c., che consentiva il ristoro dei danni non patrimoniali solamente nelle ipotesi in cui la legge lo avesse espressamente previsto, come avveniva in presenza di un reato *ex art. 185 c.p.*²⁵. Per questa ragione l'evoluzione della tutela risarcitoria in famiglia non poteva che risentire della più generale evoluzione dell'istituto della responsabilità civile.

3. La parallela evoluzione del sistema della responsabilità civile e del diritto di famiglia: il superamento dell'immunità.

L'evoluzione del diritto di famiglia e, soprattutto, il mutamento del costume sociale hanno giocato un ruolo di primaria importanza per il superamento della situazione di “immunità e di privilegio” di fatto esistenti nel contesto esaminato. La Carta costituzionale del 1948, ponendo la persona al vertice della gerarchia dei valori, ha costituito il punto di avvio per una nuova riflessione sugli istituti coinvolti. Sono state affermate la pari dignità morale e giuridica dei coniugi (art. 29, secondo comma, Cost.), la tutela e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali

derivantegli; trattandosi però di un danno non necessariamente conseguente alla subita infedeltà, né da essa desumibile come potenziale, ma solo possibile nel caso concreto, per una pronuncia di una condanna generica al risarcimento di esso non può ritenersi sufficiente la semplice dimostrazione dell'infedeltà medesima, occorrendo anche la prova delle circostanze che abbiano determinato, nel caso specifico, l'incidenza patrimoniale concreta, o quanto meno potenziale, di quell'illecito”. Ammette astrattamente la possibilità di condannare un coniuge al risarcimento dei danni patrimoniali, Trib. Roma, 17 settembre 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, p. 559: “La violazione dell'obbligo di fedeltà da parte di un coniuge costituisce fonte di responsabilità per danni a favore dell'altro solo se viene fornita la prova di circostanze tali che rendano la violazione potenzialmente atta a produrre al coniuge un danno patrimoniale”. *Contra* si veda Cass. 6 aprile 1993, n. 4108, cit.

²⁵ In tal senso M. GIORGIANNI, *Problemi attuali di diritto familiare*, cit., p. 795.

(art. 2 Cost.). E' venuta meno la struttura gerarchica e piramidale della famiglia, riscopertasi "formazione sociale" tutelata dall'ordinamento non più in quanto portatrice di presunti interessi superiori, ma in quanto idonea a consentire ai singoli componenti il migliore sviluppo della loro personalità²⁶.

Com'è noto, dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, la disciplina codicistica si è trovata in contrasto con l'ordinamento costituzionale della famiglia, rendendo necessari adeguamenti e riscritture ad opera di interventi demolitori della Corte costituzionale fino alla riforma del 1975²⁷.

In seguito, si è assistito ad un considerevole intervento legislativo in materia, che ha contribuito alla così detta "privatizzazione" del diritto di famiglia²⁸: la legge sul divorzio,

²⁶ A riguardo, F. RUSCELLO, *I rapporti personali tra coniugi*, cit., p. 33 e p. 48 ss., riconosce come, in seguito alla riforma, la famiglia non venga più tutelata in quanto portatrice di un presunto interesse superiore, ma solamente in quanto risponda a un giudizio di meritevolezza circa l'idoneità a consentire ai suoi componenti di sviluppare la loro personalità al suo interno. In tal senso, già prima, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Tomo II, 2006, p. 919 ss. In particolare ID., *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 39, sostiene che la persona si trovi all'apice della gerarchia dei valori costituzionali e che, pertanto, non si possa 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. La famiglia e la formazione sociale non andrebbero posti sullo stesso piano, perché la famiglia è solo uno strumento di realizzazione dell'individuo e non un bene rispetto al quale il singolo deve perdere la tutela dei propri diritti. Sulla funzionalizzazione della famiglia alla tutela del pieno svolgimento della persona dei componenti si veda F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 824. Secondo G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, p. 4, all'interno della famiglia emergono gli interessi del singolo su quelli del gruppo, ma l'esercizio dei diritti fondamentali dei diversi componenti, in una prospettiva solidaristica, deve trovare un temperamento o meglio un equilibrio tra le libertà.

²⁷ Ampliamente sul punto F. RUSCELLO, *Lineamenti di diritto di famiglia*, Milano, 2005, p. 7 ss.

²⁸ In tal senso v., per esempio, G. FERRANDO, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, cit., p. 2778, dove sottolinea come dal 1970, anno di introduzione della legge sul divorzio, prenda l'avvio il processo di privatizzazione del diritto di famiglia, scoloriscano gli interessi pubblicistici e sempre più vengano in primo piano gli interessi dei singoli componenti della famiglia. In considerazione di ciò la famiglia diviene luogo "amichevole" per i diritti, ostile ai privilegi e all'irresponsabilità (E. CARBONE, *Requiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006, pt. I, p. 701). Sulla privatizzazione del diritto di famiglia si rimanda, tra i più recenti, a G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam., pers., succ.*, 2007, p. 197 ss., e a P. ZATTI, *Introduzione*, in *Famiglia e matrimonio*, in *Trat. dir. fam.*, Milano, 2002, vol. I, tomo I, p. 19 ss.

quella sull'adozione e quella, più recente, sulla violenza domestica rappresentano chiari indici in tal senso. Quest'ultima, in particolare, introducendo, in ambito civilistico gli ordini di protezione familiare e, in ambito penalistico, la misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare, ha rappresentato un deciso mutamento di rotta circa il rilievo degli abusi domestici: non più considerati come fenomeni da lasciare sommersi, ma come soprusi da combattere con uno strumento efficace²⁹.

Alla luce della mutata gerarchia dei valori dell'ordinamento si è reso necessario un cambio di prospettiva, attraverso il quale i componenti della famiglia devono, innanzitutto, essere considerati persone e, come tali, titolari delle situazioni esistenziali che richiedono protezione anche all'interno delle mura domestiche, in quanto lo *status* di familiare non può comportare un affievolimento della tutela ma, semmai, un suo rafforzamento³⁰. In ragione del fatto che i diritti inviolabili vengono garantiti anche all'interno delle formazioni sociali, secondo il disposto dell'art. 2 Cost., si dovrebbe, quindi, dare ingresso al rimedio risarcitorio contro la violazione della

²⁹ Il legislatore ha così colmato una lacuna normativa in presenza della quale la vittima di abusi si trovava nell'alternativa di subire oppure di ricorrere a misure che non erano spesso proporzionate ed adeguate alle esigenze del caso concreto. Anche grazie a questa legge è mutata la considerazione che del fenomeno degli abusi familiari si aveva all'interno della società e le vittime, compreso che i comportamenti subiti non sono giustificabili, hanno iniziato a reagire.

³⁰ La famiglia, secondo G. FERRANDO, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, cit., p. 2779, è il luogo dove si promuovono e si tutelano i diritti delle persone e non l'istituzione che ne giustifica il sacrificio in nome dell'unità e di un presunto interesse superiore. Sull'esigenza di apprestare una protezione più intensa del singolo familiare a scapito delle ragioni della famiglia in sé considerata si veda M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 370. Si veda anche ID., *Verso nuovi sviluppi del principio di uguaglianza tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, pt. II, p. 385. Sul tema, A. CATAUDELLA, voce "*Riservatezza (diritto alla). I) Diritto civile*", in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 5, afferma come la riservatezza permanga anche nell'ambito della comunità familiare e anche con riguardo all'altro coniuge. Sulla riservatezza tra coniugi si rimanda anche a F. RUSCELLO, *Riservatezza e doveri coniugali*, in *Famiglia*, 2001, p. 999 ss., e E. LECCESE, *La lesione della riservatezza tra coniugi*, in *Persona e danno*, a cura di P. CENDON, vol. III, Milano, 2004, p. 2877. Sul rapporto tra *status* familiare ed esercizio dei diritti fondamentali si veda A. GALOPPINI, *Status coniugale e diritti fondamentali*, in *Dir. fam. pers.*, 1975, p. 1534 ss., per il quale nel giudizio di compatibilità a prevalere sono sicuramente le libertà fondamentali dotate di garanzia costituzionale, indisponibili e inderogabili ad ogni livello. Eventuali limiti possono loro derivare solo dalla costituzione e non dalla volontà del coniuge o da una sentenza.

dignità, della riservatezza, della libertà religiosa, di pensiero e di tutte le altre situazioni esistenziali, anche ove posta in essere da un componente della famiglia³¹.

Nel quadro così delineato, la famiglia non è più luogo di mortificazione dei diritti del singolo, ma luogo privilegiato dove poter esercitare tali diritti: l'ingresso della responsabilità civile in tale contesto potrebbe allora contribuire a rafforzare il principio di eguaglianza tra i membri della compagine familiare, enucleabile dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost.³².

Altrettanto importante per il riconoscimento della tutela risarcitoria nel *consortium* familiare, considerando che tale tipologia di illeciti viene ricondotta tradizionalmente nell'alveo della responsabilità aquiliana, è stata l'evoluzione della responsabilità civile extracontrattuale e il superamento dei limiti di tutela propri di tale rimedio: in particolare sotto il profilo dell'evoluzione della nozione di ingiustizia del danno e della categoria del danno non patrimoniale.

Com'è noto, ai fini della sussistenza dell'ingiustizia del danno, si riteneva, tradizionalmente, necessaria la lesione di un diritto soggettivo assoluto, protetto *erga omnes*, benchè dal dato normativo non potesse essere tratta alcuna indicazione in tal senso.

Sulla base di questo assunto, i diritti derivanti dal matrimonio, pur ammettendo la loro giuridicità, sarebbero comunque rientrati nella categoria dei diritti relativi; pertanto, la loro violazione non avrebbe potuto in alcun modo integrare un danno ingiusto. Solamente a seguito di una profonda riflessione dottrinale, si è giunti a riconoscere che potesse essere fonte di illecito aquiliano anche la violazione di «

³¹ Per un'analisi casistica delle singole ipotesi di lesioni di diritti fondamentali che si possono verificare in famiglia si vedano: C. RIMINI, *La violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità della famiglia?*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 11 s.

³² A riguardo M. DOGLIOTTI, *La responsabilità civile entra nel diritto di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2002 p. 68 s., rileva come sia condivisibile l'ingresso della responsabilità civile in famiglia, in quanto potrebbe segnare una nuova prospettiva dei ruoli stessi dei componenti della famiglia, non più come soggetti titolari di posizioni di privilegio, di supremazia, o di soggezione, ma finalmente liberi e uguali e compiutamente responsabili gli uni verso gli altri e verso i terzi.

diritti relativi » ad opera di soggetti diversi dal debitore, che avessero determinato l'impossibilità di adempiere³³.

Questa importante tappa è il frutto di un'elaborazione costante dell'interpretazione della norma di cui all'art. 2043 c.c., che ha condotto all'intervento a sezioni Unite della Cassazione, le quali hanno posto fine al contrasto giurisprudenziale con il riconoscere che l'ingiustizia del danno possa conseguire alla mera violazione di interessi meritevoli di tutela e protetti da una norma dell'ordinamento³⁴. Questo allargamento dell'area dell'ingiustizia ha implicato, di conseguenza, un ampliamento degli illeciti risarcibili.

La configurabilità dell'illecito endo-familiare è stata favorita anche dalla profonda evoluzione concettuale in ordine alla risarcibilità del danno non patrimoniale.

In seguito all'emanazione del Codice Civile del 1942, i danni non patrimoniali, com'è noto, venivano ricondotti nell'alveo dell'art. 2059 c.c., che affermava, e tutt'ora afferma, che il risarcimento è possibile solamente nei casi previsti dalla legge. L'inciso veniva interpretato nel senso che la tutela aquiliana, di fronte ad un pregiudizio non patrimoniale, fosse concessa solo laddove la legge lo prevedeva espressamente.

Tale limite rappresentava un impedimento insormontabile alla risarcibilità dei danni realizzatisi nell'ambiente domestico, la maggior parte dei quali si qualifica come non patrimoniale e per i quali la

³³ In tal senso fondamentali sono state Cass. Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, pt. I, c. 342, e Cass. Sez. Un., 24 giugno 1972, n. 2135, in *Foro it.*, 1973, pt. I, c. 99, e, in dottrina, l'intervento di F.D. BUSNELLI, *La lesione del diritto di credito da parte di terzi*, Milano, 1964, che osservava, in estrema sintesi, il creditore sia titolare di un diritto relativo in quanto può pretendere l'adempimento dell'obbligazione solamente dal debitore. Oltre a tale profilo, che potremmo chiamare interno, vi sarebbe pure un profilo esterno del diritto di credito, in quanto i terzi non devono interferire nel rapporto obbligatorio impedendo, l'adempimento dell'obbligazione: in questo caso, infatti, il terzo porrebbe in essere un illecito aquiliano per lesione di un diritto di credito violando il dovere generico di non turbare.

³⁴ Cass. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Danno resp.* 1999, p. 965. In particolare si veda il commento che della sentenza viene fatto da M. FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*, in *Contr. Impr.*, 1999, p. 1025. Sull'ingiustizia del danno si rimanda, per tutti, a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 79 ss.

legge non prevede espressamente la risarcibilità³⁵. Per questa ragione, i pregiudizi familiari venivano risarciti soltanto allorché risultassero integrati gli estremi di rilevanza penale della fattispecie, oppure, non senza ostacoli, qualora il danno fosse qualificato patrimoniale.

L'eccessiva limitatezza della tutela è stata dapprima rilevata dalla dottrina e, più tardi, dalla Corte Costituzionale la quale, con una sentenza interpretativa, ha ricondotto ogni tipologia di danno non patrimoniale, ad eccezione del danno morale soggettivo (*c.d. pretium doloris*), rimasto ancorato ai limiti dell'art. 2059 c.c., nell'alveo della clausola generale dell'art. 2043 c.c.³⁶.

Svincolata la valutazione dell'ingiustizia da limiti che non fossero il solo necessario bilanciamento di interessi, si finiva per dare ingresso a nuove figure di danno e ad un corrispondente incremento dei danni risarcibili³⁷.

³⁵ Le ipotesi espressamente disciplinate erano, per esempio, quelle di reato *ex art.* 185 c.p., di irragionevole durata del processo, secondo la legge Pinto, di illegittimo trattamento dei dati personali secondo quanto stabilito dalla legge n. 675/96 all'art. 29, comma 9.

³⁶ Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce "Danni civili", n. 172. Con tale pronuncia la Corte, chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., nella parte in cui prevede che il danno non patrimoniale possa venir risarcito solamente nei casi previsti dalla legge, ha rigettato la questione di legittimità prevedendo una diversa interpretazione da dare alla disposizione normativa. La Corte ha limitato l'ambito di operatività dell'art. 2059 c.c. ai danni morali soggettivi, mentre il danno biologico, da intendersi come lesione dell'integrità psicofisica a prescindere dalle sue ricadute patrimoniali, espressione dell'art. 32 cost., è stato ricondotto nell'ambito della clausola generale dell'art. 2043 c.c., la quale non richiederebbe necessariamente la patrimonialità del danno. Con questa pronuncia, la Corte ha affermato la risarcibilità del danno biologico inteso come danno-evento, dove risarcibile è la violazione della salute, indipendentemente dalle conseguenze che si sono verificate. Il danno non patrimoniale, inteso come danno morale soggettivo, e il danno patrimoniale vengono invece qualificati danni-conseguenza. Prima di tale pronuncia, non si riteneva risarcibile il danno alla persona in quanto non traducibile in termini monetari: la lesione all'integrità psicofisica era risarcibile solo se vi era un'incidenza sulla capacità di produrre reddito. Prima ancora della sentenza della Corte delle leggi, il danno biologico era stato già affermato in una pronuncia di merito, nella quale leggendo l'art. 2043 c.c. alla luce dell'art. 32 Cost. si era affermata la risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale consistente nel danno biologico (così Tribunale di Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, pt. I, c. 54).

³⁷ Partendo dal ragionamento fatto dalla Corte costituzionale nel 1986 secondo il quale l'art. 2043 c.c., posto in correlazione con i valori della Carta costituzionale, sarebbe idoneo a compensare il sacrificio che gli stessi valori subiscono a causa dell'illecito e andrebbe, pertanto, esteso fino a comprendere il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni

Quanto, poi, accadde nel 2003 è noto: con le sentenze gemelle della Corte di Cassazione e la sentenza interpretativa della Corte Costituzionale³⁸ si è cercato di porre un limite all'esponenziale e, forse, illimitato moltiplicarsi delle diverse ipotesi di danno risarcibili. Il danno non patrimoniale è stato ricondotto interamente nell'alveo dell'art. 2059 c.c., grazie ad un'interpretazione per cui i "casi previsti dalla legge" in cui è ammissibile il risarcimento, sarebbero riconducibili anche alla clausola generale dell'art. 2 Cost., sistema fondato sul valore della persona, giungendo fino a riconoscere il risarcimento dei danni non patrimoniali anche in mancanza di fattispecie di reato, purché si realizzi la compromissione di diritti fondamentali della persona³⁹.

L'allargamento dell'area del danno risarcibile, e la sempre maggiore attenzione al valore intrinseco e fondante della persona all'interno dell'assetto costituzionale e dell'ordinamento giuridico, non potevano non avere ripercussioni sulla tradizionale e consolidata

che ostacolano le attività realizzatrici della persona umana, viene coniato il danno esistenziale dalla scuola triestina.

³⁸ Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 e Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, in *Danno resp.*, 2003, p. 816, e Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1028.

³⁹ Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 e Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, cit., p. 816, e Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, cit., p. 1028. All'interno delle pronunce si afferma come, in un ordinamento dove assume posizione preminente la Costituzione, che all'art. 2 garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, il danno non patrimoniale debba essere inteso come categoria ampia e comprensiva di tutte quelle ipotesi in cui a venir leso sia un valore inerente alla persona; non più quindi solamente come danno morale soggettivo. Per un'attenta analisi delle sentenze del 2003 si vedano: F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2003, p. 826; G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, in *Danno resp.*, 2003, p. 829; P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: un'interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 781 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, in *Danno resp.*, 2003, p. 831, che manifesta seri dubbi su quanto affermato nelle sentenze del 2003, che creerebbero una nuova clausola generale nell'art. 2059 c.c., subordinando però sempre il risarcimento ai presupposti richiesti dal 2043 c.c. L'A. si interroga sul senso della diversa interpretazione e auspica un ritorno ad un sistema in cui tutti i danni tranne il danno morale soggettivo si tutelino ex art. 2043 c.c. che si limita a parlare di danni ingiusti e non di danni patrimoniali. In questo modo, l'art. 2059 c.c. potrebbe recuperare la sua funzione afflittiva di danno punitivo nei casi di reato così come sancito dagli artt. 133 e 133-bis c.p. Per un'analisi approfondita sui diritti della personalità si rimanda a D. MESSINETTI, voce "*Personalità (diritti della)*", in *Enc. dir.*, Milano, 1983, vol. XXXIII, p. 355 ss.

immunità all'interno della comunità familiare⁴⁰, proprio per il fatto che l'ambito in questione si caratterizzerebbe come una delle zone privilegiate in cui si realizzano le situazioni fondamentali dell'individuo e in cui si potrebbe concretizzare il c.d. danno esistenziale, pregiudizio che si riferisce alle c.d. attività realizzatrici della persona⁴¹.

⁴⁰ Per E. CARBONE, *La giuridificazione delle relazioni domestiche e i suoi riflessi aquiliani*, in *Famiglia*, 2006, p. 84, l'istituto risarcitorio è lo strumento in grado di "giuridificare" gli interessi di natura personale e di giuridicizzare i rapporti domestici.

⁴¹ In tal senso P. CENDON, *Dov'è che si sta meglio che in famiglia?*, cit., p. 2753. Una delle prime pronunce della Corte di Cassazione che ha riconosciuto l'esistenza del danno esistenziale riguardava proprio un pregiudizio cagionato da un padre assente al figlio (Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Fam. dir.* 2000, p. 159). Sul danno esistenziale all'interno della famiglia ampiamente R. BOTTA e G. GIOVETTI, *Diritto di famiglia*, in *La colpa nella responsabilità civile*, a cura di P. CENDON, vol. II, Torino, 2006, p. 96 ss. Sull'orientamento successivo, che ha cercato di porre un freno all'eccessivo ampliarsi del fenomeno, si veda Cass., 15 luglio 2005, n. 15022, in *Resp. civ.*, 2006, p. 86: "La figura del danno esistenziale, per la sua genericità non rientrerebbe nel novero dei danni non patrimoniali contemplati dall'art. 2059 c.c., a differenza del danno da perdita del rapporto parentale, derivante da lesione di valori della persona umana costituzionalmente garantiti". Per la Corte non si può fare riferimento ad una generica categoria di danno esistenziale con riferimento all'art. 2059 c.c., perché in questo modo si porterebbe anche il 2059 c.c. nell'atipicità. Il danno esistenziale ha invece trovato riconoscimento nella sentenza, in tema di danni da demansionamento, Cass. Sez. Un., 2 febbraio-24 marzo 2006, n. 6572, in *Dir. giust.*, 2006, n. 17, p. 12. Le Sezioni Unite hanno affermato come tale categoria di danno non si identifichi con la semplice lesione dell'interesse protetto, ma sia costituito dalle conseguenze sfavorevoli di ordine relazionale alla lesione, pertanto, non è in *re ipsa*, ma va allegato e provato. Si veda anche Cass. 12 giugno 2006, n. 13546 in *Resp. civ.*, 2007, p. 220: "Il danno non patrimoniale costituisce categoria ampia e comprensiva di ogni ipotesi in cui risulti lesa un valore inerente alla persona. Lo stesso comprende anche molteplici rilevanti situazioni soggettive negative di carattere psico-fisico non riconducibili né al danno morale soggettivo, né al danno biologico, racchiuse nella sintesi verbale "danno esistenziale". Esso non consiste in meri dolori e sofferenze, ma deve aver determinato concreti cambiamenti in senso peggiorativo della qualità della vita della vittima. In considerazione della tipicità della risarcibilità del danno non patrimoniale *ex art.* 2059 c.c. il danno esistenziale richiede la lesione di diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica" e "Il danno esistenziale è un danno conseguenza che scaturisce dal danno evento e come tale deve essere allegato e provato da chi vi abbia interesse, senza che sia precluso il ricorso a valutazioni presuntive o prognostiche". Diversamente, Cass. 9 novembre 2006, n. 23918, in *Danno resp.*, 2007, p. 310: "Ai fini dell'art. 2059 c.c. non può farsi riferimento ad una generica categoria di "danno esistenziale", poiché attraverso questa via si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione dell'apparente figura categoriale del danno esistenziale". In tal senso anche Cass. 27 marzo- 20 aprile 2007, n. 9510, in *Guida al dir.*, 2007, n. 19, p. 44: "Non forma oggetto di tutela una generica categoria di danno esistenziale nella quale far confluire fattispecie non previste dall'art. 2059 c.c. e non ricavabili dall'interpretazione costituzionale, ma il danno non patrimoniale deve essere risarcito, oltre che nei casi previsti dalla legge ordinaria, anche nei casi di lesione di valori della

In questo contesto di sostanziale estensione e accoglimento della figura del nuovo danno non patrimoniale, non mancano voci contrarie alla tutela risarcitoria all'interno della famiglia: alcuni sostengono – sulla base dell'art. 29, secondo comma, Cost. - che l'esigenza di salvaguardare l'unità della stessa consentirebbe limiti all'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi⁴²; in quest'ottica la possibilità di convenire in giudizio un familiare per il ristoro dei pregiudizi da questi cagionati dovrebbe venir esclusa al fine di preservare l'unità.

La soluzione non convince, poiché non si comprende come l'unità della famiglia possa essere salvaguardata e difesa permettendo l'impunità degli illeciti commessi al suo interno e determinando una sostanziale negazione di pregiudizi che chiedono tutela⁴³. Non è, infatti, l'agire in giudizio contro un familiare a determinare la crisi del rapporto, essendo questa già insita nei comportamenti contro i quali si reagisce: l'ambiente domestico non è un luogo pacifico e tranquillo che può venir turbato e scosso dall'azione risarcitoria, ma un luogo dove, purtroppo, il disordine troppo spesso esiste, ed è solo ben celato.

persona umana costituzionalmente protetti, quali la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero”.

Gli antiesistenzialisti, invece, ritengono tale categoria di danno superflua e inopportuna in quanto duplicato del danno non patrimoniale: G. PONZANELLI, *Tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno resp.*, 2004, p. 5. Per l'analisi del tema si rimanda a AA.VV. *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003, a cura di G. PONZANELLI *passim*; ID., *La lettura costituzionale dell'art. 2059 c.c. esclude il danno esistenziale*, in *Danno resp.*, 2007, p. 316.

⁴² Per M. BESSONE e E. ROPPO, *Sul valore costituzionale del principio di unità della famiglia*, in *Giur. it.*, 1975, pt. IV, c., 20 s., il principio di unità della famiglia costituisce, nel quadro della disciplina costituzionale dei rapporti di famiglia, un valore privilegiato che permette di derogare al fondamentale principio di uguaglianza. Tale atteggiamento viene ampiamente criticato da P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato*, III, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1982, p. 15.

⁴³ Sul tema F. RUSCELLO, *I rapporti personali tra i coniugi*, cit., p. 57 ss., sottolinea come l'unità della famiglia e l'uguaglianza tra i coniugi non siano in realtà in contrasto dal momento che non si può avere unità senza uguaglianza, né uguaglianza senza unità. Concorde sul fatto che l'unità della famiglia non possa essere invocata per impedire le azioni risarcitorie verso l'altro coniuge è A. FRACCON, *I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 371: l'unità della famiglia, infatti, limiterebbe i diritti soggettivi dei singoli solamente nei casi espressamente previsti dalla legge.

L'atteggiamento, che nasconde una certa riluttanza ad ammettere intromissioni dell'ordinamento all'interno della comunità familiare⁴⁴, non sembra del tutto condivisibile, dal momento che, nelle ipotesi delineate, l'intervento dell'ordinamento può talora servire a tutelare il danneggiato⁴⁵.

Ove si percorresse la via dell'"immunità", la famiglia finirebbe per divenire una sorta di zona franca dal diritto, della quale si gioverebbe unicamente il soggetto agente e non il danneggiato, lasciato privo di tutela. Si tornerebbe così a quell'approccio, ormai superato, che vuole la famiglia come luogo affrancato dalle logiche privatistiche e dagli strumenti di protezione offerti⁴⁶.

È certamente vero che i rapporti familiari necessitano di una garanzia contro un'eccessiva e indiscriminata ingerenza statale; è altrettanto vero, però, che è necessario tutelare i singoli componenti soprattutto in considerazione della loro debolezza.

Per tali ragioni va accolto positivamente l'ingresso dell'"altro" diritto nella cittadella del diritto di famiglia⁴⁷, benché il rimedio risarcitorio

⁴⁴ Di questa opinione è P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, p. 1 s., per il quale la famiglia è una realtà che precede il diritto e che il diritto deve rispettare. Non deve essere penetrabile ai controlli sulla vita e sull'ordine interno. L'ostilità all'interferenza dello Stato nella famiglia, isola che il diritto può solamente lambire, è manifestata dallo stesso Autore in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, II, (1967-87), Padova, 1988, p. 357 ss.

⁴⁵ In tal senso P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 923, sottolinea come l'intervento dello stato nella famiglia non debba suscitare perplessità dal momento che è guidato dalla necessità di garantire il rispetto del valore persona all'interno della stessa. Neppure i rapporti familiari possono essere sottratti ad un giudizio di meritevolezza mediante il confronto con i valori del sistema vigente.

⁴⁶ In tal senso P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 927. Così S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 76, ritiene che negare la possibilità di agire in sede aquiliana per lo stesso fatto che rileva come indice dell'intollerabilità della convivenza per la separazione personale o per il divorzio, significherebbe trasformare le disposizioni relative alla separazione e al divorzio in norme di favore per il coniuge responsabile; lo stesso discorso varrebbe anche per i rimedi nel rapporto di filiazione.

⁴⁷ Così M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, cit., p. 170. Rileva come la famiglia non sia un fenomeno isolato, lontano rispetto al generale ordinamento sociale e chiuso all'ingresso della regola giuridica C.M. BIANCA, *I rapporti personali nella famiglia e gli obblighi di contribuzione*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985*, Padova, 1986, p. 75. Ancora, per A.G. DANOVI, *Il dovere di informazione tra i coniugi e le conseguenze della sua violazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 1188, la famiglia non può considerarsi avulsa dai principi generali del diritto civile. In tal senso

intervenga a danno ormai cagionato e non abbia funzione preventiva, ma solo di tutela secondaria, eccezion fatta per quel minimo di coazione indiretta che può esercitare sul potenziale autore, il quale sarebbe indotto ad evitare certi comportamenti temendo di essere in seguito chiamato a rispondere delle conseguenze⁴⁸.

4. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno. Cenni.

Per quanto riguarda il profilo specifico del rapporto coniugale, si osserva come le recriminazioni, per ragioni di opportunità, non vengano sollevate durante la vita del rapporto, ma, eventualmente, solo in seguito alla richiesta di separazione o divorzio.

Ancora oggi, in questa direzione, da alcune voci dottrinali si ritiene che la tutela risarcitoria debba essere negata sul presupposto che la disciplina rimediabile del diritto di famiglia sia l'unica applicabile in tali circostanze, in virtù del principio menzionato della *lex specialis*⁴⁹.

Tale convinzione, che ripropone una visione della famiglia chiusa all'ingresso del diritto privato, è oggetto di forti critiche⁵⁰: non

anche P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, cit., p. 605. Accolgono positivamente l'ingresso della responsabilità civile in famiglia, A. FUSARO, *Responsabilità aquiliana nei rapporti tra coniugi e tutela delle personalità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pt. I, p. 298; C. FUCCI, *Se il tradimento possa fondare la pretesa risarcitoria di un coniuge nei confronti dell'altro*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 541. *Contra* L. BOZZI, *Scene dopo un matrimonio: violazione dell'obbligo di fedeltà e pretese risarcitorie*, in *Danno resp.*, 2003, p. 1134 ss. e p. 1138, nega che alla violazione degli obblighi coniugali possa applicarsi la disciplina dell'art. 2043 c.c., in quanto in detta situazione non sarebbero presenti gli elementi costitutivi richiesti, in particolare quello dell'ingiustizia. Inoltre, secondo l'A., la natura sanzionatoria del risarcimento ex art. 2059 c.c. porterebbe a dubitare della sua applicabilità in caso di comportamento dannoso posto in essere dal coniuge.

⁴⁸ M. BOTTON, *Quale e quanto danno nella famiglia?*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 548, a proposito rileva anche come il rimedio in questione, oltre a non essere preventivo rispetto al danno, può essere solo limitatamente riparatorio dello stesso dal momento che certi dolori non sono giuridici e soprattutto non hanno prezzo (*rectius* non sono risarcibili).

⁴⁹ Questa è l'opinione di A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, in *Fam. dir.*, 1997, p. 466.

⁵⁰ In tal senso G. VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia*, diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, Torino, 1997, p. 319, per il quale il rimedio *latu sensu* sanzionatorio della separazione con addebito non sembrerebbe una reazione esaustiva, tale da far pensare ad un sistema speciale in sé compiuto, soprattutto dal momento che la sanzione dell'addebito è eventuale e la perdita

si comprende, infatti, per quale ragione si debba negare il cumulo di rimedi in questo settore dell'ordinamento, quando in altri è perfettamente ammissibile (si pensi, ad esempio, alle immissioni eccedenti la normale tollerabilità *ex art. 844 c.c.* avverso le quali è possibile ottenere non solo l'inibitoria per evitare che il comportamento sia reiterato in futuro, ma anche il risarcimento per i pregiudizi subiti)⁵¹.

Lo stesso discorso, ancora ad esempio, vale per il possessore spogliato del possesso e per la vittima di atti emulativi.

Questa obiezione potrebbe venir superata considerando che, da un lato l'art. 2043 c.c. costituisce clausola generale, rimedio da utilizzare tutte le volte in cui ne sussistano i presupposti, anche qualora il legislatore non l'abbia espressamente previsto⁵²; dall'altro, che il diritto di famiglia non è dotato una disciplina rimediale esaustiva, ma settoriale ed eventuale⁵³. Inoltre, gli strumenti propri di questa branca

dell'assegno di mantenimento colpisce unicamente il coniuge che ne sarebbe stato titolare e non quello che deve corrisponderlo. Inoltre la perdita dei diritti successorii costituisce una sanzione in via solamente temporanea dal momento che il divorzio, che molto spesso segue alla separazione, determina comunque per il coniuge l'uscita dal rango dei successori necessari.

⁵¹ Per un'analisi casistica delle ipotesi in cui si ritiene possibile il cumulo tra rimedi privatistici si vedano P. CENDON e G. SEBASTIO, *La crisi dell'immunity rule nei torti in famiglia*, cit., p. 2745 ss. Per quanto riguarda il rapporto tra l'azione inibitoria e il risarcimento del danno sarebbero necessarie alcune precisazioni, per le quali si rimanda a A. FRIGNANI, voce "Inibitoria (azione)", in *Enc. dir.*, Milano, 1971, vol. XXI, p. 559 ss.

⁵² Critica la tendenza a negare il risarcimento in famiglia in base all'assenza di una norma che espressamente preveda tale possibilità S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 26 ss., e, in particolare, p. 28. L'A. ritiene che rappresenti un grave errore metodologico il ritenere che l'eventuale mancanza di una norma specifica con riferimento ad un determinato conflitto tra familiari renda irrilevante il fatto per l'ordinamento. Piuttosto, compreso come la famiglia non sia un luogo chiuso all'esterno, in assenza di una regola specifica bisognerebbe ritenere applicabile la disciplina generale.

⁵³ Sussistono numerose zone d'ombra in cui non vi sono rimedi con i quali reagire contro le violazioni dei doveri coniugali o familiari che siano. Innanzitutto non ogni violazione dei doveri coniugali porta ad una pronuncia di addebito, essendo invece, ai fini dell'applicazione di detto rimedio, necessari determinati presupposti: si tratta, pertanto, di un rimedio eccezionale. Secondo la giurisprudenza prevalente, per la pronuncia di addebito è necessario che sussista un nesso causale tra la violazione dei doveri coniugali da parte di un coniuge e l'intollerabilità della convivenza. In tal senso Cass. 27 giugno 2006, n. 14840, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce "Separazione di coniugi", n. 129; si vedano anche Cass. 10 marzo 2005, n. 5283, in *Fam. dir.*, 2005, p. 387 e Cass. Sez. Un., 4 dicembre, 2001, n. 15279, in *Fam. dir.*, 2002, p. 11. Criticamente sul punto F. RUSCELLO, *Funzione dell'addebito e presunto nesso di causalità tra intollerabilità della convivenza e violazione dei doveri coniugali*, in *Vita Notarile*, 2006, p. 591 ss.

del diritto non sarebbero da soli in grado di riparare i pregiudizi già arrecati, dal momento che diversa è la loro funzione.

Pertanto, l'azione risarcitoria dovrebbe poter trovare applicazione nel contesto familiare in via cumulativa o indipendentemente dai rimedi giusfamiliari⁵⁴.

Anche l'argomento che faceva leva sulla presunta non giuridicità dei doveri familiari appare ormai superato⁵⁵, per il fatto che

L'A rileva come in questo modo l'addebito verrebbe visto come una sorta di sanzione a carico del coniuge che ha violato i doveri coniugali. L'addebito, invece, è un rimedio applicabile nell'ipotesi in cui il coniuge, tenendo comportamenti lesivi dei doveri coniugali, determini il venire meno la comunione di vita morale e materiale. Una volta deteriorata la comunione di vita non sarebbe più giustificato il permanere nei confronti di quest'ultimo di una solidarietà coniugale.

⁵⁴ Tra le prime pronunce ad ammettere astrattamente il cumulo dei rimedi, si rinvia a Cass., 26 maggio 1995, n. 5866, in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 87: "L'addebito della separazione non rientra, per sé considerato nel catalogo dei criteri di imputazione della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., determinando, nel concorso delle altre circostanze specificatamente previste dalla legge, solo il diritto del coniuge incolpevole al mantenimento e potendosi, quindi, configurare la risarcibilità degli ulteriori danni solo se i fatti che danno luogo alla dichiarazione di addebito integrino gli estremi dell'illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità espressa nella norma ora citata". Sulla diversa funzione tra i rimedi si rimanda a P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, cit., p. 618 ss.; P. VIRGADAMO, *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1901 ss.

⁵⁵ In dottrina, C.M. BIANCA, *Diritto civile 2*, Milano, 2005, 4 ed., p. 69, ritiene che, anche se l'adempimento dei doveri coniugali è largamente lasciato allo spontaneo atteggiarsi del rapporto coniugale, comunque si tratti di obblighi giuridici; v. anche F.D. BUSNELLI, *Il dovere di fedeltà coniugale*, in *Giur. it.*, 1975, pt. IV, p. 129 ss.; così pure A. FRACCON, *I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, cit., p. 382. In giurisprudenza in tal senso, Trib. Milano, 10 febbraio 1999, in *Fam dir.*, 2001, p. 185. I doveri familiari non costituirebbero solamente direttive morali di particolare valore sociale, ma sarebbero da considerarsi in *primis* quali vere e proprie "regole di condotta imperative" (così Cass. 9 giugno 2000, n. 7859 in *Rep. Foro it.*, 2001, voce "*Separazione di coniugi*", n. 49); così anche Cass., 29 novembre 1983, n. 7163, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce "*Separazione di coniugi*", n. 49.

Anche se tale considerazione non è accettata da tutti: taluni sottolineano, infatti, come si stia verificando un processo di tendenziale degiuridificazione dei doveri matrimoniali di carattere personale con una progressiva perdita di rilevanza delle conseguenze giuridiche per l'inosservanza di tali doveri. Venuta meno la separazione per colpa con la riforma del diritto di famiglia e introdotto l'addebito, rimedio che come abbiamo visto è eccezionale, sarebbero venute meno le sanzioni previste dal diritto di famiglia per l'inosservanza degli obblighi: così G. FACCI, *Il danno aquiliano da adulterio*, in *Resp. civ.*, 2004, p. 54. A riguardo E. ROPPO, voce "*Coniugi. 1) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*", in *Enc. giur.*, Roma, 1988, vol. VIII, p. 2, sottolinea la tendenza alla degiuridificazione del rapporto coniugale. Segni di tale processo sarebbero da un lato la progressiva scomparsa degli strumenti sanzionatori utilizzabili in caso di violazione dei doveri in particolare della sanzione generale della separazione per

si è riconosciuto come per l'ordinamento non sia irrilevante la violazione di tali situazioni soggettive, dal momento che sono previste conseguenze in caso di lesione⁵⁶.

La giuridicità dei diritti e degli obblighi nascenti dal matrimonio si afferma, innanzitutto, a partire dalla formulazione letterale degli art. 143 c.c. e ss., all'interno dei quali si utilizzano le espressioni letterali "obblighi", "doveri" e "diritti", e dell'art. 160 c.c. che sancisce l'inderogabilità di tali situazioni soggettive. In tal senso, gioca anche il dettato dell'art. 29 Cost. che, affermando l'uguaglianza morale e "giuridica" dei coniugi, attesterebbe proprio la giuridicità del rapporto matrimoniale⁵⁷.

Non ultimo, è il matrimonio stesso ad essere qualificato atto giuridico, atto produttivo di conseguenze sul piano del diritto, quale fonte di diritti e obblighi di natura personale e patrimoniale, anche di tipo postconiugale⁵⁸.

A partire dagli ultimi anni del secolo scorso alcuni giudici di merito, pur timidamente, hanno iniziato a sostenere la possibilità di applicare la tutela aquiliana tra coniugi, in presenza dei requisiti dell'illecito risarcibile⁵⁹, ma solo nel 2005 la Suprema Corte si è

colpa e dall'altro il fatto che ci sia stato un tentativo di innovazione letterale anche nel testo del progetto unificato di riforma per sostituire il termine obblighi coniugali con quello di impegni coniugali.

⁵⁶ Basti pensare all'addebito nella separazione, alla decadenza della potestà, ai provvedimenti dell'art. 333 c.c., all'istituto dell'allontanamento dalla casa familiare dell'art. 146 c.c. e al reato di violazione dell'obbligo di assistenza familiare di cui all'art. 570 c.p.

⁵⁷ In tal senso, fra i più recenti, R. OMODEI-SALÈ, *La responsabilità del coniuge per il rifiuto di intrattenere rapporti sessuali col proprio partner*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 827.

⁵⁸ Così si è espresso V. PILLA, *Separazione e divorzio. I profili di responsabilità*, Padova, 2007, p. 263. Sulla giuridicità dei doveri familiari v., in particolare, sebbene con specifico riferimento al dovere di rispetto dei figli, F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, spec. p. 126 ss.; nonché, più in generale, ID., *Lineamenti di diritto di famiglia*, p. 106 ss.

⁵⁹ Tra le più interessanti e note: "I danni derivanti dalla violazione dei doveri coniugali sono risarcibili, non sussistendo, a riguardo, deroga alcuna alla clausola generale della responsabilità di cui all'art. 2043 c.c.: difatti ai doveri che derivano dal matrimonio si deve riconoscere natura sicuramente giuridica e non soltanto morale, con la conseguenza che può affermarsi come da essi discenda un diritto soggettivo di un coniuge nei confronti dell'altro a comportamenti corrispondenti a tali obblighi; inoltre le sanzioni specifiche, quali l'addebito, non esauriscono i rimedi posti a tutela del coniuge in quanto persona, per il quale la famiglia può e deve costituire un ambito di autorealizzazione e non di compressione dei diritti irrinunciabili, quali quello alla salute, all'incolumità personale, all'onore e gli

pronunciata a favore di detta possibilità⁶⁰; senza tuttavia affermare propriamente la risarcibilità dei danni derivanti dalla mera violazione dei doveri coniugali, ma solo la piena tutela della persona all'interno

altri diritti personalissimi dell'individuo" (Trib. Milano, 10 febbraio 1999, in *Fam. dir.*, 2001, p. 185. Nel caso di specie il risarcimento era stato escluso poiché la moglie, nonostante le violazioni dei suoi diritti, aveva scelto di proseguire il rapporto); "La contrarietà della condotta tenuta dal convenuto ai doveri derivanti dal matrimonio, a parere del Collegio è idonea a fondare sia la pronuncia di addebito della separazione in capo a costui, sia la declaratoria di responsabilità del medesimo per i danni derivanti dall'attrice sul piano dell'integrità psicofisica, nella misura in cui si dirà, con la conseguente condanna al risarcimento del danno biologico. In proposito va rilevato che, seppure è vero l'addebito della separazione, non rientra, per sé considerato, tra i criteri di imputazione della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. comportando semplicemente il diritto del coniuge incolpevole al mantenimento, nel concorso delle altre circostanze previste dalla legge può peraltro configurarsi la risarcibilità di ulteriori danni nel caso in cui i fatti che hanno dato luogo alla dichiarazione di addebito integrino gli estremi dell'illecito extracontrattuale di cui alla norma citata" (Trib. Firenze, 13 giugno 2000, in *Fam. dir.*, 2001, p. 161. Nel caso di specie il marito aveva ommesso ogni forma di assistenza verso la moglie che, molto malata, aveva vissuto quattro anni chiusa nel salotto di casa, fino al momento in cui il marito, dovendo liberare l'appartamento, ha dovuto ricorrere al trattamento sanitario obbligatorio); "Una lettura della normativa in tema di diritto di famiglia, quale disciplina anche sanzionatoria esclusiva ed esaustiva nell'ambito dei rapporti tra coniugi, risulterebbe comunque in palese contrasto con il dettato costituzionale, ove valesse a rendere inapplicabile in materia il disposto generale dell'art. 2043 c.c. anche in caso di condotte lesive di diritti inviolabili di ciascuno dei coniugi, tutelati in modo pieno ed esclusivo ex art. 2 cost." (Trib. Milano, 7 marzo 2002, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1211, il caso di specie riguardava una moglie lasciata sola e trattata freddamente dal marito dal quale aspettava un figlio inizialmente voluto da entrambi); "Pur ammettendosi l'applicabilità della norma generale del 2043 c.c. nell'ambito dei rapporti tra coniugi in caso di condotte lesive dei loro diritti inviolabili, non può definirsi illecita, e quindi fonte di responsabilità anche risarcitoria, qualsiasi violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, pur legittimante la declaratoria di addebito. È richiesto, infatti, ai fini del riconoscimento di una responsabilità risarcitoria a carico del coniuge inadempiente una particolare e obiettiva gravità della condotta violatrice e che il danno a carico dell'altro coniuge sia riconducibile non alla frattura coniugale in sé, ma proprio alla condotta trasgressiva posta in essere in aperta e grave violazione di uno o più doveri coniugali" (Trib. Milano, 24 settembre 2002, in *Danno Resp.*, 2003, p. 1130); si vedano anche Trib. Milano, 4 giugno 2002, in *Guida al dir.*, 2002, n. 24, p. 37; Trib. Milano, 22 novembre 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 761; Trib. Savona, 5 dicembre 2002, in *Fam. dir.*, 2003, p. 248; Trib. Bassano del Grappa, 27 gennaio, 2005, in *Fam. dir.*, 2006, p. 543. Tale atteggiamento giurisprudenziale viene visto positivamente da G. CONTIERO, *I doveri coniugali e la loro violazione*, Milano, 2005, p. 161: l'addebito e il risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c. sono fattispecie oggettivamente e giuridicamente differenti sia nei presupposti, sia nei contenuti, sia nelle conseguenze. Di contrario avviso è M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte debole non può "generare" diritti al di là della legge*, in *Guida al dir.*, 2002, n. 24, p. 37, per il quale tale soluzione non pare accettabile in quanto contraddittoria.

⁶⁰ Si tratta di Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. dir.*, 2005, p. 365. Per un'attenta analisi si rimanda ai commenti di M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione arriva in Cassazione*, in *Danno resp.*, 2005, p. 370; G. FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Danno resp.*, 2005, p. 372.

della famiglia, attraverso il riconoscimento della risarcibilità astratta dei pregiudizi patiti a causa della violazione dei diritti fondamentali posta in essere dal coniuge.

Si è, quindi, ribadita la tutela anche in famiglia dei diritti fondamentali, contro la cui lesione non sarebbe pensabile una negazione di tutela basata sulla presunta completezza dei rimedi giusfamiliari⁶¹.

La Corte, quindi, non giunge assolutamente ad affermare la tutela aquiliana contro la violazione dei doveri coniugali in sé e per sé considerati, la cui lesione da sola non legittimerebbe l'azione risarcitoria⁶². La lesione dei diritti coniugali, in questo caso, non rappresenta infatti l'interesse leso, presupposto per l'ingiustizia del danno, ma costituisce semplicemente "l'occasione" per la violazione di interessi fondamentali del componente della famiglia.

Anche di fronte al mancato rispetto di un diritto fondamentale del coniuge non si verificherà un automatismo risarcitorio, ma si renderà necessario accertare la sussistenza del presupposto dell'ingiustizia del danno, operando il consueto bilanciamento tra gli interessi della vittima e dell'autore.

In tal modo l'ingiustizia del danno non può dipendere dalla crisi coniugale in sé considerata; sicché non ricevono tutela i pregiudizi subiti a causa della rottura del rapporto: il diritto di porre fine al vincolo coniugale con il divorzio, o attenuarlo con la separazione, è espressione della libertà di ciascun coniuge⁶³. Come si è liberi di

⁶¹ Sulla tutela dei diritti fondamentali in famiglia v. Trib. Brescia 14 ottobre 2006, in *Giur. merito*, 2007, p. 984. Sulla responsabilità per la violazione del dovere di lealtà da parte del futuro coniuge App. Milano, 12 aprile 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1904; si veda anche, Trib. Venezia, 3 luglio 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 85.

⁶² Di questa opinione G. FACCI, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 582. C. RIMINI, *La violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità in famiglia?*, cit., p. 9.

⁶³ Si veda, a riguardo, G. FERRANDO, *I rapporti familiari e la responsabilità civile*, cit., p. 2786, per la quale viene riconosciuta la libertà di sciogliersi da un vincolo divenuto ormai intollerabile, pertanto, non sono risarcibili i pregiudizi che sono conseguenza diretta della rottura quali possono essere la perdita di vantaggi economici e sociali che il matrimonio assicurava, oppure la sofferenza psicologica legata alla frattura. Questa era la reale portata delle due sentenze del 1993 che spesse volte vengono richiamate a sostegno della tesi immunitaria: non escludevano la responsabilità civile in famiglia in modo assoluto, ma si

decidere di sposarsi e di tenere relazioni interpersonali, si è anche liberi di cambiare opinione e porre fine al rapporto⁶⁴. La separazione non costituisce una sanzione, ma un rimedio all'intollerabilità della convivenza che ciascuno dei coniugi, anche quello che con il suo comportamento ha determinato la fine dell'unione, può esperire.

Diversamente, i comportamenti in violazione dei diritti fondamentali dell'altro coniuge, posti in essere in occasione della frattura, potrebbero dare luogo a tutela risarcitoria.

A riguardo, com'è noto, per dar luogo alla tutela aquiliana devono, inoltre, sussistere gli altri presupposti richiesti dall'art. 2043

limitavano ad affermare l'irrisarcibilità dei danni conseguenti alla separazione in sé e per sé considerata. In tal senso P. CENDON e G. SEBASTIO, *La crisi dell'immunity rule nei torti in famiglia*, cit., p. 2728. Così anche: "Non è indennizzabile, né risarcibile il danno morale derivante al coniuge dalla cessazione del vincolo matrimoniale" (Trib. Roma, 15 giugno 1972, in *Dir. fam. pers.*, 1973, p. 440 s.). In tal senso S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 76, sottolinea l'inammissibilità del risarcimento del danno che il coniuge eventualmente può subire per il fatto stesso del divorzio. Di questa opinione anche P. CENDON e G. SEBASTIO, *Lei, lui e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, in *Resp. civ.*, 2002, p. 1307, che però precisano come ci potrebbe essere un'eccezione a quanto affermato nell'ipotesi in cui il *break-down* sia effettuato con modalità brutali e crudeli all'esclusivo fine di infierire sull'altro coniuge. Si veda anche G. FACCI, *L'ingiustizia del danno nelle relazioni familiari*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 1244 ss.; ID., *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, cit., p. 582. *Contra* Trib. Trieste, 30 agosto 1971 in *Giur. it.*, 1972, pt. I, 2, p. 1073, riconosce che il coniuge possa subire un danno materiale risarcibile passando dalla separazione al divorzio poiché con la cessazione del rapporto di coniugio perde l'assegno di mantenimento del quale prima godeva. Favorevole al risarcimento del danno da divorzio conseguente alla perdita dell'assegno di mantenimento è M.E. POGGI, *Sulla determinazione dell'assegno in sede di divorzio e sulla risarcibilità dei danni non patrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 1973, p. 448. L'A. adduce il fatto che lo stesso assegno di divorzio avrebbe una componente risarcitoria. A differenza del nostro ordinamento, in altri paesi è espressamente regolata la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni cagionati dal familiare. In Francia, l'art. 266 *Code civil* (*divorce aux torts exclusifs*) impone al coniuge che, violando i doveri coniugali, ha determinato la fine dell'unione di risarcire all'altro i danni morali e materiali causati dalla dissoluzione del matrimonio. Forse dipende dal fatto che nell'ordinamento francese il divorzio viene visto come sanzione, diversamente da noi il divorzio è un rimedio, manifestazione di un diritto di libertà. Sul risarcimento del danno derivante dal divorzio in Francia si veda M.E. POGGI, *Sulla determinazione dell'assegno in sede di divorzio e sulla risarcibilità dei danni non patrimoniali*, cit., p. 444 ss.

⁶⁴ M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, cit., p. 52, afferma come il diritto di mutare opinione nei confronti del proprio coniuge e, quindi, di violare i diritti derivanti dal matrimonio, debba prevalere sul diritto dell'altro coniuge a protrarre *usque mortem* il rapporto coniugale. Avverso tale considerazione, tuttavia, è doveroso precisare che il coniuge che vuole porre fine al rapporto deve, comunque, comportarsi in modo da rispettare la dignità del coniuge, così come deve rispettare la dignità di qualsiasi consociato, altrimenti potrebbe incorrere in responsabilità.

c.c.: la colpevolezza, l'imputabilità e un nesso causale tra fatto e danno. Ciò posto, non è sufficiente a tal fine invocare la lesione dei diritti fondamentali, ma sarà sempre necessario fornire la prova del danno⁶⁵.

5. La natura dell'illecito commesso dal coniuge.

Per le ragioni enunciate in precedenza, appare pacifico che ove un coniuge, in violazione dei doveri coniugali, abbia altresì cagionato una lesione dei diritti inviolabili del *partner* sarà tenuto a risarcire i danni patrimoniali e non patrimoniali conseguenti alla sua condotta secondo il disposto degli artt. 2043 e 2059 c.c., essendo la natura di detto illecito extracontrattuale. L'interesse leso che giustifica la pretesa è, infatti, un diritto tutelato *erga omnes*.

La questione controversa risiede, invece, nel fatto che possano essere risarciti i pregiudizi derivanti dalla mera lesione di un dovere coniugale, non implicante la violazione di situazioni esistenziali.

Secondo quanto affermato dalla Suprema Corte del 2005⁶⁶, la quale manifesta a riguardo un atteggiamento di forte chiusura, la violazione di dette situazioni soggettive, ove non integri altresì la lesione della dignità e/o di altri diritti inviolabili, non ammetterebbe rimedio risarcitorio, ma dovrebbe trovare una soluzione all'interno della famiglia stessa, in forza dello spirito di tolleranza reciproca⁶⁷. I comportamenti di minima efficacia lesiva, suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia in forza dello spirito di comprensione e tolleranza, che è parte del dovere di assistenza, non importerebbero, in quest'ottica, ai fini risarcitori, rilevando a tal fine unicamente le condotte che, per la loro intrinseca gravità, si pongano come fatti di aggressione a diritti fondamentali della persona⁶⁸.

⁶⁵ In tal senso, anche Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit., p. 368 ss.

⁶⁶ Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit., p. 356 ss.

⁶⁷ A riguardo L. MORELLO, *Art. 143 c.c. e danno esistenziale*, in *Giur. merito*, 2007, p. 994. In tal senso si veda G. FACCI, *L'ingiustizia del danno nelle relazioni familiari*, cit., p. 1245 ss.

⁶⁸ Così Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit., p. 368.

Al di là di tale prospettazione, per comprendere se sia o meno condivisibile ritenere non azionabile la tutela in esame in tali ipotesi, si rende necessario riflettere su quale sarebbe, eventualmente, la natura dell'illecito, tenuto conto del fatto che mentre la responsabilità contrattuale presuppone l'inadempimento da parte del debitore di un rapporto obbligatorio preesistente tra le parti, la responsabilità aquiliana è tradizionalmente ritenuta uno strumento posto a tutela dell'individuo nei confronti di "estranei"⁶⁹, ovvero nei confronti di soggetti con i quali non sussista un preesistente rapporto obbligatorio.

Ciò premesso, sorgono difficoltà nel momento in cui si debba ricondurre la fattispecie oggetto di analisi all'interno di una categoria: nell'ambito familiare l'autore dell'illecito e il danneggiato sono soggetti legati da diritti e obblighi coniugali⁷⁰, la violazione dei quali determina una vera e propria inattuazione di obblighi specifici nei confronti di un soggetto determinato.

Sebbene non sia qualificabile alla stregua di un contratto, perchè privo del necessario carattere della patrimonialità, il matrimonio è comunque un negozio, fonte di obblighi per entrambi i coniugi: l'inadempimento dei quali non potrebbe – secondo taluni – essere fonte di tutela aquiliana in quanto ad essere violato non è un dovere generico della vita di relazione, ma un diritto relativo⁷¹.

⁶⁹ Così G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, cit., p. 593.

⁷⁰ Criterio distintivo tra della responsabilità contrattuale rispetto a quella extracontrattuale sarebbe la preesistenza di un obbligo specifico nei confronti di un soggetto determinato per C. SALVI, voce "*Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*", in *Enc. dir.*, Milano, 1988, vol. XXXIX, p. 1191. In particolare, G. RAMACCIONI, *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 180 s., rileva come la visione classica dell'illecito aquiliano come strumento di tutela avverso il comportamento di estranei lo rendesse inidoneo a offrire tutela ai rapporti tra persone legate da vincoli familiari.

⁷¹ In tal senso M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, cit., p. 50, per il quale il coniuge violando gli obblighi derivanti dal matrimonio non andrebbe a ledere la regola generale del *neminem laedere*- protetta dall'art. 2043 c.c.- ma i doveri che lo stesso ha assunto per effetto del matrimonio che, anche se non è un contratto, perchè privo del carattere della patrimonialità, è comunque un negozio. Pertanto, non realizzerebbe un illecito aquiliano, ma eventualmente un illecito contrattuale. *Contra* C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja- Branca. Art. 1218-1223 c.c.*, Bologna - Roma, 1979, p. 3, che pur ritenendo che dalla categoria delle obbligazioni, caratterizzate

Per altro verso, il riconoscimento della tutela aquiliana del credito, si contestualizza solamente nell'ipotesi in cui sia un terzo estraneo ad impedire al debitore di adempiere, violando il dovere generico di astensione⁷². Diversamente, nel caso in questione, è il debitore stesso ad essere inadempiente ad un obbligo specifico, ragion per cui sarebbe auspicabile ricondurre detta figura nello schema dell'illecito contrattuale. Nondimeno, siffatta tipologia presupporrebbe l'inadempimento di una vera e propria obbligazione. A questo punto pare necessario interrogarsi sulla natura degli obblighi coniugali per poter meglio comprendere se si tratti di obbligazioni oppure di meri obblighi, tenendo conto del fatto che il discrimine tra le diverse situazioni soggettive è dato dal requisito della patrimonialità della prestazione di cui all'art. 1174 c.c., sussistente nelle prime, assente nei secondi.

Stabilire cosa si debba intendere per patrimonialità della prestazione non è operazione semplice in quanto non è agevole comprendere se la suscettibilità di valutazione economica debba essere una circostanza obiettivamente riscontrabile oppure sia sufficiente che le parti l'abbiano ritenuta tale⁷³.

specificatamente dall'elemento della patrimonialità, dovessero venir esclusi i doveri non patrimoniali (tra i quali rientrano secondo l'A. i doveri familiari), comunque riteneva che in caso di violazione di tali doveri, mancando una disciplina legislativa specifica, fosse possibile un'applicazione analogica del principio dell'inadempimento e della sanzione del risarcimento del danno la quale prescinde dalla patrimonialità dell'obbligo violato. Critica tale soluzione G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano, 2006, p. 15, per il quale trattare come inadempimento di un'obbligazione qualsiasi violazione di un dovere giuridico *inter coniuges* anche se non caratterizzato dalla patrimonialità farebbe perdere di vista la possibilità stessa di configurare una responsabilità civile aquiliana tra coniugi in quanto qualsiasi violazione di un diritto assoluto comportando anche la violazione degli art. 143 e ss. c.c. sarebbe ricondotto nell'alveo della responsabilità contrattuale. Quindi solamente in presenza di doveri giuridici tecnicamente qualificabili come obbligazioni, in quanto caratterizzati dalla patrimonialità della prestazione, sarebbe possibile ricorrere all'art. 1218 c.c.

⁷² In detti termini si è ragionato di responsabilità del terzo per induzione all'inadempimento nelle ipotesi in cui il coniuge tradito ha agito avverso l'amante del coniuge per ottenere il ristoro dei pregiudizi patiti a seguito del suo comportamento.

⁷³ Nel senso si ritenere che la prestazione sia economicamente valutabile non solo quando sia oggettivamente tal, ma anche qualora sia stata così considerata dalle parti del rapporto obbligatorio si vedano la Relazione al Codice Civile n. 557 (secondo la quale la possibilità di valutazione economica non si avrebbe solamente qualora la prestazione abbia un intrinseco valore patrimoniale, ma

La soluzione maggiormente condivisa appare la prima, con la precisazione che va considerata patrimonialmente valutabile solamente la prestazione che in un determinato ambiente sociale è così considerata per il fatto che i consociati sono disposti ad un sacrificio economico in cambio di quella prestazione⁷⁴.

Poiché i doveri coniugali, espressioni del dovere di solidarietà che governa tale ambito, si caratterizzano per un contenuto prettamente personale ed espressivo anche di un valore etico, non sembra possibile una loro riconduzione nell'alveo delle obbligazioni, ma in quello dei meri obblighi⁷⁵. Tale conclusione non solo varrebbe per quanto concerne i doveri di fedeltà, assistenza morale e materiale, collaborazione nell'interesse della famiglia e coabitazione che, riguardando le relazioni di natura personale tra i coniugi e avendo un contenuto anche etico, tendenzialmente indefinito, sicuramente hanno ad oggetto una prestazione non suscettibile di valutazione economica⁷⁶, ma anche per il dovere di contribuzione. Seppure taluni riconducano quest'ultimo nella categoria delle obbligazioni e, conseguentemente, ritengano che il suo inadempimento darebbe luogo

anche nell'ipotesi in cui la riceva di riflesso dalla natura della controprestazione oppure da una valutazione fatta dalle parti, come nel caso in cui sia prevista una clausola penale) e Cass. 18 giugno 1968, in *Foro it.*, 1968, pt. I, c. 2798. Critico nei confronti di detta teoria è G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, pt. I, p. 242. Secondo l'A., infatti, la patrimonialità è una caratteristica che inerisce alla prestazione indipendentemente da quanto hanno voluto le parti del rapporto obbligatorio.

⁷⁴ In tal senso si rimanda, *ex multis*, a: M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 29 ss., spec. p. 38. In tal senso si vedano anche A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja- Branca*, Bologna, 1988, p. 253; F. ANGELONI, *La patrimonialità della prestazione*, in *Contr. impresa*, 2001, p. 895; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1991, p. 48.

⁷⁵ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile 2. La famiglia, le successioni*⁴, Milano, 2005, p. 69; M. PARADISO, *I rapporti personali tra i coniugi. Art. 145 -148*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 1990, p. 76 ss. Non reputa possibile considerare gli obblighi coniugali vere e proprie obbligazioni neppure A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eu. dir. priv.*, 2008, p. 936, secondo il quale gli obblighi familiari hanno carattere personale e, per tale ragione, la loro violazione non potrebbe dar luogo ad un illecito contrattuale che presuppone invece l'inadempimento di un'obbligazione avente carattere patrimoniale.

⁷⁶ Nega che si possa parlare di inadempimento di un'obbligazione rispetto alla violazione delle posizioni giuridiche dell'art. 143 c.c. dal momento che sarebbero eccessivamente indefinite, G. MIGLIORATI, *Il risarcimento dei danni da violazione dei doveri sponsali*, in *Danno resp.*, 2003, p. 654.

ad una responsabilità contrattuale del debitore⁷⁷, in realtà detta soluzione non pare condivisibile, trattandosi di un dovere che presenta caratteristiche peculiari che non ne permettono l'assimilabilità a dette situazioni soggettive⁷⁸. Si potrebbero invece ricondurre all'interno dell'alveo della responsabilità contrattuale gli illeciti conseguenti alla cattiva amministrazione, quali quello conseguente alla *mala gestio*

⁷⁷ Di questo avviso è P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, cit., p. 623 per il quale l'obbligo di contribuzione sancito dall'art. 143 c.c. e quello di provvedere alle necessità dei figli (art. 147 e 148 c.c.) sarebbero obbligazioni in senso tecnico, tanto che il giudice può emettere una decisione determinativa del suo contenuto concreto e provvedimenti di condanna all'adempimento. In tal senso anche G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, cit., p. 23 ss. Reputa che il dovere di contribuzione sia ascrivibile alla categoria delle obbligazioni anche P. RESCIGNO, voce "*Le obbligazioni*", cit., p. 140 ss. Sempre secondo G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, cit., p. 23 s. e *passim*, esistono diverse ipotesi di responsabilità contrattuale tra coniugi: di tale natura è, per esempio, la responsabilità per i danni derivanti dal mancato rispetto degli accordi sull'indirizzo della vita familiare in quanto i coniugi sono obbligatoriamente vincolati al rispetto di tali accordi. Il coniuge incorrerebbe in una responsabilità contrattuale anche in caso di inadempimento dell'obbligazione di prestare il proprio assenso all'acquisto che l'altro intenda fare ex art. 179, lettera f., c.c. oppure in caso di *mala gestio* dei beni facenti parte della comunione legale o nell'ipotesi di mancato versamento del contributo al mantenimento al coniuge separato ex art. 156 c.c.

⁷⁸ In tal senso si veda M. PARADISO, *I rapporti personali tra i coniugi. Art. 145 - 148*, cit., p. 76 ss., secondo il quale il dovere di contribuzione, pur involgendo prestazioni di carattere patrimoniale, si inquadrerebbe all'interno dei rapporti personali; di essi costituisce infatti il supporto per il completamento sul piano economico. A sottolineare il distacco rispetto al diritto delle obbligazioni sarebbe, secondo l'A., il principio di parità ponderata degli obblighi che nell'adeguamento proporzionale alla capacità di ciascuno pone una prospettiva che apprezza come eguali i contributi dei singoli, pur nella diversità quanto nel contenuto e nelle modalità di prestazione e quanto alla possibile attività concreta. Infine, un altro elemento importante, sempre secondo l'A., per escludere l'ascrivibilità del dovere di contribuzione alla categoria delle obbligazioni, sarebbe il fatto che l'obbligo di ciascun coniuge non sarebbe limitato dal concorrente obbligo altrui, se non indirettamente per effetto dell'altrui contribuzione effettiva, non ammettendosi sospensioni o eccezioni di inadempimento giustificate dall'inadempimento altrui. Di tale avviso è anche F. RUSCELLO, *Diritti e doveri nascenti dal matrimonio*, in *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, Milano, 2002, p. 773, secondo il quale, nonostante detto dovere attenga a prestazioni di carattere economico, concerne i rapporti personali costituendo di questi un completamento come supporto economico in chiave solidaristica e di uguaglianza all'interno della comunità familiare. Secondo l'A. sarebbe proprio il fatto che i coniugi debbano adempiervi in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, secondo una parità equilibrata o comunque rapportata alle singole potenzialità partecipative a livello patrimoniale di ciascun membro, a distinguere l'obbligo contributivo dalle comuni obbligazioni.

della comunione legale, in quanto derivanti dall'inadempimento di vere e proprie obbligazioni⁷⁹.

Sulla base di tali considerazioni, si deve pertanto ritenere che l'eventuale inadempimento di un dovere coniugale non possa integrare i presupposti per l'applicabilità della disciplina dell'illecito contrattuale prevista dagli artt. 1218 c.c. e ss.⁸⁰. Ciò considerato, taluni reputano – giungendo ad un risultato tendenzialmente conforme a quanto emerso dalla pronuncia della Suprema Corte, seppure per vie diverse - che la mera violazione dei doveri coniugali non sarebbe suscettibile di dar luogo a pretesa risarcitoria alcuna, ma permetterebbe unicamente di invocare la disciplina prevista dagli art. 84 c.c. e ss.⁸¹.

Una volta esclusa la configurabilità di un illecito contrattuale, data l'assenza negli obblighi coniugali del carattere della patrimonialità della prestazione, non parrebbe portare a buoni frutti neppure il tentativo di ricondurre le fattispecie in esame all'interno della responsabilità aquiliana, reputando possibile invocare detto rimedio generale ogniqualvolta difettino i requisiti dell'illecito

⁷⁹ Questa volta la soluzione pare condivisibile per il fatto che il coniuge che, senza il necessario consenso dell'altro alieni un bene facente parte della comunione legale, viola una situazione soggettiva nei confronti di un soggetto determinato (l'altro coniuge), consistente nel gestire con diligenza la comunione legale, comportamento che è da ritenersi patrimonialmente valutabile e per il quale non sembra rilevare lo *status* del soggetto. Considera la responsabilità derivante dalla cattiva gestione della comunione legale di natura contrattuale A. FRACCON, *La responsabilità civile tra coniugi: questioni generali e singole fattispecie*, in *Tratt. della resp. civ. e pen. in famiglia*, a cura di P. CENDON, Padova, 2004, vol. III, p. 2835 ss. Taluni dubitano anche della possibilità di qualificare gli illeciti derivanti dalla *mala gestio* come illeciti endo-familiari dal momento che possono essere descritti con canoni che prescindono dallo *status* dei soggetti coinvolti e si radicano invece nella concessione di poteri di agire sul patrimonio *pro quota* altrui (così M. MARTINO, *La responsabilità da cattiva amministrazione*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, 2008, Torino, p. 304 s.).

⁸⁰ Così M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, cit., p. 50.

⁸¹ Di questo avviso M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, cit., p. 37. Alcuni autori arrivano anche a negare ogni tutela risarcitoria sulla base della pretesa degiuridificazione degli obblighi coniugali (così L. LENTI, *Famiglia e danno esistenziale*, cit., p. 258). Reputa possibile riconoscere la tutela risarcitoria (di natura extracontrattuale) solamente laddove a venir lesa sia un diritto della persona, A. SPANGARO, *La responsabilità per la violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, 2008, Torino, p. 108 ss.

contrattuale, ma sia sussistente una violazione del generale principio del *neminem laedere*, sulla base di un presunto rapporto da genere a specie tra le diverse discipline⁸².

Per quanto attiene, infatti, ai danni non patrimoniali, riconducibili nell'alveo dell'art. 2059 c.c. in ossequio alle note sentenze del 2003, per aversi illecito risarcibile sarebbe necessaria sempre e comunque la lesione di un diritto inviolabile, ovvero un *quid*

⁸² Il considerare in termini di inadempimento piuttosto che di illecito la condotta del coniuge o del genitore che viola gli obblighi familiari sottovaluta la rilevanza che il carattere patrimoniale della prestazione ha nell'impianto delle tecniche intese a fronteggiare l'inadempimento che difficilmente si prestano ad essere piegate alla tutela di interessi non patrimoniali (così G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della legge n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 593). Si veda anche P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, cit., p. 624, per il quale le situazioni soggettive dei coniugi nei loro rapporti personali non sarebbero riconducibili a figure di pseudo-obbligazioni per il carattere non (direttamente) patrimoniale delle prestazioni e per la particolare natura dei comportamenti dovuti e per la loro immediata e diretta incidenza sulla persona, costituirebbero invece una sorta di statuto della personalità al cui rispetto è interessata l'intera collettività e per la cui tutela sono applicabili in linea di principio gli strumenti di tutela per i diritti assoluti. Di tale avviso anche P. VIRGADAMO, *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali ad inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, cit., p. 1910, secondo il quale la mera violazione dei doveri coniugali – disgiunta dalla lesione di un diritto inviolabile – potrebbe comunque rilevare ex art. 2043 c.c.

Favorevoli alla risarcibilità ex artt. 2043 e 2059 c.c. della mera violazione di doveri coniugali invece, G. DE MARZO, *Responsabilità civile e rapporti familiari*, in *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, a cura di G. DE MARZO e G. CORTESI e A. LIUZZI, Milano, 2007, p. 688 ss.; ID., *La Cassazione e la responsabilità civile nelle relazioni familiari*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 928.; così M. BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?*, in *Fam. dir.*, 2000, p. 198, per il quale dal momento che il legislatore non ha escluso *expressis verbis* l'operatività della clausola generale, questa dovrebbe comunque applicarsi. In tal senso anche G.M. RICCIO, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 397 ss., per il quale anche l'inottemperanza ai doveri coniugali potrebbe fondare, in determinate ipotesi, una condanna al risarcimento dal momento che il danno ingiusto può coincidere con qualsiasi bene che risulta meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento giuridico. Non ogni violazione però potrebbe dare luogo a responsabilità, ma solo i comportamenti di particolare gravità. *Contra* G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della legge n. 54/2006*, cit., p. 593, per la quale affinché si verifichi danno ingiusto non basterebbe né la rottura del matrimonio, né la documentata violazione dei doveri coniugali, occorrerebbe invece la lesione di un diritto fondamentale protetto *erga omnes*. In tal senso anche A. FUSARO, *Responsabilità aquiliana nei rapporti tra coniugi e tutela della personalità*, cit., p. 295 s., che precisa come la violazione degli obblighi nascenti dal rapporto coniugale non sia da sola sufficiente a ipotizzare una responsabilità extracontrattuale. La violazione dell'obbligo sarebbe solamente uno degli elementi che vanno a perfezionare la fattispecie, ovvero l'elemento della colpevolezza in quanto servirebbe per capire se il comportamento è stato attuato con dolo o colpa. L'interesse leso invece deve essere rappresentato da un diritto della personalità.

pluris rispetto alla mera inattuazione dei doveri coniugali, che rimarrebbe dunque, in ogni caso, priva di tutela risarcitoria.

Per quanto riguarda invece i danni, prettamente patrimoniali, risarcibili *ex art. 2043 c.c.*, sussisterebbe il limite dell'ingiustizia del danno: in presenza di un pregiudizio ai doveri coniugali, non implicante altresì la lesione di situazioni esistenziali del coniuge, l'interesse del danneggiato al rispetto dei diritti coniugali difficilmente potrebbe risultare prevalente, nel giudizio di comparazione, rispetto al diritto del soggetto agente all'autodeterminazione e all'esercizio della libertà personale alla luce della mutata gerarchia dei valori che ispirano le relazioni familiari⁸³. Pertanto, sia per questa via sia seguendo quanto affermato dalla Suprema Corte del 2005, si deve concludere che in presenza di pregiudizi derivanti dalla mera violazione dei doveri coniugali – tendenzialmente - non sarebbe possibile invocare la tutela extracontrattuale, ma unicamente esperire i rimedi giusfamiliari⁸⁴.

6. Famiglia e responsabilità civile nel sistema spagnolo.

Considerati i risultati ai quali dottrina e giurisprudenza italiane sono pervenute, pare opportuno analizzare come viene affrontato, nell'ambito di un diverso ordinamento, il tema della c.d. responsabilità endo-familiare, con particolare attenzione a quelle fattispecie che vedono nei due coniugi il soggetto danneggiato e

⁸³ Così G. FACCI, *L'illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 517. Anche A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, cit. p. 466, ritiene che la sussistenza in capo al coniuge che viola l'obbligo di fedeltà del diritto all'autodeterminazione, farebbe mancare l'antigiuridicità all'adempimento del coniuge.

⁸⁴ Di tale avviso I. FALCONE, *La rilevanza dei doveri coniugali tra disciplina di settore e regole di responsabilità civile*, in *Giust. civ.*, 2007, pt. II, p. 399 ss., secondo la quale sarebbe possibile accedere alla responsabilità civile solamente nel caso in cui la lesione dei doveri coniugali abbia comportato la violazione di diritti primari inerenti alla persona o comunque aventi peso costituzionale. Far discendere la responsabilità aquiliana dalla mera violazione dei doveri coniugali sarebbe inconciliabile con l'evoluzione che ha registrato il diritto di famiglia dal 1975.

quello danneggiante, al fine di ottenere, con l'ausilio dell'analisi comparatistica, utili spunti di riflessione.

In particolare, la comparazione verrà effettuata con l'ordinamento spagnolo, che presenta notevoli simmetrie con quello italiano per il fatto di prevedere una responsabilità contrattuale (*responsabilidad contractual*), derivante dall'inadempimento di un preesistente rapporto obbligatorio, regolata agli artt. 1101 *Código Civil* e ss., e una extracontrattuale (*responsabilidad extracontractual*), prevista dagli artt. 1902 *Código civil* e ss., sussistente qualora si verifichi una lesione del principio del *no danār a otro*, indipendentemente dalla violazione di un precedente rapporto obbligatorio⁸⁵. Presupposti dell'illecito extracontrattuale sono costituiti da un'azione o un'omissione del soggetto agente caratterizzata dal dolo o dalla colpa, un danno, il nesso causale tra la condotta e l'evento dannoso⁸⁶, mentre, a differenza di quanto avviene all'interno del nostro ordinamento, non è richiesto il requisito dell'ingiustizia del danno. Inoltre, non è rinvenibile una disposizione normativa analoga a quella di cui all'art. 2059 c.c. che stabilisca in quali casi è ammesso il risarcimento del danno non patrimoniale, in Spagna denominato *daño moral*⁸⁷: conseguentemente, in primo luogo, non vengono posti ulteriori paletti rispetto a quelli dettati dalle norme generali, e, in secondo luogo, il ristoro per il *daño moral* è ammesso – pacificamente – sia in presenza di un illecito contrattuale, sia extracontrattuale, non essendo possibile ricavare dal dato normativo

⁸⁵ Per approfondimenti a riguardo si rimanda a J.A. SEIJAS QUINTANA, *Responsabilidad civil. Principios y fundamentos*, in *Responsabilidad civil*, a cura di J.A. SEIJAS QUINTANA, Madrid, 2007, p. 17 ss.; R. DE ÁNGEL YÁGUEZ, *La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación*, in *Tratado de responsabilidad civil*, a cura di I. SIERRA DE LA CUESTA, Barcellona, 2008, tm. II, p. 13 ss.

⁸⁶ In tal senso si veda STS, 6 giugno 1997, in *Cuadernos cívitas de jurisprudencia civil*, 1997, n. 45 p. 1105.

⁸⁷ A riguardo si rimanda a M. BARRIENTOS ZAMORANO, *El resarcimiento del daño moral in España e in Europa*, Salamanca, 2007, p. 38 s.; F. GÓMEZ POMAR, *Daño moral*, in *Indret*, 2000, n. 1.

nessun elemento per ritenere limitata la tutela alle ipotesi di illecito aquiliano⁸⁸.

Anche all'interno dell'ordinamento spagnolo le diverse forme di responsabilità prevedono una disciplina in parte differente, basti pensare al termine di prescrizione che è quinquennale se l'illecito è contrattuale (art. 1964 *Código Civil*), mentre soltanto di un anno da quando il diritto poteva essere esercitato in giudizio (art. 1969 *Código Civil*) se è extracontrattuale *ex art. 1968 Código Civil*.

Muovendo da queste brevi, quanto necessarie, premesse generali e prima di procedere oltre, pare adeguato precisare come la responsabilità civile all'interno della famiglia sia un terreno ancora poco esplorato in Spagna, mancando a riguardo - salvi alcuni interventi - riflessioni generali e di ampio respiro: la ragione è da ricercarsi nel fatto che si tratta di una tematica che fino a pochi anni or sono non era oggetto di attenzione da parte degli studiosi e non veniva portata davanti ai giudici.

Addentrandonci nel tema specifico, si può rilevare come nei confronti del ristoro dei pregiudizi, in particolare non patrimoniali, cagionati da un componente della famiglia, anche in all'interno dell'ordinamento spagnolo sono state mosse obiezioni, tendenzialmente coincidenti con quelle sollevate nel nostro⁸⁹: quali, in *primis*, l'esistenza di una regola morale ostativa all'azione e il timore che il riconoscimento di dette pretese avrebbe portato una crescente conflittualità all'interno dell'ambiente domestico⁹⁰.

⁸⁸ La presenza dell'art. 2059 c.c., collocato all'interno della disciplina sull'illecito aquiliano, è tradizionalmente stata utilizzata nel nostro ordinamento come argomentazione volta a contrastare il ristoro dei danni non patrimoniali mediante il ricorso allo strumento della responsabilità contrattuale, la disciplina del quale nulla prevede espressamente sulla risarcibilità di tali danni.

⁸⁹ Per una breve panoramica a riguardo si rimanda a C. PIZARRO WILSON, *Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial*, in J.R. DE VERDA Y BEAMONTE (coord.) e altri, *Daños en el Derecho de familia*, Cizur Menor, 2006, p. 101.

⁹⁰ Quanto al fatto che le domande giudiziali aumenterebbero la conflittualità ha un atteggiamento critico A.M. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre conyuge y daños entre los miembros de la pareja de hecho*, in *Revista de derecho patrimonial*, 2003, n. 10, p. 72. L'A. sottolinea, infatti, come l'armonia familiare venga tutelata realmente solamente nel momento in cui si riconosca tutela ai diritti

Non si registra nulla di nuovo nel riconoscere come, anche in questo contesto, l'atteggiamento di chiusura rispecchiasse la riluttanza dello Stato nell'effettuare ingerenze all'interno della famiglia caratterizzata da una struttura patriarcale⁹¹, dove i danni cagionati dal padre-marito verso moglie e figli venivano comunque giustificati, in quanto espressione del potere di correzione e dell'autorità maritale e della potestà paterna, nei limiti in cui non venissero integrati gli estremi di un illecito penale⁹². Di fronte a condotte particolarmente

individuali di ciascun membro della famiglia mediante la riparazione della lesione di tali diritti.

⁹¹ Sul punto si veda quanto sottolineato da M.T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales*, in *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, n. 16, p. 150, secondo la quale la struttura gerarchica della famiglia e l'esigenza di tutelare gli interessi superiori presenti all'interno della stessa risultavano contrari ai principi della responsabilità civile.

⁹² A riguardo interessante è l'evoluzione del rapporto genitoriale regolato dal Titolo settimo del Libro I "delle persone" del *Código civil*. In particolare la potestà ha subito un'importante modifica a seguito della legge di riforma del 1981, prima della quale l'interesse del minore risultava secondario rispetto a quello del *pater familias*. Il padre disponeva, infatti, di un diritto di correggere i figli così ampio da consentirgli persino l'utilizzo di atti di violenza: lo *ius corrigendi* era causa di giustificazione in sede penale. Lo Stato non aveva nessun potere di controllo a riguardo, trattandosi di comportamenti tenuti all'interno dell'intimità familiare dei quali non si poteva immischiare (così J.M. DE TORRES PEREA, *Interés del menor y derecho de la familia*, Madrid, 2009, p. 100 ss.). In seguito all'entrata in vigore della L. n. 11 del 1981 la situazione è radicalmente mutata: in particolare l'art. 154, secondo comma, *Código Civil* ha previsto come la "*patria potestad*" dovesse essere esercitata sempre a beneficio dei figli, tenendo conto della loro personalità. Nonostante con detta riforma si sia fatto un passo avanti in un'ottica di tutela del minore e della sua personalità, l'art. 154, quarto comma, fino al 2007 ha continuato a prevedere espressamente la facoltà per i genitori di correggere razionalmente e moderatamente i figli. La formulazione faceva sorgere il dubbio circa la possibilità per il genitore di spingersi fino all'utilizzo di castighi corporali e fisici: escludeva comunque l'ammissibilità dell'utilizzo della violenza fisica nonostante la dubbia formulazione letterale. E. SERRANO ALONSO, *Art. 154 código civil*, in *Comentario del Código Civil*, a cura di I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2006, Barcellona, vol. 2, p. 446. Secondo l'A., infatti, sarebbe stato contrario al diritto, sancito dalla Costituzione spagnola, al rispetto della persona e della sua integrità fisica. Per tale ragione il diritto di correzione avrebbe dovuto limitarsi ad una correzione verbale, ad una soppressione delle vacanze, ad una limitazione della libertà di movimento e a sanzioni pecuniarie. Invece secondo C. LASARTE ALVAREZ, *Derecho de familia*, Madrid, 2008, 7 ed., p. 337 s., la norma, per la sua formulazione, portava a problemi interpretativi e di applicazione pratica. Il problema era comprendere quanto la correzione poteva essere considerata moderata e ragionevole: A riguardo M.D. SERRANO TÁRRAGA, *El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos y el delito de violencia doméstica*, in *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, diretto da C. LA SARTE ALVAREZ, Madrid, 2006, p. 642, sottolinea come per comprendere ciò sia necessario tener conto non solo dell'ordinamento giuridico, ma anche degli usi e costumi della società, delle regole della cultura vigente nel momento in cui è stato commesso il fatto, le concezioni etico - sociali vigenti in quel determinato momento storico, l'orientazione pedagogica per capire quali castighi sono

gravi sarebbe stato semmai possibile invocare la tutela offerta dagli strumenti messi a disposizione dal diritto di famiglia.

L'entrata in vigore della Costituzione del 1978, determinando il mutare del rilievo attribuito alla persona all'interno della famiglia, portò ad una svolta⁹³: compreso, infatti, come la condizione di familiare non possa comportare una limitazione dei diritti fondamentali dell'individuo, si è avviata la discussione circa il possibile ingresso dello strumento risarcitorio all'interno della famiglia⁹⁴, non più vista come luogo chiuso, impermeabile alle regole giuridiche, all'interno del quale dovrebbe perciò trovare riconoscimento il principio in base al quale chiunque cagioni un danno ad un altro soggetto è tenuto a ripararlo⁹⁵.

Per quanto concerne il profilo specifico dell'illecito civile posto in essere da un coniuge nei confronti dell'altro, tuttavia, non si può negare che la tendenza maggiormente diffusa consista nel negare

socialmente accettati in quanto considerati adeguati alla finalità di correggere svolta con finalità educative. In tale ottica l'A. arriva a giustificare l'uso della violenza fisica che non determini lesioni in capo alla vittima.

Per le problematiche che la formulazione della disposizione normativa creava e anche per una supposta contrarietà della stessa a quanto previsto nell'art. 19 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, si è proposto per la sua abrogazione con legge 28 dicembre 2007, n. 54 sulle adozioni internazionali, contenete la modifica ad alcuni articoli del *Codigo Civil*. Mediante la stessa legge si è anche inserita la previsione in base alla quale la potestà deve essere esercitata con il rispetto dell'integrità fisica e psicologica della prole (art. 154, secondo comma, *Codigo Civil*). Detta precisazione, unita alla contemporanea abrogazione della parte controversa, evidenzia come si sia cercato di porre l'attenzione sul rispetto dell'integrità fisica e psichica della prole. Detta modifica rappresenta un passo importante per arrivare a una famiglia più rispettosa dei diritti fondamentali dei suoi componenti (così J.M. DE TORRES PEREA, *Interés del menor y derecho de la familia*, cit., p. 106).

⁹³ La Costituzione ha riconosciuto, in particolare, all'uomo e alla donna il diritto di contrarre matrimonio in condizione di uguaglianza giuridica (art. 32, primo comma); la dignità della persona e i diritti fondamentali che le sono inerenti, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge sono fondamento dell'ordinamento giuridico e della pace sociale (art. 10); il principio di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge (art. 14).

⁹⁴ A riguardo si rimanda a A.M. RODRIGUEZ GUITIAN, *Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre coniuge y daños entre los miembros de la pareja de hecho*, cit., p. 70.

⁹⁵ Così E. ROCA TRIAS, *La reponsabilidad responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de conyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, in *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo millennio*, Madrid, 2000, p. 539 s. In tal senso si veda anche M.T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas, Daños en el derecho de familia*, a cura di J.R. DE VERDA Y BEAMONTE e altri, Navarra, 2006, p. 199.

l'ammissibilità del ristoro dei pregiudizi derivanti dall'inadempimento dei doveri coniugali, regolati agli artt. 67 e 68 *Código civil*⁹⁶, sulla base di diverse argomentazioni, tendenzialmente coincidenti con quelle già utilizzate all'interno del nostro ordinamento: *in primis*, mancherebbero, secondo una tesi, peraltro criticabile⁹⁷, gli estremi dell'illecito civile in quanto, essendo i doveri coniugali considerati – anche a causa dell'assenza di coercibilità⁹⁸ – non giuridici, ma

⁹⁶ L'art. 67 *Código civil* prevede che i coniugi debbano rispettarci e aiutarsi reciprocamente e attuare gli interessi della famiglia. Secondo l'art. 68 *Código civil* i coniugi sono obbligati a vivere insieme, essere fedeli e soccorrersi reciprocamente. Devono inoltre condividere le responsabilità domestiche e la cura e l'attenzione da riconoscere agli ascendenti, ai discendenti e alle persone che sono a loro carico. Interessante è anche quanto previsto dall'art. 66 *Código civil* in base al quale i coniugi sono uguali nei diritti e nei doveri.

⁹⁷ In favore del carattere non meramente etico dei doveri coniugali si vedano, *ex multis*: M.T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales*, cit., p. 154 s.; ID., *Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales*, in *Daños en el derecho de familia*, monografia associata alla rivista de derecho patrimonial, a cura di DE VERDA Y BEAMONTE J. R e altri, Navarra, 2006, p. 164 s.; ID., *¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?*, in *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, 2004, n. 15, Pamplona. Ancora, si veda A.M. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de una pareja de hecho*, cit., pag. 77, secondo la quale, in realtà, si dovrebbe riconoscere trattarsi di obbligazioni legali, prive del carattere patrimoniale, la cui violazione potrebbe dar luogo al risarcimento dei danni morali e a diverse conseguenze di ordine economico. Sulla giuridicità di detti obblighi: G. GARCÍA CANTERO, *Comentario al art. 67 del Código Civil*, in *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, diretto da M. ALBALAJEDO, tomo II, Arts. 22 a 107 del Código Civil, Madrid, 1982, p. 186; GETE- ALONSO Y CALERA, *Comentario al art. 67 del Código Civil*, in *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. I, Madrid, 1984, p. 322; J.L. LA CRUZ BERDEJO, *Efectos del matrimonio*, in J.L. LA CRUZ BERDEJO e altri, *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, f. 1.º, 3.ª ed., Barcellona, 1989, p. 146 ss. Tra gli elementi addotti a favore del carattere non solamente etico, ma anche giuridico dei doveri coniugali si potrebbe invocare, innanzitutto, la formulazione letterale delle norme di cui agli artt. 67 e 68 *Código civil*, nonché la loro previsione all'interno del *Código civil*. A riguardo non pare corretto sostenere, al fine di confutare la caratteristica in esame, il fatto che la legge 15/2005 facendo venir meno la previsione in base alla quale la violazione degli stessi poteva essere causa di separazione o divorzio, avrebbe fatto venir meno un elemento dal quale desumere la giuridicità degli stessi in quanto, in realtà, detta disciplina ha eliminato tutte le cause precedentemente previste, stabilendo la possibilità di attenuare o far venir meno il vincolo con la mera volontà di uno dei coniugi in conformità al principio costituzionale del libero sviluppo della personalità (in tal senso si veda J. RAMON DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, in *www.diariolaley.es*, año XXVIII, n. 6676, mercoledì 21 marzo 2007, p. 3).

⁹⁸ Di detto avviso la sentenza dell'AP di Segovia, 30 settembre 2003, JUR 2003/244422.

semplicemente etici e morali, non sussiterebbe un interesse giuridicamente rilevante la cui lesione giustifichi la pretesa⁹⁹.

In secondo luogo, in presenza di detti comportamenti pregiudizievoli, si reputa possibile unicamente esperire i rimedi propri del diritto di famiglia, considerati completi e esaustivi¹⁰⁰: pertanto, in caso di mancato rispetto dei doveri coniugali, si potrà scegliere di separarsi (o di ricorrere agli altri strumenti offerti da tale settore del diritto) e gli effetti patrimoniali della situazione di crisi verranno regolati dalla pronuncia della separazione. Affermare anche il diritto al risarcimento dei danni implicherebbe, in tale ottica, riconoscere valore economico ad un nuovo diritto, quello ad essere amato in esclusiva, e comporterebbe un cumulo delle conseguenze patrimoniali della separazione, del divorzio o della nullità del matrimonio, con il risarcimento per i danni e i pregiudizi¹⁰¹: lo strumento della responsabilità civile verrebbe così escluso per evitare il cumulo di rimedi.

⁹⁹ In tal senso si veda la Sentenza del *Tribunal Supremo* 30 luglio 1999, n. 701, RJ/1999/5226.

¹⁰⁰ Considera non risarcibili i pregiudizi derivanti dalla violazione dei doveri coniugali, sostenendo che, in questo caso, dovrebbe venir applicato unicamente il sistema completo e chiuso dei rimedi giusfamiliari J. FERRER RIBA, *Relaciones familiares y límites del derecho de daños*, in *Indret*, 2001, n. 4, p. 14 ss. L'A., pur negando l'ammissibilità della tutela risarcitoria per i pregiudizi derivanti dall'inadempimento dei doveri coniugali, ritiene invece risarcibili *ex art. 1902 Código civil* quei pregiudizi cagionati al coniuge concettualmente separabili dal suo interesse a mantenere in vita il matrimonio e al rispetto delle sue regole, quali quelli scaturenti dalla lesione dell'onore, dell'integrità psicofisica ecc.

¹⁰¹ In questo senso P. SALVADOR CODERCH e J.A. RUIZ GARCÍA, *Comentari a l'art. 1 del Codi de Família*, in *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, a cura di J. EGEA FERNÁNDEZ e J. FERRER RIBA, Madrid, 2000, p. 63 s. In questo senso anche J. FERRER RIBA, *Relaciones familiares y límites del derecho de daños*, cit., p. 14 s., secondo il quale, avendo il legislatore previsto un regime giuridico degli effetti della separazione e del divorzio, svincolati dai criteri di colpevolezza e di innocenza dei coniugi, l'ammettere un'azione risarcitoria per i danni derivanti dall'adulterio o dalla lesione dei doveri coniugali non solo distruggerebbe detto principio, ma incrementerebbe i costi del matrimonio e reintrodurrebbe, per via traversa, un sistema di separazione o divorzio per colpa, con la conseguenza poco desiderabile di aumentare la conflittualità nella crisi del matrimonio. In senso critico nei confronti di detta soluzione invece M.T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?*, cit., secondo la quale la possibilità di applicare i rimedi propri del diritto di famiglia comunque non sarebbe causa ostativa alla possibilità di ricorrere anche ai rimedi generali, quali quello risarcitorio.

Sempre in senso ostativo all'ammissibilità del rimedio in questione, si sottolinea come il legislatore, avendo previsto e tipizzato all'interno del diritto di famiglia alcune ipotesi nelle quali sarebbe possibile ottenere il risarcimento dei danni, quali quelle di cui agli artt. 97¹⁰² e 98¹⁰³ *Codigo civil*¹⁰⁴, avrebbe inteso escludere l'esperibilità di detto rimedio negli altri casi¹⁰⁵.

¹⁰² L'art. 97 *Codigo civil* riconosce al coniuge, nel caso il cui la separazione o il divorzio abbiano prodotto uno squilibrio economico in relazione alla posizione dell'altro implicante un peggioramento della condizione in cui si trovava durante il matrimonio, il diritto ad una compensazione che potrà consistere in una pensione temporanea o a tempo indefinito o in una prestazione unica, secondo quanto determinato nell'accordo regolatore o nella sentenza. In mancanza di un accordo tra i coniugi, il giudice determinerà l'importo tenendo conto di diverse circostanze quali l'età, lo stato di salute, la qualificazione professionale e la possibilità di un accesso ad un impiego, la durata del matrimonio e della convivenza come coniugi, il contributo dato con il proprio lavoro all'attività dell'altro coniuge, i mezzi economici e le esigenze dei coniugi, ecc.

¹⁰³ Secondo l'art. 98 *Codigo Civil* il coniuge in buona fede il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo avrà diritto ad un indennizzo/risarcimento, se vi è stata convivenza coniugale, sussistenti le circostanze previste dall'art. 97 *Codigo Civil*.

¹⁰⁴ La natura risarcitoria o sanzionatoria di dette dette misure è questione controversa: a riguardo E. ROCA TRIAS, *La reponsabilidad responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de conyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, cit., p. 549 s., sottolinea come la misura di cui all'art. 98 *Codigo civil* avrebbe in realtà carattere sanzionatorio dal momento che la sua finalità non sarebbe tanto quella di riparare, quanto quella di sanzionare il soggetto che in mala fede ha contratto il matrimonio. *Contra* M. LEÓN GONZÁLES, *La indemnization de artículo 98 del Codigo civil (Comentario a la Sentencia de 10 marzo de 1992)*, in *Anuario de derecho civil*, 1993, tm. II, p. 970 ss., sostiene invece trattarsi di misura propriamente risarcitoria con funzione compensativa. Secondo l'A. pensare il contrario sarebbe quantomeno curioso dal momento che il legislatore spagnolo nel prevedere detta misura si sarebbe ispirato alle misure di cui agli artt. 270 e ss. *Code civil* (in particolare si fa riferimento al § 3 "*Des prestations compensatoires*", Section II "*Des conséquences du divorce pour les époux*", Cap. III "*Des conséquences du divorce*", Titre VI "*Du divorce*", Libre I "*Des personnes*") e all'art. 129-bis c.c. "*responsabilità del terzo in malafede e del terzo*", che, secondo l'A., sarebbero caratterizzate da una funzione riparatrice: per tale ragione sarebbe difficile riconoscere a dette misure una natura diversa. Si tratterebbe comunque di un indennizzo di tipo oggettivo, non essendo necessaria la prova dei danni, e di carattere risarcitorio e non punitivo, compatibile con la richiesta di risarcimento del danno morale *ex art.* 1902 *Codigo civil*, al quale non si sostituisce. Nel senso di riconoscere natura risarcitoria a detto rimedio anche J. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *La indemnización por nulidad de matrimonio*, in *Aranzadi Civil*, vol. III, 1993, p. 2, e in www.westlaw.es

¹⁰⁵ Così J. FERRER RIBA, *Relaciones familiares y límites del derecho de daños*, cit., p. 15. *Contra*, si sostiene che comunque il legislatore non abbia inteso escludere la possibilità di applicare il rimedio di cui all'art. 1902 *Codigo civil* per reagire a quei pregiudizi non espressamente tipizzati: così M.L. ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nascen sus hijos en el ámbito de la procreación natural*, in *Daños en el derecho de familia*, a cura di J.R. DE VERDA Y BEAMONTE e altri, Navarra, 2006, p. 44, nella nota n. 9. Così anche E. ROCA TRIAS, *La reponsabilidad responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y*

La giurisprudenza formatasi a riguardo è ancora scarsa, non essendo numerose fino ad ora le domande giudiziali proposte in tale ambito. Tuttavia, interessante è quanto emerge scorrendo le motivazioni delle sentenze. In particolare, controversie aventi ad oggetto le questioni di cui si tratta sono arrivate in due occasioni di fronte al *Tribunal Supremo*, le pronunce del quale rappresentano un punto di riferimento costante per la giurisprudenza successiva e per la dottrina.

Le fattispecie all'origine delle vicende giudiziali erano del tutto analoghe, in quanto in entrambi i casi un padre aveva proposto domanda risarcitoria una volta venuto a conoscenza che i figli nati durante il matrimonio, per anni creduti propri e, conseguentemente, curati, mantenuti e amati come tali, in realtà, erano il frutto di una relazione adulterina. Nonostante le fattispecie concrete fossero molto simili, sono state divergenti le strategie processuali degli attori e, conseguentemente, le argomentazioni impiegate dal *Tribunal Supremo* per respingere le pretese: la prima domanda volta al risarcimento dei pregiudizi patrimoniali, quali l'aver dovuto per anni mantenere un bambino nell'erronea convinzione che fosse figlio proprio, e non patrimoniali, patiti conseguentemente alla lesione della dignità e dell'onore derivanti dall'occultamento della paternità posto in essere dalla convenuta per diversi anni, è stata rigettata dal *Tribunal Supremo*, con sentenza 22 luglio 1999 n. 687¹⁰⁶, per il fatto che la moglie, non conoscendo con certezza la reale paternità del figlio, non sarebbe stata in mala fede, nè la sua condotta sarebbe stata caratterizzata da un intento doloso.

desventuras de conyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil, cit., p. 539 ss. Tramite il ricorso allo strumento di cui all'art. 1902 *Codigo Civil* sarebbe dunque possibile ottenere il ristoro dei danni morali e dei danni patrimoniali non ricompresi nel disposto di cui all'art. 98 *Codigo civil*: di tale avviso G. GARCÍA CANTERO, *Comentario a los artículos 97 a 101 Codigo civil*, cit., p. 448. Tuttavia J. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *La indemnización por nulidad de matrimonio*, cit., p. 2, sottolinea come, uscendo dall'ambito dell'art. 98 *Codigo Civil* e rientrando in quello di cui all'art. 1902 *Codigo Civil*, l'attore avrebbe il grave inconveniente di dover provare l'effettività e la reale sussistenza dei danni patiti.

¹⁰⁶ STS, 22 luglio 1999, n. 687, in *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1999, 5721.

A riguardo, si può osservare come l'attore non abbia fondato la sua pretesa sull'inadempimento del dovere di fedeltà, ma sulla violazione di diritti diversi (e di rango superiore), quali la dignità e l'onore, verificatasi con la scoperta della reale derivazione biologica del figlio. Conseguentemente la condotta che avrebbe cagionato l'illecito non sarebbe dunque stata quella adulterina in sé, quanto l'aver celato per anni la verità.

Tali premesse sono rilevanti se si considera come dalla pronuncia emerge, in *primis*, che i pregiudizi derivanti dalla mera violazione dei doveri coniugali non diano luogo a pretese risarcitorie e, in secondo luogo, come l'occultamento della paternità, lesivo di interessi diversi (e superiori), perdurato per diversi anni, possa dar luogo ad un illecito, fonte di obbligazione risarcitoria per i danni eventualmente da esso scaturenti *ex art. 1902 Codice civil* (responsabilità extracontrattuale), solamente però se la condotta era dolosa.

Per quanto concerne, invece, la seconda vicenda sottoposta al vaglio del *Tribunal Supremo*, si deve osservare come, di fronte ad una situazione concreta analoga alla precedente, la domanda attorea sia stata, invece, diretta ad ottenere il ristoro dei pregiudizi derivanti dall'inadempimento del dovere "contrattuale" di fedeltà mediante il ricorso allo strumento di cui all'art. 1902 *Codice civil* (responsabilità contrattuale).

Il *Tribunal Supremo*, con sentenza del 30 luglio 1999 n. 701¹⁰⁷, decise di non accogliere la pretesa, sostenendo che in questo caso, l'unica conseguenza giuridicamente derivante dall'inadempimento dei doveri in questione sarebbe stata la possibile applicazione dei rimedi del diritto di famiglia. In particolare, il giudice non ha ritenuto invocabile nel caso di specie la disciplina di cui all'art. 1101 *Codice civil*, non potendosi considerare tali doveri contrattuali in ragione della natura propria del matrimonio.

La riconducibilità degli illeciti endo-familiari all'interno della categoria dell'illecito contrattuale di cui agli artt. 1101 ss. *Codice civil*

¹⁰⁷ STS, 30 luglio 1999, n. 701, in *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1999, 5726.

civil sarebbe esclusa, sempre secondo il *Tribunal Supremo*, per il fatto che il matrimonio non è un contratto, ma un negozio giuridico di diritto di famiglia, costitutivo di *status* dal quale deriva una piena comunione di vita spirituale e materiale tra coniugi con i diritti-doveri di coabitazione, fedeltà, rispetto e mutuo soccorso¹⁰⁸. Al di là della questione concernente la decisione di avanzare una pretesa mediante lo strumento della responsabilità contrattuale, invece che ricondurre detto illecito nell'alveo dell'art. 1902 *Código civil*, pare criticabile la scelta della parte che ha preferito invocare, a fondamento della sua pretesa, l'inadempimento del dovere di fedeltà, quando ben avrebbe potuto basare la richiesta sulla violazione della dignità, verificatasi con la scoperta dell'occultamento della paternità¹⁰⁹.

Anche l'*Audiencia Provincial* di Madrid, con sentenza del 28 novembre 1994¹¹⁰, ha negato con fermezza la risarcibilità dei danni morali derivanti dalla violazione dei doveri coniugali, enunciati negli artt. 67 *Código civil* ss., in quanto la loro inattuazione non costituirebbe inadempimento di un'obbligazione giuridicamente esigibile e, per tale ragione, non potrebbe originare una pretesa. Secondo il giudice, se il legislatore avesse inteso sanzionare giuridicamente le infrazioni ai doveri coniugali, non solo con la separazione o con il divorzio, ma con uno specifico rimedio risarcitorio, avrebbe previsto tale possibilità all'interno degli effetti della separazione o del divorzio, facendo rientrare, per esempio, il

¹⁰⁸ Non reputano possibile ricondurre detti illeciti all'interno dell'alveo della responsabilità contrattuale: J. RAMON DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, cit., p. 6; AP Barcellona, 16 gennaio 2007 n. 27, JUR/2007/323682.

¹⁰⁹ Di tale avviso è A.M. ROMERO COLOMA, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, cit., p. 50, secondo la quale sarebbe stata la cattiva formulazione della domanda attorea nella parte in cui avanzava una pretesa risarcitoria di natura contrattuale per violazione dei doveri coniugali, senza invece porre l'attenzione sui danni patiti a causa del doloso occultamento della paternità, a determinare il rigetto delle pretese.

¹¹⁰ AP Madrid, 28 novembre 1994, in *Revista General de Derecho* 1995, p. 2442. In particolare in questo caso il giudice si è pronunciato in riforma di una sentenza di I grado (15 febbraio 1988) che aveva condannato al risarcimento per i danni morali derivanti da un inadempimento del dovere contrattuale di fedeltà, reputato risarcibile *ex art. 1101 Código Civil*. Secondo il Tribunale infatti, essendo il matrimonio un contratto, tutti i doveri da esso derivanti sarebbero stati contrattuali.

risarcimento all'interno della *pension compensatoria* (art. 97 *Codigo Civil*).

L'orientamento è stato ribadito anche dall'*Audiencia Provincial* di Segovia che, con sentenza del 30 settembre 2003 n. 186 ¹¹¹, ha rigettato la richiesta di risarcimento preteso da una moglie per i pregiudizi morali derivanti dall'inadempimento da parte del marito dei doveri coniugali di aiuto e mutuo soccorso, poichè l'abbandono della casa familiare, non essendo contemplato all'interno del *Codigo Civil* come comportamento comportante sanzione alcuna, permetterebbe solo di richiedere la separazione e il divorzio. Secondo l'*Audiencia Provincial* non sarebbe possibile riconoscere una pretesa risarcitoria per i danni derivanti dall'infedeltà, dall'abbandono o dall'assenza di lealtà nei rapporti di amore, amicizia o comunque personali, dal momento che, così facendo, si entrerebbe nell'ambito dell'extragiuridico. Si permetterebbe infatti il proliferare di categorie di danno morale risarcibili, derivanti dalla lesione di interessi non giuridicamente tutelabili, nei confronti dei quali il diritto non deve giudicare, nè prendere posizione.

Dall'analisi della giurisprudenza in materia emerge come i pregiudizi derivanti dalla violazione dei doveri coniugali non possano trovare tutela risarcitoria, dovendosi, in questo caso, ricorrere tutt'al più agli strumenti offerti dal diritto di famiglia. Ove, tuttavia, la lesione di detti diritti relativi impliciti, altresì, una compromissione di altri diritti della persona, quali l'onore e la dignità, in questo caso parrebbe poter sussistere una responsabilità aquiliana *ex art.1902 Codigo civil*: detta soluzione sembrerebbe potersi ricavare, nel tentativo di giungere ad una visione generale, svincolata dalla considerazione del singolo caso concreto, dalle decisioni che riconoscono fondamento alle pretese risarcitorie nelle ipotesi in cui si sia verificata una lesione della dignità e dell'onore dovuta all'occultamento della paternità, semprechè la condotta sia stata dolosa.

¹¹¹ AP Segovia 30 settembre 2003 n. 186, JUR 2003/244422.

La giurisprudenza è, infatti, unanime nel ritenere necessario, ai fini dell'integrazione degli elementi costitutivi dell'illecito, l'elemento psicologico del dolo che, nei casi fino ad ora considerati, avrebbe dovuto caratterizzare la condotta della madre nel celare la paternità. Per tale ragione l'*Audiencia Provincial* di Valencia, con sentenza, 5 settembre 2007 n. 466¹¹², ha parzialmente accolto la domanda di un padre volta ad ottenere il risarcimento dei danni morali, patiti per aver scoperto il doloso occultamento della reale paternità di tre dei quattro figli, nati durante il matrimonio. L'uomo, infatti, era entrato in uno stato di depressione, sofferenza e malessere fisico, tali da fargli provare una sensazione di perdita assimilabile a quella che avrebbe patito in caso di morte di questi. Il danno, anche in questo caso, non è dipeso tanto dal tradimento in sè, quanto dall'aver taciuto la verità concernente la paternità¹¹³.

Nel caso di specie, l'elemento psicologico del dolo viene considerato presente in quanto la madre, pur cosciente, secondo quanto emerso dall'attività istruttoria, del fatto che i bambini erano frutto di una relazione adulterina, ha scelto comunque di farli iscrivere nel *registro civil* come figli di suo marito e ha lasciato che questi li crescesse e li mantenesse come tali.

Il giudice, coerentemente con l'orientamento emerso dalla giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, non ha invece accordato alcun risarcimento per la lesione del dovere di fedeltà, nè in sede contrattuale, nè in sede extracontrattuale, reputando che in questo caso l'unica tutela riconosciuta fosse quella rappresentata dalla rottura dell'unione.

¹¹² AP Valencia 5 settembre 2007, n. 466, JUR/2007/340366.

¹¹³ In questo senso è costante la giurisprudenza che considera l'occultamento della paternità comportamento idoneo a ledere i diritti del padre, quali l'onore e la dignità e conseguentemente a cagionare danni in capo al soggetto: così AP Barcellona, 16 gennaio 2007 n. 27, JUR/2007/323682; AP Leon, 2 di gennaio 2007, n. 1 (JUR 2007/59972) ha condannato in via solidale la moglie e l'amante della stessa a risarcire i danni morali patiti dal marito per aver dolosamente celato a quest'ultimo il fatto che la bambina, nata durante del matrimonio, in realtà era figlia dell'amante. Il danno non patrimoniale viene qualificato da perdita del rapporto biologico o comunque da perdita della relazione affettiva.

Sempre di fronte ad un caso concreto, analogo ai precedenti, anche l'*Audiencia Provincial* di Barcellona, con sentenza del 16 gennaio 2007 n. 27¹¹⁴, ha considerato necessaria la presenza del dolo in capo al soggetto attivo ai fini della sussistenza di un illecito aquiliano e, accertato tale requisito, ha riconosciuto ad un padre il ristoro dei danni morali, comprovati dai trattamenti terapeutici ai quali per lungo tempo ha dovuto sottoporsi, dovuti alla scoperta che la bambina, che per quattro anni aveva creduto figlia propria, in realtà, non era tale: in particolare l'elemento psicologico è stato desunto da diversi fattori, quali, *in primis*, la presenza di rapporti sessuali della moglie con un altro uomo e, in secondo luogo, il fatto che la stessa, durante i primi anni di matrimonio, si era sottoposta a diversi trattamenti per la cura della infertilità non riuscendo a rimanere incinta. Il comportamento della donna, secondo il giudice, svelerebbe almeno una colpa grave poichè questa, conscia dei problemi di fertilità del marito e di aver intrattenuto per lungo tempo rapporti sessuali con un altro uomo, avrebbe dovuto verificare l'effettiva paternità del figlio con un semplice prelievo di sangue.

Anche l'*Audiencia Provincial* di Segovia, con sentenza del 11 dicembre 2007 n. 213¹¹⁵ e l'*Audiencia Provincial* di Burgos, nella sentenza 16 febbraio 2007 n. 65¹¹⁶, hanno sostenuto che l'occultamento della paternità debba essere doloso.

Dall'analisi della giurisprudenza in materia è emersa dunque la tendenza, che trova le sue radici all'interno dell'ordinamento tedesco e, come vedremo più oltre nella trattazione, diffusa anche in Italia, di

¹¹⁴ AP Barcellona 16 gennaio 2007 n. 27, JUR/2007/323682.

¹¹⁵ AP Segovia, 11 dicembre 2007, n. 213, JUR 2008/148138. In particolare, nel caso di specie l'*Audiencia Provincial* ha rigettato la pretesa per il fatto che sarebbe mancato in capo alla moglie l'elemento psicologico del dolo dal momento che non risultava provato che la stessa sapesse, prima dei risultati del test del Dna che il marito non era il padre biologico. La donna, pur cosciente di avere intrattenuto rapporti sessuali con un altro uomo, non poteva sapere che il figlio fosse proprio di questi, secondo il giudicante.

¹¹⁶ AP Burgos, 16 febbraio 2007 n. 65, JUR/2007/217448. L'*Audiencia Provincial*, pur riconoscendo come i danni morali derivanti dalla condotta dolosa della madre che occultò al marito la reale paternità del figlio siano astrattamente risarcibili, in concreto ha rigettato la domanda per l'assenza di dolo in capo alla donna: il marito, infatti, già dalla nascita della bambina aveva avuto forti dubbi sulla paternità anche perchè era consapevole di non aver intrattenuto rapporti sessuali con la moglie nel periodo del concepimento.

reputare che, nell'ambito del diritto di famiglia, in difetto del requisito del dolo (o almeno della colpa grave), non sarebbero sussistenti i presupposti per l'integrazione della fattispecie astratta di cui all'art. 1902 *Código civil* (responsabilità extracontrattuale)¹¹⁷.

Ciò rappresenterebbe, secondo alcuni, il vero "privilegio" del quale beneficiano i componenti della famiglia rispetto alla responsabilità civile, derivante dall'incidenza operata dalle norme del diritto di famiglia sul criterio di imputazione della responsabilità¹¹⁸: la particolarità delle relazioni familiari determinerebbe così una modifica alla disciplina della responsabilità civile. L'ingresso di quest'ultima all'interno della famiglia diviene così possibile, ma nel rispetto delle caratteristiche proprie e compatibilmente con l'applicazione delle norme specifiche di questa branca del diritto, che fanno sì che possa ritenersi sussistente la responsabilità solamente laddove la condotta sia dolosa¹¹⁹, con deroga rispetto a quanto sancito

¹¹⁷ Così M.T. MARÍN GARCIA DE LEONARDO, *Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales*, cit., p. 160 s.

¹¹⁸ In questo senso P. SALVADOR, S. RAMOS GONZÁLES e A. LUNA YERGA, *Un ojo de la cara*, in *Indret*, 2000, n. 3, p. 9, che sottolineano come i familiari possano essere chiamati a rispondere dei danni cagionati solamente se la condotta è dolosa. Diversamente, quando il comportamento che ha cagionato il danno è caratterizzato dall'elemento psicologico della colpa non possono venir chiamati a rispondere: si tratta di un privilegio non scritto delle relazioni familiari per il quale i parenti prossimi non rispondono per la causazione negligente o fortuita di danni. Questo privilegio potrebbe trovare diverse giustificazioni, quali l'esigenza di evitare di incrementare i costi della genitorialità con il dovere di assumere i costi dei danni causati al parente prossimo in quanto si arriverebbe a risultati controproducenti.

¹¹⁹ A.M. RODRIGUEZ GUITIAN, *Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre conyuge y daños entre los miembros de la pareja de hecho*, cit., p. 74. Nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, la gradazione della colpa in grave, lieve o lievissima normalmente non ha rilevanza. Tuttavia, dalle disposizioni esistenti in materia di responsabilità nell'ambito del diritto di famiglia si può dedurre l'esigenza del dolo o almeno della colpa grave nella condotta dell'agente perché in questo ambito sono richiesti diversi standard di condotta. In particolare detta tendenza emergerebbe dall'art. 168 *Código civil* nella parte in cui stabilisce che i genitori, nel caso in cui abbiano perso o fatto deteriorare i beni del figlio a causa del loro comportamento doloso o caratterizzato da colpa grave, rispondano dei danni e i pregiudizi patiti da quest'ultimo, e anche dagli artt. 1390 e 1391 concernenti l'amministrazione dei beni facenti parte della *sociedad de gananciales* (M.T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas*, cit., p. 193 s.; ID., *Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales*, in *Daños en el derecho de familia*, a cura di DE VERDA Y BEAMONTE J. R e altri, Navarra, 2006, p. 148 e p. 160).

dall'art. 1902 *Código Civil* in base al quale sarebbe sufficiente un comportamento anche solo colposo.

Si tratta tuttavia di un assunto nei confronti del quale parte della dottrina avanza critiche dal momento che, non essendo il dolo espressamente richiesto per la configurazione della fattispecie astratta di cui all'art. 1902 *Código Civil*, si finirebbe con l'introdurre la necessità di un requisito non richiesto da parte del legislatore¹²⁰. Si arriverebbe in questo modo, come più avanti si avrà modo di approfondire parlando della situazione presente all'interno del nostro ordinamento, a prevedere una limitazione della tutela riconosciuta al danneggiato non sorretta dal dato normativo.

Sebbene la dottrina e la giurisprudenza prevalenti neghino l'ammissibilità della tutela risarcitoria anche per quei pregiudizi derivanti dal mero inadempimento dei doveri coniugali¹²¹, alcuni autori hanno cercato invece di sostenere come dette pretese dovrebbero trovare invece riconoscimento, non potendo il silenzio del legislatore essere invocato per negare il ristoro dei pregiudizi eventualmente verificatisi, ma, al contrario, per sostenere l'applicabilità della disciplina generale¹²².

In particolare, il risarcimento dei danni morali derivanti dalla violazione dei doveri coniugali sarebbe possibile sempreché si tratti di inadempimenti gravi e reiterati e siano sussistenti i presupposti dell'illecito extracontrattuale¹²³: non sarebbe in ogni caso sufficiente constatare la sussistenza di un atto illecito, ma sarebbe necessario il verificarsi di danni derivanti causalmente da detto comportamento,

¹²⁰ A. M. ROMERO COLOMA, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Barcellona, 2009, p. 50.

¹²¹ E. FARNÓS AMORÓS, *Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad*, in *Indret*, 2007, n. 4, p. 11.

¹²² M.T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?*, cit.

¹²³ J. RAMON DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, cit., p. 3.

caratterizzato dall'elemento psicologico richiesto in capo al soggetto agente¹²⁴.

In tale ottica, non sarebbe basilare che il diritto leso sia assoluto, essendo invece sufficiente che si tratti di un diritto relativo, o semplicemente di un'aspettativa legittima¹²⁵. In senso parzialmente difforme, è stato affermato invece che per potersi riconoscere detta pretesa, l'inadempimento dei doveri coniugali posto in essere dovrebbe, per la sua intrinseca gravità o per per la sua reiterazione, essere idoneo a rompere l'equilibrio della relazione coniugale, fino anche a ledere i diritti fondamentali dell'altro coniuge o beni di quest'ultimo che non siano considerati indegni da parte dell'ordinamento¹²⁶.

Altri ancora giungono ad affermare la necessità della creazione di una nuova disciplina speciale della responsabilità civile (se non anche una nuova categoria) per gli illeciti tra familiari, in quanto l'applicazione delle regole e dei principi previsti per la responsabilità civile in materia patrimoniale determinerebbe più pregiudizi rispetto a quelli che si pretende di riparare¹²⁷.

¹²⁴ J. RAMON DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, cit., p. 6.

¹²⁵ M.T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del regime de visitas*, cit., p. 199.

¹²⁶ A.M. RODRIGUEZ GUITIAN, *Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre conyuge y daños entre los miembros de la pareja de hecho*, cit. p. 73.

¹²⁷ Secondo M. DE ARANZANU NOVALES ALQUEZAR, *Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el derecho de familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges*, in *Revista jurídica del notariado*, n. 60, 2006, spec. p. 204 e 215, bisogna capire come applicare al matrimonio certe regole del diritto dell'obbligazioni. Seppure i doveri derivanti dal matrimonio e più generalmente gli obblighi familiari sono giuridici, si caratterizzano tuttavia per una natura propria imperniata dai principi costituzionali e legali che li governano e per tale ragione bisognerebbe riflettere sulla possibilità di assimilarli alle obbligazioni, e forse si dovrebbe ragionare sull'elaborazione di una categoria generale concernente la responsabilità all'interno del diritto di famiglia, distinta rispetto alla responsabilità in materia di obbligazioni e comprensiva, come questa, della responsabilità per danni morali e patrimoniali. In definitiva – sempre secondo l'A. - ammesso il carattere giuridico degli obblighi personali che derivano dal matrimonio, la logica obbliga a determinare se il matrimonio sia o meno un contratto, in quanto la soluzione implica l'applicazione di categorie diverse di responsabilità, oppure se non sia preferibile non ricorrere alla disciplina di dette fattispecie, ma procedere nell'elaborare una disciplina speciale di responsabilità per danni causati all'interno della famiglia, dal momento che quello che si sta facendo ora, con varie scuse (come quella dovuta alla difficoltà

Al di là delle diverse soluzioni prospettate a riguardo, si deve constatare come anche la dottrina più restia arrivi ad ammettere che un coniuge possa incorrere in responsabilità per i danni derivanti dalla lesione di diritti o interessi dell'altro coniuge concettualmente separabili rispetto all'interesse a tener in vita il matrimonio e al rispetto delle sue regole, non potendo essere limitata la tutela per i pregiudizi conseguenti alla lesione dell'integrità fisica o psichica del coniuge, della libertà, dell'onore, dell'intimità, della libertà sessuale o del patrimonio¹²⁸. Il componente della famiglia, infatti è, anzitutto una persona e non esiste alcuna prerogativa familiare che permetta che un membro della famiglia possa cagionare ad altri un danno senza che possa essere chiamato a rispondere in virtù del vincolo familiare¹²⁹.

Le pretese risarcitorie devono, altresì, trovare accoglimento in quelle ipotesi in cui risultino integrati gli estremi di una fattispecie delittuosa secondo quanto disposto dall'art. 109 *Codigo penal*, in base al quale il compimento di un atto descritto dalla legge come delitto o mancanza, obbliga chi lo ha commesso a riparare i danni e i pregiudizi, e dall'art. 116, primo comma, *Codigo penal*, secondo il quale tutte le persone responsabili di un delitto o di una mancanza sono anche responsabili civilmente se dal loro atto sono derivati danni

di inquadramento del matrimonio all'interno della categoria dei contratti) comporta il privare il diritto di famiglia di un regime generale sulla responsabilità civile.

¹²⁸ J. FERRER RIBA, *Relaciones familiares y limites del derecho de daños*, in *Indret*, 2001, n. 4, p. 15. In questo senso anche E. FARNÓS AMORÓS, *El precio de ocultar la paternidad*, in *Indret*, 2005, n. 2, p. 8.

¹²⁹ M.T. MARIN GARCIA DE LEONARDO, *¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?*, cit.

o pregiudizi¹³⁰. In ogni caso l'attore sarà chiamato a dare una prova dei danni sofferti¹³¹.

A conclusione di questa breve analisi comparatistica vi è comunque da rilevare come in Spagna le pretese risarcitorie avanzate nei confronti del coniuge tendenzialmente rimarranno limitate rispetto a quelle che potrebbero sorgere all'interno del nostro ordinamento per una ragione molto semplice, che riguarda il termine di prescrizione della relativa azione¹³². La domanda si prescrive, infatti, come già precisato, nel termine di un anno. In un lasso di tempo così ridotto pare difficile l'emersione di detto fenomeno, soprattutto se si considera che, fino al momento in cui il matrimonio non entra in crisi, difficilmente vengono avanzate pretese in giudizio. La scelta di attendere e far valere le proprie ragioni una volta presa la decisione di porre fine all'unione potrebbe facilmente fare in modo che sia già troppo tardi per agire.

¹³⁰ Numerose sono le pronunce all'interno delle quali l'autore del reato posto in essere nei confronti dei familiari è stato condannato al risarcimento dei danni: si rimanda alla sentenza dell'AP Santa Cruz de Tenerife, 27 gennaio 2006, n. 67, JUR/2006/102668, che ha condannato un padre, responsabile per aver posto in essere il reato omissivo proprio di cui al primo comma dell'art. 227 *Código Penal*, consistente nel mancato pagamento delle prestazioni economiche imposte dal provvedimento del giudice, anche a risarcimento dei danni derivanti dalla sua condotta delittuosa; AP Las Palmas, 11 dicembre 2002 n. 291, JUR/2003/67470; AP Valladolid del 21 ottobre 2003, n. 482, JUR/2004/626; AP Huelva, 11 marzo 2004, JUR/2004/69390; l'AP Ciudad Real, 10 novembre 2005 n. 170, JUR/2006/21118; AP Zaragoza, 16 maggio 2006, n. 266, JUR/2006/253700.

¹³¹ A.M. RODRIGUEZ GUITIÁN, *Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre conyuge y daños entre los miembros de la pareja de hecho*, in *Revista de derecho patrimonial*, 2003, n. 10, p. 73.

¹³² M.T. MARIN GARCIA DE LEONARDO, *¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?*, cit.

Capitolo II: Gli illeciti derivanti dalla violazione di diritti dei figli

SOMMARIO: 1. Il rapporto genitori-figli. - 2. I diritti dei figli minori. - 3. I rimedi applicabili avverso la violazione dei diritti del figlio. - 4. Il rimedio risarcitorio.

1. Il rapporto genitori-figli.

L'indagine fin qui condotta ha messo in evidenza il mutare dell'atteggiamento verso l'ammissibilità di un'azione risarcitoria proposta nei confronti di un soggetto che non è un estraneo qualsiasi, ma è una persona con la quale si è legati da un vincolo di parentela oppure di coniugio. A questo punto, si può concentrare l'attenzione sulla tutela avverso gli illeciti che postulano la sussistenza di un rapporto di filiazione. Preso atto della caduta delle ragioni che ostacolavano l'ingresso della responsabilità civile nell'universo familiare, si può considerare l'aspetto centrale della tesi: la tutela risarcitoria riconosciuta ai figli nei confronti dei genitori per condotte che ledono i diritti di questi ultimi.

La pretesa risarcitoria presenta elementi di distinzione rispetto alle azioni risarcitorie che potrebbero venir avanzate da soggetti che si trovano in un rapporto per così dire orizzontale, non fosse altro per il fatto che il rapporto genitoriale è caratterizzato da interessi diversi e presenta rilevanti peculiarità. Per tale ragione, prima di considerare il profilo rimediale, si rendono opportune alcune brevi premesse sul rapporto genitori-figli e sulla sua evoluzione, che ha proceduto di pari passo rispetto a quella della relazione tra coniugi.

Come già osservato, la famiglia, nella disciplina dettata dal Codice del 1942, era connotata da una struttura gerarchica e piramidale in cui il padre era l'unico a poter esercitare la potestà sulla prole. Il rapporto genitoriale era caratterizzato dall'autorità del padre verso il minore, sottoposto alla patria potestà. I figli, in quest'ottica, non venivano considerati "soggetti", ma solo uno degli "oggetti" della

relazione tra coniugi¹³³. Inoltre, era prevista una diversità di trattamento secondo lo *status filiationis*. Evidente era il *favor* verso i figli nati in costanza di matrimonio, i “figli legittimi”, rispetto a quelli nati fuori dal matrimonio che, con un termine dal significato anche dispregiativo, venivano definiti “figli illegittimi”. Da ciò conseguivano sia una deresponsabilizzazione del genitore, sia una diversità di trattamento¹³⁴ e una discriminazione tra figli in relazione al loro *status*¹³⁵.

Nell’esercitare la potestà il padre non doveva tener conto delle aspirazioni della prole, ma doveva impartire ai figli un’educazione conforme ai principi della morale (art. 317 c.c. del 1942). In particolare, disponeva del c.d. *ius corrigendi* nei confronti del figlio minore, ovvero il potere di frenare la sua cattiva condotta, secondo quanto stabiliva l’art. 319 c.c., oggi abrogato. Nell’esercizio di tale diritto, il padre poteva anche arrivare all’utilizzo della violenza, purchè questa fosse finalizzata a correggere. La questione concernente l’ampiezza di tali poteri si intrecciava con quella relativa alla possibilità per il figlio di esperire un’azione risarcitoria nei confronti del padre: poiché lo *ius corrigendi* portava a giustificare le condotte violente aventi finalità educativa¹³⁶, ne derivava che non si riteneva possibile chiamare il genitore a rispondere per i comportamenti posti in essere al fine di correggere la condotta del minore, anche se detti comportamenti tenuti nei confronti di un estraneo avrebbero integrato gli estremi di un illecito, fonte di obbligazione risarcitoria. Pertanto,

¹³³ Così F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*², cit., p. 20.

¹³⁴ I figli naturali riconosciuti avevano diritto, al pari di quelli legittimi, di essere educati, istruiti e mantenuti dal genitore che aveva posto in essere il riconoscimento. Diversamente, quelli non riconosciuti o non riconoscibili avevano diritto unicamente ad un sussidio di natura alimentare (vecchio testo dell’art. 279 c.c.): solamente con la sentenza della Corte Cost. 8 maggio 1974, n. 1974, è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 279 c.c. nella parte in cui prevedeva che al figlio non riconoscibile o non riconosciuto spettasse unicamente il diritto agli alimenti, non riconoscendogli, altresì i diritti al mantenimento, all’istruzione e all’educazione. Le differenze tra figli a seconda dello *status* si accentuavano poi sul piano successorio poiché a questi ultimi era riconosciuto unicamente un assegno vitalizio alimentare. Invece i figli naturali riconosciuti rientravano nel novero dei legittimari, ma ad essi spettava una quota ridotta rispetto a quella degli eredi legittimi.

¹³⁵ Così M. DOGLIOTTI, *Sulla responsabilità del genitore per il fatto della procreazione*, in *Giur. it.*, 1978, pt. I, c. 185.

¹³⁶ Si rimanda a riguardo a P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, cit., p. 438 ss.

l'esercizio di tale potere, ove legittimo, ovvero adeguato alle circostanze e al pregiudizio che si intendeva evitare al figlio, non poteva dare luogo a un illecito. In quest'ottica, l'irresponsabilità era una diretta conseguenza del carattere autoritario, proprio della patria potestà.

Anche per quanto riguarda gli atti dannosi cagionati al di fuori dell'esercizio legittimo dello *ius corrigendi*, non si riteneva accoglibile l'eventuale domanda risarcitoria proposta dal figlio verso il genitore. La giustificazione pareva fondarsi sul fatto che l'obbligo risarcitorio sarebbe stato assorbito nell'ambito di quello di mantenimento, in quanto le conseguenze dannose prodotte (quali le spese necessarie per le cure ecc.) sarebbero state, infatti, comunque sostenute dal padre che, in questo modo, avrebbe già sopportato ripercussioni sfavorevoli per il suo comportamento. Al di là di questa prospettiva, peraltro criticabile¹³⁷, a favore dell'irrisarcibilità di detti pregiudizi veniva invocata anche l'esigenza di garantire la pace domestica che, come sopra precisato, ostacolava anche il riconoscimento di una tutela risarcitoria contro gli illeciti posti in essere tra coniugi. In tal senso si sosteneva che l'agire in giudizio avrebbe compromesso il rapporto educativo tra genitori e figli¹³⁸. Per tali ragioni, anche questi comportamenti non venivano considerati quali possibili fonti di un'obbligazione risarcitoria, anche se non vi era alcuna disposizione normativa che sancisse l'irresponsabilità per gli illeciti che non trovassero la loro giustificazione nella necessità di frenare la condotta del figlio¹³⁹.

¹³⁷ Critico a riguardo è anche S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 106 s., secondo il quale le eventuali spese sostenute dai genitori o il mancato guadagno non potrebbero essere considerati un equivalente del risarcimento.

¹³⁸ A riguardo R. TORINO, *Il risarcimento del danno in famiglia: profili comparatistici*, in *Tratt. della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. CENDON, Padova, 2004, vol. III, p. 2716 s., ritiene che detta preoccupazione possa sussistere solamente rispetto agli illeciti basati sull'elemento soggettivo della colpa.

¹³⁹ Diversamente, all'interno di altri ordinamenti, quali quello francese, erano presenti previsioni normative che espressamente escludevano l'azione del figlio nei confronti del genitore (art. 204 *Code Napoléon*). Nei paesi di *common law* non era invece prevista un'*immunity* dei genitori. I figli minori, godendo di una propria e autonoma identità – a differenza della moglie – venivano considerati soggetti giuridici, titolari di diritti e obblighi (si veda a riguardo S. PATTI,

Come già in precedenza affermato, solamente in seguito all'emanazione della Costituzione e alla riforma del diritto di famiglia, volta all'adeguamento della disciplina codicistica al dettato costituzionale, la situazione ha subito una radicale modifica in chiave di tutela della persona: la patria potestà è divenuta potestà genitoriale, e questa è stata enunciata non più quale situazione di soggezione del figlio nei confronti del genitore, ma in termini di ufficio da esercitare nell'interesse della prole¹⁴⁰. In quest'ottica è ora intesa quale potere-dovere finalizzato alla crescita e allo sviluppo della personalità di questi¹⁴¹. In particolare, l'art. 147 c.c. attualmente prevede che i

Famiglia e responsabilità civile, cit., p. 97 ss., che sottolinea come l'assenza della previsione di una finzione di unità concettuale tra genitori e figli all'interno dei paesi di *common law* dipendesse dal fatto che tra questi soggetti non vi sarebbe stata una manifestazione di volontà diretta a creare l'unità di persone). Pertanto, in mancanza di una diversa previsione, si riteneva astrattamente ipotizzabile l'azione del figlio per il risarcimento dei danni cagionati da coloro che lo avevano messo al mondo. Laddove, invece, negli Stati Uniti, nonostante le regole di *common law* non la escludessero, si negava l'esperibilità di detta pretesa, adducendo la necessità di salvaguardare l'armonia domestica. Anche in tale ambito, tuttavia, la giurisprudenza americana ha iniziato lentamente a mutare indirizzo, consentendo dapprima l'azione risarcitoria per i danni cagionati tra soggetti solo casualmente legati da vincolo di parentela (es. il padre che in auto non fa attenzione nel far manovra ed investe il figlio), oppure nelle ipotesi in cui l'obbligazione risarcitoria sarebbe stata sopportata dalle compagnie di assicurazione, fino ad arrivare a superare la regola immunitaria. Maggiori resistenze si sono manifestate invece per il superamento dell'immunità per gli illeciti commessi nell'esercizio della potestà: si veda a riguardo S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 100 e p. 109, nota 165.

¹⁴⁰ È venuta così meno la connotazione autoritaria che caratterizzava l'istituto: a proposito si rimanda a F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*², cit., p. 34. L'A. rileva come, a seguito della riforma, dalla famiglia debbano essere espunte le forme autoritarie a vantaggio di un rapporto educativo basato sul dialogo tra persone tutte di pari dignità in una comunione di vita dove sia effettivamente possibile lo sviluppo della personalità di ciascun componente.

¹⁴¹ Si rimanda a proposito a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 944 s., secondo il quale il rapporto educativo oramai non sarebbe più tra un soggetto e un oggetto, ma sarebbe una correlazione di persone, dove non sarebbe possibile concepire un soggetto soggiogato all'altro. Per G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 413, con la riforma del 1975 il minore da oggetto della potestà dei genitori è divenuto soggetto di diritto. Si è sostenuto tuttavia che comunque la potestà genitoriale continuerebbe a guardare al minore come ad un destinatario di decisioni altrui. La disciplina esistente sarebbe ancora espressiva di un punto di vista che vede al minore come inabile al compimento di qualunque scelta e privo di autonomia e comporterebbe la prevalenza dell'alibi della difesa del minore dal mondo esterno sull'esigenza di una sua maggiore responsabilità e autonomia. Per tale ragione si è suggerito che si dovrebbe arrivare in tale ottica ad un mutamento di prospettiva nel modo di vedere la potestà non più quale potere-dovere esercitato in condizione di disparità, ma quale responsabilità genitoriale in un'ottica di collaborazione ed indirizzo (così M. SESTA, *Diritto di famiglia*², Padova, 2005, p. 449; ID., *Genitori e figli tra potestà e responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 222). Per un

genitori debbano educare, istruire e mantenere il figlio minore tenendo conto delle sue capacità, aspirazioni e inclinazioni naturali¹⁴², in modo tale da permettere una promozione della personalità di quest'ultimo¹⁴³. Il minore, infatti, è una persona con eguale valore rispetto all'adulto¹⁴⁴ e, al pari di quest'ultimo, deve poter sviluppare la sua personalità in famiglia¹⁴⁵, in quanto l'appartenenza alla stessa non può comportare una contrazione dei suoi diritti¹⁴⁶.

approfondimento sulla potestà genitoriale si rimanda a: M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI, 1992, Padova, Vol. IV, p. 285 ss.

¹⁴² In tale ottica la potestà deve essere esercitata esclusivamente in funzione del perseguimento dell'interesse del minore che ne è soggetto: così M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, cit., p. 300. I parametri in base ai quali adempiere a tali doveri non sono più oggettivi (i principi della morale), ma soggettivi, dal momento che non potrà essere data un'istruzione, un'educazione o un mantenimento per così dire standardizzato, ma si dovrà valutare la specificità e le esigenze del soggetto che si ha di fronte. In quest'ottica, i genitori devono adempiere degli obblighi nei confronti dei figli tenendo conto del preminente interesse di quest'ultimi: si rimanda a riguardo a A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt., dir. civ. comm.*, Milano, 2007, p. 578 ss. Sul punto, P. VERCELLONE, *Libertà dei minorenni e potestà dei genitori*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 540, rileva come il fatto che il genitore debba "tener conto" delle capacità, delle inclinazioni e delle aspirazioni dei figli non voglia dire che debba subordinare ogni scelta alla conformità o meno ad esse dal momento che sono ancora da saggiare e confuse. Significherebbe, invece, che il genitore non debba tener conto delle proprie aspirazioni, facendo crescere il figlio a propria immagine.

¹⁴³ A riguardo P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori*, in *Filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di COLLURA, LENTI, MANTOVANI, Milano, 2002, p. 962 ss.

¹⁴⁴ V. G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 404.

¹⁴⁵ Si veda a riguardo P. ZATTI, *Famiglia, familiae- declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, p. 32. L'A. rileva come, a seguito della riforma, il reciproco rispetto della personalità dei componenti sia diventato il principio costitutivo della famiglia.

¹⁴⁶ Importanti riconoscimenti ai diritti dei minori sono stati effettuati con la "Convenzione ONU sui Diritti dell'Infanzia", approvata il 20 Novembre 1989 a New York e ratificata in Italia con la legge 27 maggio 1991 n. 176 (entrata in vigore il 12 giugno 1991), con la quale sono stati dettagliati, revisionati ed ampliati i diritti del minore. Di particolare importanza sono: l'articolo 2 che al primo comma stabilisce che gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti enunciati nella presente Convenzione e a garantirli a ogni fanciullo che dipende dalla loro giurisdizione, senza distinzione di sorta e a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza; il secondo comma prevede che gli Stati parti adottino tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivata dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari; l'art. 12 dispone che gli Stati garantiscano al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto delle sue capacità e del suo grado di maturità. A tal fine si darà in

Gli obblighi previsti dall'art. 147 c.c. devono essere adempiuti nei confronti dei figli, a prescindere dallo *status filiationis* di questi ultimi, in virtù del disposto dell'art. 30 Cost., che prevede che sia dovere e diritto dei genitori mantenere, educare e istruire i figli, anche se nati fuori dal matrimonio¹⁴⁷.

Di particolare interesse, nell'economia del lavoro, è anche l'abrogazione, ad opera della legge di riforma del diritto di famiglia, dell'art. 319 c.c., disposizione che attribuiva al padre lo *ius corrigendi*: pertanto, non sarebbe più possibile invocare a sostegno di una presunta "immunità" l'esercizio di tale diritto. Se, infatti, si volesse considerare ancora sussistente il potere di correggere nonostante la sua formale abrogazione, sarebbe comunque da escludere che, alla luce del nuovo modo di intendere il rapporto genitoriale e la tutela della persona all'interno delle formazioni sociali, il suo esercizio possa spingersi fino a consentire l'utilizzo della violenza o comunque a cagionare al minore danni, seppur con l'intento di fargli del "bene". Il potere in questione non potrebbe essere, infatti, in nessun modo considerato illimitato e insindacabile¹⁴⁸. I comportamenti violenti, pur se nell'intenzione del genitore siano diretti a formare e correggere, potrebbero ben essere fonte di illecito risarcibile, qualora dovessero essere sussistenti i presupposti di cui si parlerà in seguito. Mutato il modo di intendere la potestà, venuto meno l'aspetto autoritario della stessa e compreso come il minore sia da considerare persona, si deve concludere che il compimento di atti che, se posti in

particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale.

A livello europeo invece è intervenuta la Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata dall'Italia con legge 20 marzo 2003, n. 77, mediante la quale si è fatto un ulteriore passo nel senso di consentire l'ascolto del minore capace di intendere e volere all'interno dei procedimenti che lo riguardano.

¹⁴⁷ La norma, infatti, pone a carico dei genitori detti obblighi senza porre alcuna distinzione in ordine al fatto che siano o meno coniugati. Pertanto, si è arrivati ad una quasi completa equiparazione sostanziale tra i figli (totale per i profili personali), salvi rari contesti in cui si verifica ancora una disparità di trattamento: basti pensare alla disciplina concernente l'inserimento nella famiglia legittima del figlio naturale, prevista all'art. 252 c.c., e alla facoltà di commutazione sancita a favore dei figli legittimi dall'art. 537 c.c.

¹⁴⁸ Così A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*², in *Trattato dir. priv.*, n. 4, *Persone e famiglia*, vol. III, 1997, Torino, p. 612 s.

essere da un terzo, darebbero luogo ad illeciti risarcibili, non può invece essere considerato – se non entro certi limiti – atto lecito in quanto espressione dell'esercizio della potestà¹⁴⁹. Per tale ragione, appare necessaria una rimediazione della tematica in esame alla luce della mutata veste della tutela della persona all'interno delle formazioni sociali.

2. I diritti dei figli minori.

Per comprendere se la violazione dei diritti del figlio ad opera dei genitori possa integrare, in presenza dei requisiti richiesti, gli estremi di un illecito, fonte di un'obbligazione risarcitoria, è necessario premettere quali siano le situazioni soggettive delle quali questi è titolare: solamente così si può comprendere, infatti, quale sarebbe l'interesse la cui lesione giustificherebbe una pretesa in tal senso.

Il figlio è, innanzitutto, titolare delle situazioni esistenziali – anche note come «diritti inviolabili dell'uomo» o, con terminologia poco corretta, come «diritti della personalità» – riconosciute e garantite alla persona in quanto tale, sia come singolo, sia all'interno delle formazioni sociali (art. 2 Cost.). Tali situazioni, in quanto caratterizzate dall'assolutezza, possono essere fatte valere nei confronti di tutti i consociati che, per questo, sono tenuti, in via di principio, ad un dovere di astensione dal porre in essere comportamenti lesivi degli stessi¹⁵⁰.

Al minore vengono poi riconosciuti anche diritti relativi nei confronti dei genitori, i c.d. obblighi genitoriali. Questi ultimi sono,

¹⁴⁹ L'abuso dei mezzi di correzione è sanzionato anche penalmente all'art. 570 c.p. introdotto dal Codice Rocco. Diversamente sotto la vigenza del Codice Zanardelli i fatti compiuti dal *pater familias* nell'esercizio delle sue funzioni educative erano irrilevanti penalmente. Anche la disciplina attuale è favorevole verso il genitore in considerazione del ruolo educativo da lui svolto. A riguardo si rimanda a E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981, p. 119 ss.

¹⁵⁰ Per un approfondimento sul tema, e sul significato del «dovere di astensione», si rimanda a D. MESSINETTI, voce "*Personalità (diritti della)*", in *Enc. dir.*, Milano, 1983, vol. XXIII, p. 355 ss.; P. RESCIGNO, "*Personalità (diritti della)*", in *Enc. giur.*, Roma, 1990, vol. XXIII.

innanzitutto, quelli indicati all'art. 147 c.c. e costituzionalizzati dall'art. 30 Cost., ovvero i doveri di educare, istruire e mantenere la prole, che rappresentano non solo un dovere dei genitori, ma anche un loro diritto, garantito dalla stessa Costituzione¹⁵¹. Non è questa la sede dove approfondire il tema accennato: valgono, pertanto, alcune brevi osservazioni.

L'obbligo di educare, ricomprendendo ogni attività volta alla formazione morale del carattere del figlio, con particolare riguardo al suo inserimento nell'ambiente sociale¹⁵², viene a ricoprire un ruolo essenziale in quanto consente al minore lo sviluppo della sua personalità e lo svolgimento di un processo di maturazione e di formazione della persona¹⁵³. L'obbligo di istruire implica il porre il minore nella condizione di accedere alla cultura e assolvere l'obbligo scolastico. Poiché tale compito viene tendenzialmente affidato alla scuola¹⁵⁴, il genitore adempie la sua funzione con attività che soltanto in via indiretta consentono al figlio di avere un'istruzione, quali l'iscrizione all'istituto scolastico, la scelta dello stesso, il verificare la frequenza a scuola¹⁵⁵.

Per quanto riguarda invece l'obbligo di mantenere, esso comporta la somministrazione al minore di quanto è necessario per soddisfarne i bisogni¹⁵⁶, differenziandosi dall'obbligo alimentare in

¹⁵¹ Si veda A. BELVEDERE, voce "Potestà dei genitori", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1990, vol. XXIII, p. 2.

¹⁵² Per G. GIACOBBE, *Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale*, in *Giust. civ.*, 2005, pt. I, p. 737, educare significa attribuire al soggetto destinatario valori etici per la realizzazione della sua personalità.

¹⁵³ Riguardo all'obbligo di educazione, S. MERELLO, *I rapporti personali tra genitori e figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 796, rileva come possa venir interpretato come diritto del minore a veder rispettati i propri diritti fondamentali e la propria personalità.

¹⁵⁴ A riguardo, e in particolare per ciò che attiene alla situazione «concorrente» della scuola e della famiglia, si rimanda a F. RUSCELLO, *L'istruzione tra scuola e famiglia. Tecniche di tutela della persona*, Napoli, 1992, *passim*.

¹⁵⁵ I genitori che, senza giustificato motivo, non abbiano adempiuto a tale dovere nei confronti del figlio potrebbero incorrere nel reato di cui all'art. 731 c.p. "inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori".

¹⁵⁶ Per maggiori approfondimenti sull'obbligo di mantenimento si rimanda a M. DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1994, vol. VI, tm. 4, p. 49 ss.; e, da ultima, A. CORDIANO, *Contenuto e attualità del*

quanto non limitato ai bisogni essenziali¹⁵⁷. Esso comprende, infatti, quanto necessario a soddisfare le esigenze nascenti dalla vita di relazione e a consentire al figlio lo sviluppo della sua personalità. Il contenuto, come appare evidente, non può essere predeterminato in astratto, ma solo in concreto, essendo necessario tener conto sia delle esigenze del minore, sia delle condizioni patrimoniali e sociali dei genitori¹⁵⁸. A tal fine possono essere valutati non solo i redditi da lavoro dell'obbligato, ma anche altre forme di reddito, quali il patrimonio immobiliare e mobiliare del quale il soggetto è eventualmente titolare¹⁵⁹. Entrambi i genitori dovranno provvedere all'adempimento in proporzione alle rispettive sostanze, tenuto conto della capacità di lavoro professionale o casalingo, secondo il disposto dell'art. 148 c.c.¹⁶⁰. Tale obbligo si differenzia da quello alimentare anche perché prescinde dalla prova dello stato di bisogno. A differenza dei doveri di educazione e istruzione, non viene meno con il raggiungimento della maggiore età, ma solamente nel momento in

dovere di mantenimento dei figli, in *Famiglia*, 2008, p. 103 ss., dove ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

¹⁵⁷ Sull'obbligo alimentare si rimanda a TAMBURINNO, voce "Alimenti", in *Enc. giur.*, Milano, 1958, vol. II, p. 25 ss.; M. DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, cit., p. 95 ss.

¹⁵⁸ In tal senso si vedano: "il figlio ha diritto ad un livello di vita correlato alle possibilità economiche dei genitori" (Cass. 22 marzo 1993, n. 3363, in *Foro it. Rep.*, 1993, voce "Separazione coniugi", n. 2); "[...] applicando tale principio al mantenimento e all'educazione dei figli naturali, appare evidente come l'obbligo facente capo al genitore deve intendersi soddisfatto soltanto allorché la prole abbia ricevuto, tenuto conto della posizione sociale ed economica dell'onerato, quegli stessi vantaggi che tale posizione assicurava" (Corte d'Appello di Bologna, 10 febbraio 2004, in *Fam. dir.*, 2006, p. 511 ss.).

¹⁵⁹ A riguardo: "La capacità economica di ciascun genitore va determinata con riferimento al complesso patrimoniale di ciascuno, costruito oltre che dai redditi di lavoro subordinato o autonomo, da ogni altra forma di reddito o di utilità, quali il valore dei beni mobili o immobili posseduti, le quote di partecipazione sociale, i proventi di qualsiasi natura percepiti" (Cass. 3 luglio 1999, n. 6872, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce "Separazione di coniugi", n. 74); "Ai fini della determinazione dell'assegno di mantenimento a favore del figlio minore, le buone risorse economiche dell'obbligato hanno rilievo non soltanto nel rapporto proporzionale col contributo dovuto dall'altro genitore, ma anche in funzione diretta di un più ampio soddisfacimento delle esigenze del figlio, posto che i bisogni, le abitudini, le legittime aspirazioni di questo, e in genere le sue prospettive di vita, non potranno non risentire del livello economico-sociale in cui si colloca la figura del genitore" (Cass. 2 maggio 2006, n. 10119, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce "Filiazione", n. 58).

¹⁶⁰ Detto criterio di proporzionalità ha rilievo meramente interno dal momento che nei confronti dei terzi i genitori sono comunque obbligati in solido per le obbligazioni contratte nell'interesse dei figli.

cui il suo destinatario avrà raggiunto l'indipendenza economica, oppure nell'ipotesi in cui tale traguardo non sarà stato raggiunto a causa di un atteggiamento colposo di quest'ultimo¹⁶¹.

I genitori hanno, altresì, l'obbligo di amministrare il patrimonio della prole e di rappresentarla, costituenti, per così dire, il contenuto patrimoniale della potestà¹⁶². Il minore, infatti, in quanto incapace d'agire, non può compiere validamente i negozi e, conseguentemente, non può provvedere da solo all'amministrazione dei beni dei quali è, eventualmente, titolare, né può agire o resistere in giudizio per le questioni che lo riguardano. Pertanto, i genitori dovranno provvedervi, secondo il disposto dell'art. 320 c.c.

Questi obblighi non esauriscono la gamma dei doveri genitoriali, dovendosene, infatti, ritenere sussistenti altri, per così dire impliciti¹⁶³, come i doveri di protezione nei confronti dei figli¹⁶⁴.

Come osservato in precedenza, detti obblighi devono essere adempiuti nei confronti dei figli a prescindere dal loro *status filiationis*¹⁶⁵.

¹⁶¹ Si veda sul punto: "L'obbligo dei genitori di concorrere tra loro al mantenimento dei figli secondo le regole degli artt. 147 e 148 cod. civ. non cessa, "ipso facto", con il raggiungimento della maggiore età da parte di questi ultimi, ma perdura, immutato, finché il genitore interessato alla declaratoria della cessazione dell'obbligo non dia la prova che il figlio ha raggiunto l'indipendenza economica, ovvero che il mancato svolgimento di un'attività economica dipende da un atteggiamento di inerzia di rifiuto ingiustificato dello stesso, il cui accertamento non può che ispirarsi a criteri di relatività, in quanto necessariamente ancorato alle aspirazioni, al percorso scolastico, universitario e post-universitario del soggetto ed alla situazione attuale del mercato del lavoro, con specifico riguardo al settore nel quale il soggetto abbia indirizzato la propria formazione e specializzazione" (Cass. 3 novembre 2006, n. 23673, in *Foro it.*, 2007, pt. I, c. 86).

¹⁶² A riguardo, si rimanda a: F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali. Art. 320-323*, Milano, 2007, p. 11 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Il contenuto patrimoniale della potestà*, in *Filiazione*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. II, Milano, 2002, p. 1076 ss.

¹⁶³ Da ultimo, v. A. ANCESCHI, *Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità*, Milano, 2007, p. 20, secondo il quale accanto ai doveri espliciti, ovvero espressamente previsti dal legislatore, ne sussisterebbero anche di impliciti, ricavabili dalle finalità alle quali deve tendere l'esercizio della potestà genitoriale: all'interno di quest'ultima categoria rientrerebbero i doveri di cura, vigilanza e custodia dei figli.

¹⁶⁴ Sull'esistenza di detti doveri di protezione si rimanda a F. RUSCELLO, *Lineamenti di diritto di famiglia*, Milano, 2005, p. 256.

¹⁶⁵ Per quanto attiene al fondamento dello *status filiationis* si rimanda a M. MANTOVANI, *I fondamenti della filiazione*, in *Filiazione*, in *Tratt. diritto di famiglia*, a cura di P. ZATTI, Milano, 2002, p. 14 ss.

Questione controversa è tuttavia quella attinente al sorgere degli stessi nell'ipotesi di filiazione naturale in cui l'accertamento formale del rapporto avvenga in un momento successivo alla nascita. In passato, si era sostenuto che la loro costituzione sarebbe stata riconducibile all'accertamento formale della filiazione, che avviene a seguito del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale. In tale ottica, il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale rappresenterebbero un elemento costitutivo per il sorgere dei relativi diritti e obblighi¹⁶⁶. A sostegno di tale soluzione si affermava che l'art. 261 c.c. "diritti e doveri derivanti al genitore dal riconoscimento", nella sua formulazione letterale, sembrerebbe ricondurre il sorgere dei doveri al momento del riconoscimento. Tuttavia, detta prospettazione pare da considerarsi superata, essendo preferibile il ritenere che già l'evento della nascita comporti l'originarsi di determinati diritti in capo ai figli nei confronti dei genitori¹⁶⁷. Gli obblighi dei genitori deriverebbero così dal fatto stesso

¹⁶⁶ Di questo avviso è R. DE STEFANIS, *Mancato riconoscimento del figlio naturale e risarcimento del danno*, in *Danno resp.*, 2007, p. 584, per la quale solamente dal riconoscimento deriverebbe il sorgere degli obblighi e dei doveri nei confronti del figlio. Per l'A. l'istituto del riconoscimento assumerebbe carattere costitutivo e non dichiarativo. In tal senso anche Trib. Minorenni di Venezia, 12 maggio 1987, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 942: "Poiché la pronuncia di dichiarazione giudiziale di paternità naturale rientra tra le pronunce di accertamento costitutivo, essa ha effetto *ex nunc*, per cui l'obbligo di provvedere al mantenimento del figlio sorge per il genitore non con la nascita, ma con la sentenza, e riguarda soltanto quei ratei maturati dopo la domanda giudiziale, che vanno corrisposti all'altro genitore a titolo di rimborso di quanto da lui anticipato per il mantenimento del figlio comune". Nel testo della decisione, in particolare, si rimanda al momento della proposizione della domanda come data a partire dalla quale si produrrebbero gli effetti e sorgerebbero gli obblighi genitoriali. In tal senso si veda anche Trib. Piacenza, 15 marzo 1990, in *Foro it.*, 1991, pt. I, c. 636.

¹⁶⁷ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile II. La famiglia. Le successioni*⁴, Milano, 2005, p. 314, per il quale alla titolarità sostanziale del rapporto di filiazione, derivante dal fatto stesso della procreazione, sono collegati diritti e obblighi verso il genitore a tutela di un essenziale esigenza di solidarietà della persona. Così anche F. RUSCELLO, *I rapporti personali tra coniugi*, Milano, 2000, p. 485 s. In tale senso anche R. PACIA, *Doveri dei genitori e responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 105, per la quale il figlio già dal momento della nascita sarebbe titolare di diritti nei confronti dei genitori sulla base di un principio di responsabilità per il solo fatto della procreazione. Così anche A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, p. 378; R. DI CRISTO, *Obbligo di mantenimento e regresso nei rapporti tra genitori naturali*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 918 ss. Si veda anche: "Il diritto-dovere dei genitori di istruire, educare e mantenere i figli, anche se nati fuori dal matrimonio, si determina in capo al soggetto generante per il fatto stesso della procreazione, ancorché non risulti da uno *status*

della procreazione (c.d. responsabilità da procreazione)¹⁶⁸: tale soluzione, condivisibile alla luce del nuovo modo di intendere il rapporto genitoriale, appare avallata dall'art. 30 Cost., dal contenuto precettivo e non meramente programmatico¹⁶⁹, che si limita ad affermare come i genitori debbano educare, istruire e mantenere la prole senza null'altro precisare riguardo allo *status* degli stessi.

Ne deriva l'affermazione di una responsabilità per mero fatto della procreazione, coerente con i principi costituzionali sanciti agli artt. 2 e 3 Cost. In tale ottica i doveri genitoriali deriverebbero dalla titolarità sostanziale del rapporto, prescindendo invece dalla titolarità formale, che si ha solo una volta accertato giuridicamente il rapporto¹⁷⁰. Conseguentemente, al riconoscimento e alla dichiarazione giudiziale dovrebbe attribuirsi natura meramente dichiarativa, decorrendo i diritti già dal momento della nascita¹⁷¹. Sintomatico del

tipico qualificato secondo le norme del codice civile" (Pretura Roma (ord.), 9 maggio 1977, in *Giur. it.*, 1978, pt. I, sez. II, c. 184 ss.).

¹⁶⁸ Così A. TRABUCCHI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO, e A. TRABUCCHI, Padova, 1992, p. 588. L'A., infatti, sottolinea come *dies a quo* per la decorrenza dell'obbligo di mantenimento sia la nascita dal momento che si tratta di un dovere che si incardina per legge di natura sul fatto del rapporto di procreazione. L'eventuale domanda per ottenere l'adempimento tenderà eventualmente ad ottenere un accertamento, ma non costituirà un titolo per fondare il debito da quel momento. A riguardo si rimanda in particolare a M. DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, cit., p. 54 ss., secondo il quale l'obbligo del genitore sembra sussistere per il fatto oggettivo della procreazione, prescindendo dai presupposti giuridici della paternità e maternità e dall'esercizio delle azioni inerenti, secondo una nozione esclusivamente biologica. Così anche: U. MAJELLO, *Della filiazione illegittima e della legittimazione*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna, 1969, p. 5 ss.

¹⁶⁹ Così, fra i tanti, I. PATRONE, *Obbligo di mantenimento dei figli: contenuto, garanzie, sanzioni*, in *Fam. dir.*, 1996, p. 68; nonché, più di recente, G. GIACOBBE, *Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale*, in *Giust. civ.*, 2005, pt. I, p. 732, secondo il quale l'art. 30 Cost., primo comma, imporrebbe un vincolo giuridico inderogabile che si oggettivizza nell'indicazione secondo la quale dal fatto della procreazione conseguirebbe una fattispecie caratterizzata dal rapporto diritto-dovere che lega in modo inscindibile chi procrea e colui che viene procreato.

¹⁷⁰ Questa sarebbe, pertanto un'ulteriore differenziazione tra gli alimenti, dovuti dal giorno della domanda giudiziale, secondo il disposto dell'art. 445 c.c., rispetto all'obbligo al mantenimento che sorge per il fatto stesso della procreazione.

¹⁷¹ Così Trib. Venezia, 18 aprile 2006, in *Danno resp.*, 2007, p. 578; Cass. 11 luglio 2006, n. 15756, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce "Filiazione", n. 77; Cass. 16 luglio, 2005, n. 15100, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce "Filiazione", n. 57; Cass. 28 giugno 1994, n. 6217, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce "Filiazione", n. 78; Cass. 14 agosto 1998, n. 8042, in *Fam. dir.*, 1999, p. 271. Così anche: "Nell'ipotesi in cui

fatto che i doveri siano svincolati dall'accertamento formale dello *status* è anche l'art. 279 c.c. "responsabilità per il mantenimento e l'educazione"¹⁷², nella parte in cui attribuisce al figlio, non riconosciuto o non riconoscibile, il potere di agire nei confronti del genitore per ottenere l'istruzione, l'educazione e il mantenimento. La disposizione normativa in esame permette di comprendere come non vi sia un'interdipendenza assoluta tra obblighi genitoriali e potestà¹⁷³ in

al momento della nascita il figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, tenuto perciò a provvedere per intero al suo mantenimento, non viene meno l'obbligo dell'altro genitore per il periodo anteriore alla pronuncia di dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale, essendo sorto sin dalla nascita il diritto del figlio naturale ad essere mantenuto, istruito ed educato da parte di entrambi i genitori. Da ciò consegue, per un verso, che il genitore naturale, dichiarato tale con provvedimento del giudice, non può sottrarsi alla obbligazione nei confronti del figlio per la quota posta a suo carico, ma è tenuto a provvedere, sin dal momento della nascita, e, per altro verso, che il genitore il quale ha provveduto in via esclusiva al mantenimento del figlio ha azione nei confronti dell'altro per ottenere il rimborso "*pro quota*" delle spese sostenute dalla nascita. Tale azione non è tuttavia utilmente esercitabile se non dal momento del passaggio in giudicato della sentenza di accertamento della filiazione naturale (atteso che soltanto per effetto della pronuncia si costituisce lo "*status*" di figlio naturale, sia pure con effetti retroagenti alla data della nascita), con la conseguenza che detto momento segna altresì il "*dies a quo*" della decorrenza della prescrizione del diritto stesso" (Cass. 3 novembre 2006, n. 23596, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Filiazione*", n. 70); "La sentenza di accertamento della filiazione naturale pone a carico del genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima compreso quello del mantenimento; tale obbligazione decorre dalla data della nascita e la stessa decorrenza ha l'obbligo di rimborsare pro quota l'altro genitore che abbia provveduto integralmente al mantenimento del figlio; mentre la condanna al rimborso di detta quota presuppone la domanda di parte, attenendo alla definizione di rapporti pregressi tra debitori solidali, la necessità della domanda non ricorre in ordine ai provvedimenti da adottare per il periodo successivo alla proposizione dell'azione avendo il giudice il potere di adottare d'ufficio i provvedimenti opportuni per il mantenimento del minore" (Cass., 4 maggio 2000, n. 5586, in *Fam. dir.*, 2000, p. 549). Nello stesso senso anche: Cass. 2 febbraio 2006, n. 2328, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce "*Filiazione*", n. 80; Cass. 28 giugno 1994, n. 6217, in *Fam. dir.*, 1994, p. 636.

¹⁷² A riguardo A. TRABUCCHI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, cit., p. 561, sottolinea come detta disposizione preveda che il genitore, in presenza di una filiazione non riconoscibile, debba adempiere i doveri genitoriali, ma al contempo non gli vengano riconosciuti i poteri collegati alla potestà genitoriale. La potestà genitoriale troverebbe, infatti, indispensabile presupposto nel riconoscimento o non accertamento giudiziale. Diversamente, M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, cit., p. 285, secondo il quale al genitore verrebbe anche attribuita la potestà genitoriale. Per l'A., infatti, gli obblighi imposti verso i figli non riconoscibili non potrebbero essere adempiuti dal genitore senza un potere, non altrimenti giustificabile se non come potestà genitoriale. Detto potere sarebbe tuttavia limitato all'educazione, all'istruzione e al mantenimento, non comprenderebbe invece poteri di amministrazione e rappresentanza.

Sui diritti dei «figli privi di stato» v. G. MARINARO, *I diritti dei figli privi di stato*: Napoli, 1991, *passim*; nonché G. LISELLA, «*I diritti dei figli privi di stato*»: a proposito di un recente contributo, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 356 ss.

¹⁷³ M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia dei minori*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2007, p. 188.

quanto dette situazioni soggettive sono indipendenti dalla titolarità formale dello *status filiationis* e dal relativo accertamento, costituente invece presupposto legale per la potestà¹⁷⁴. Questi si caratterizzano, infatti, per essere indefettibili, non dipendenti, né inseparabili da specifici presupposti formali e sostanziali e non subordinati al preventivo esperimento di azioni¹⁷⁵. Addirittura, si potrebbe arrivare ad affermare che già prima del momento della nascita il genitore abbia determinati obblighi nei confronti del nascituro: basti pensare ai doveri di cura¹⁷⁶.

Stando così le cose, è opportuno riflettere su come da un lato venga riconosciuta al genitore naturale la facoltà di scegliere se riconoscere¹⁷⁷ o meno il figlio e alla madre la possibilità di non essere

¹⁷⁴ Così M. SESTA, *Genitori e figli tra potestà e responsabilità*, cit., p. 230. Si veda anche A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*², cit., p. 511 ss.

¹⁷⁵ In tal senso si rimanda a Cass., 6 novembre 1976, n. 4044, in *Giust. civ.*, 1977, pt. I, p. 666.

¹⁷⁶ A riguardo si veda A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 602. Sulla complessità del problema accennato v., comunque, F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*², cit., p. 158 ss.

¹⁷⁷ Per alcune riflessioni sulla natura dell'atto di riconoscimento, che per ragioni di brevità non è possibile affrontare, si rimanda a A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 331 e ss. A riguardo si veda anche G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, in *Trattato dir. priv.*, n. 4, *Persone e famiglia*, vol. III, diretto da P. RESCIGNO, 1997, Torino, 2° ed., p. 163, secondo la quale il riconoscimento sarebbe un atto di accertamento che non crea il rapporto di filiazione, ma ne costituisce certezza formale. In proposito si veda G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*³, Torino, 2005, p. 260, secondo il quale i genitori avrebbero solamente l'obbligo morale, ma non anche quello giuridico di riconoscere il figlio in quanto il riconoscimento è un atto discrezionale. Nello stesso senso: G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la legittimazione*, cit., p. 164 ss., sottolinea come il riconoscimento sia un atto discrezionale. Così anche P. UBALDI, *La filiazione naturale*, in *Filiazione*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, Milano, 2002, p. 284. Considera come il riconoscimento sia un atto volontario L. CARRARO, *Note introduttive agli artt. 250-268*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI, Padova, 1992, tomo IV, p. 99. In particolare però l'A. sottolinea come l'Italia abbia anche aderito in data 11 febbraio 1981 alla Convenzione di Strasburgo del 15 ottobre 1975 sullo stato giuridico dei figli nati fuori dal matrimonio che all'art. 2, in contrasto con la disciplina emergente dalla riforma del diritto di famiglia, stabilisce che la maternità del figlio nato fuori dal matrimonio è stabilita dal solo fatto della nascita. Tutto ciò significherebbe che la dichiarazione di nascita, da chiunque fatta, debba contenere anche l'indicazione della madre anche se questa non vi consente. In quest'ottica cadrebbero il riconoscimento e la dichiarazione giudiziale poiché si verificherebbe un'attribuzione *ex lege* dello *status*. A riguardo tuttavia secondo quanto sottolineato da A. RENDA, *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 516, è opportuno considerare come la Convenzione non sia in realtà impegnativa per l'Italia dal momento che, seppur vi sia stata l'adesione, tuttavia non vi è stata la ratifica della stessa.

nominata nell'atto di nascita, ex art. 30, primo comma, D.P.R. 3 novembre 2000 n. 396 (Regolamento per la revisione e per la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, ai sensi dell'art. 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127)¹⁷⁸, dall'altra, tuttavia, discendendo i doveri genitoriali dal fatto stesso della procreazione, non aver riconosciuto il figlio e non aver adempiuto nei confronti di quest'ultimo gli obblighi derivanti dal fatto stesso della nascita, potrebbe essere fonte di un obbligo risarcitorio¹⁷⁹. In questo senso si è parlato di facoltà a rischio che non esimerebbe da una responsabilità per il fatto stesso della procreazione¹⁸⁰.

In ragione di quanto in precedenza affermato, il genitore che da solo abbia provveduto al mantenimento della prole potrà, in seguito all'accertamento del rapporto di filiazione, agire in regresso nei confronti dell'altro per il pagamento della quota a lui spettante di spese sostenute fin dal momento della nascita¹⁸¹. Seppure sia

¹⁷⁸ Per approfondimenti sulla materia si rimanda a A. RENDA, *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, cit., p. 510 ss. In particolare interessanti a riguardo solo le considerazioni dell'A. in base alle quali, seppure la tendenza europea sia quella di arrivare a un sistema preclusivo dell'anonimato, tuttavia detta soluzione non parrebbe opportuna dal momento che un riconoscimento forzato non sarebbe comunque idoneo a dare al minore una famiglia.

¹⁷⁹ A riguardo interessante è quanto affermato all'interno di una risalente pronuncia secondo la quale il riconoscimento sarebbe un atto libero e discrezionale e da ciò ne conseguirebbe l'inammissibilità di un'azione del figlio naturale contro il genitore per ottenere il risarcimento dei danni conseguenti al ritardo nel riconoscimento (Trib. Milano, 12 dicembre 1957, in *Riv. dir. matrimoniale e dello stato delle persone*, 1958, p. 272).

¹⁸⁰ Così M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico e danno esistenziale*, cit., p. 169; MANNA, *Responsabilità e procreazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 323.

¹⁸¹ Si rimanda a: "La sentenza di accertamento della filiazione naturale dichiara ad attribuisce uno *status* che conferisce al figlio naturale i diritti che competono al figlio legittimo con efficacia retroattiva, sin dal momento della nascita, con la conseguenza che dalla stessa data decorre anche l'obbligo di rimborsare *pro quota* l'altro genitore che abbia integralmente provveduto al mantenimento del figlio; peraltro, la condanna al rimborso di detta quota, per il periodo precedente la proposizione dell'azione, non può prescindere da un'espressa domanda della parte, attenendo tale pronuncia alla definizione dei rapporti pregressi tra debitori solidali in relazione a diritti indisponibili" (Cass., 17 dicembre 2007, n. 26575, in *Fam. dir.*, 2008, p. 563); Cass. 29 settembre, 1987, n. 7285, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce "*Filiazione*", n. 89. In dottrina, ex multis, si veda A. FIGONE, *Dichiarazione giudiziale di paternità, mantenimento del figlio e rimborso delle spese anticipate dall'altro coniuge*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 504.

controverso il titolo che giustificerebbe detta azione¹⁸², tuttavia la soluzione che pare preferibile sembrerebbe regolare la situazione in base alle norme volte a disciplinare i rapporti tra condebitori solidali, previste agli artt. 1298 e 1299 c.c.¹⁸³, in quanto l'obbligo di provvedere al mantenimento dei figli altro non è che un'obbligazione solidale. Stante poi la difficoltà nel ricostruire e nel documentare gli esborsi effettuati, la somma dovuta potrebbe anche venir determinata equitativamente¹⁸⁴. La condanna al rimborso della quota non potrebbe tuttavia prescindere dalla domanda di parte in quanto non si tratta di un provvedimento incidente sull'interesse del minore, perché volto unicamente a regolare i rapporti pregressi tra i genitori, ovvero tra soggetti adulti¹⁸⁵.

¹⁸² Seppure si sia cercato di ricondurre la posizione del genitore che da solo si sia preso cura del minore adempiendo gli obblighi genitoriali all'interno dello schema della gestione di affari altrui (in tal senso si veda Cass., 5 dicembre 1996, n. 10849, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 1676, e anche, in dottrina, P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, p. 326 ss.), in realtà detta ricostruzione è stata criticata sulla base dell'assunto secondo il quale l'istituto presupporrebbe l'alienità dell'interesse per il quale si pone in essere l'attività gestoria. Circostanza che difetta nel caso in questione: così R. PACIA DEPINGUENTE, *Dichiarazione giudiziale di paternità: obbligazioni di mantenimento, rapporti tra genitori e poteri officiosi del giudice*, in *Fam. dir.*, 2000, p. 554 s. L'A. sottolinea inoltre che ricondurre la fattispecie all'interno dello schema della gestione altrui sia criticabile anche per il fatto che presupporrebbe l'anticipazione da parte del genitore di qualcosa che era dovuto unicamente dall'altro. Detto istituto richiederebbe la parzialità dell'obbligazione in contrasto con gli artt. 148 e 261 c.c. Inoltre non sarebbe riscontrabile nel caso di specie la spontaneità dell'assunzione dell'obbligo altrui (si veda a riguardo R. RUSSO, *Dichiarazione giudiziale di paternità: rimborsi e risarcimenti*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 567, secondo la quale, in questi caso, non ci troveremmo di fronte ad un gestore libero da diritti ed obblighi che spontaneamente assume l'affare altrui). Si era cercato, altresì, di sostenere trattarsi di arricchimento senza causa (L. LENTI, *Sulla collaborazione dei genitori al mantenimento del figlio naturale*, in *Giur. it.*, 1991, pt. I, c. 642).

¹⁸³ In tal senso, fra gli altri, v. R. PACIA DEPINGUENTE, *Dichiarazione giudiziale di paternità: obbligazioni di mantenimento, rapporti tra genitori e poteri officiosi del giudice*, cit., p. 553; M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1990, p. 302 s. Così anche Cass., 22 novembre 2000, n. 10063, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 2405. Il problema è, tuttavia, tuttora controverso a riguardo, infatti, si rimanda a F. RUSCELLO, *La dinamica coniugale nel farsi e nel disfarsi del legame. La separazione personale e l'affido condiviso dei figli*, in *Vita not.*, 2007, p. 83 s., che osserva come la previsione, contenuta all'interno dell'art. 155-*quinquies* c.c. del versamento dell'assegno di mantenimento direttamente al figlio sembri porsi in contrasto con la natura solidale dell'obbligo di mantenimento.

¹⁸⁴ A riguardo si veda Trib. Trani, 27 settembre 2007, n. 959, in *Fam. dir.*, 2008, p. 564 ss.

¹⁸⁵ Per quanto riguarda il termine di prescrizione per fare valere il diritto al rimborso sono state prospettate diverse soluzioni. Secondo la prima, il termine

I doveri genitoriali, derivanti dal fatto stesso della procreazione, non vengono ovviamente meno nelle ipotesi di crisi della famiglia. Il genitore – che resta tale - deve adempiere a suoi obblighi anche se la famiglia si disgrega. In tal senso rivestono un ruolo importante gli strumenti introdotti dalla legge sull'affidamento condiviso che, come si vedrà nel corso della trattazione, sono diretti a far sì che il genitore rimanga responsabile della crescita della prole anche nella crisi.

I figli minori, come già accennato, sono titolari non solo di questi diritti relativi nei confronti dei genitori, ma anche di situazioni

decorrerebbe dal giorno del riconoscimento: “[...] Il diritto al rimborso delle spese sostenute, spettante al genitore che ha allevato il figlio nei confronti del genitore che procede al riconoscimento, non è utilmente esercitabile se non dal giorno del riconoscimento (soltanto il riconoscimento comportando, *ex art.* 261 c.c., gli effetti tipici connessi dalla legge allo status giuridico di figlio naturale), con la conseguenza che detto giorno segna, altresì, il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione del diritto stesso” (Cass. 26 maggio 2004, n. 10124, in *Giust. civ.*, 2005, pt. I, p. 725). Secondo una diversa tesi invece il termine decorrerebbe dal giorno della pronuncia della sentenza che accerta il vincolo: “Il diritto al rimborso delle spese sostenute, spettante a genitore naturale che ha allevato il figlio, può essere esercitato solo al momento della emissione della sentenza che accerta il vincolo di filiazione con l’altro genitore, con la conseguenza che tale momento segna il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione del diritto stesso” (Cass. 2 febbraio, 2006, in *Fam. dir.*, 2006, p. 504). Tuttavia, poiché in questo momento vi è ancora incertezza sul legame sarebbe preferibile ritenere che il termine di prescrizione decorra dal passaggio in giudicato della sentenza che accerta la paternità: così A. FIGONE, *Dichiarazione giudiziale di paternità, mantenimento del figlio e rimborso delle spese anticipate dall’altro coniuge*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 507, secondo il quale occorrerebbe fare riferimento alla sentenza passata in giudicato in quanto solo in questo momento verrebbe meno lo stato di incertezza che precede la dichiarazione giudiziale di paternità, non essendo configurabile la provvisoria esecuzione per una pronuncia, come già si è visto, di accertamento. Si veda: “Il termine decennale di prescrizione del diritto del genitore naturale al rimborso da parte dell’altro genitore, coobbligato, delle spese sostenute per il mantenimento del figlio, decorre dal riconoscimento da parte di detto coobbligato ovvero dal passaggio in giudicato della sentenza di accertamento giudiziale della paternità o della maternità che, in quanto attributiva dello *status* di figlio, naturale, costituisce il presupposto per l’accoglimento della domanda in oggetto” (Cass., 3 novembre 2006, n. 23596, in *Foro it.*, 2007, pt. I, c. 86). Diversamente, vi è chi sostiene che il termine debba essere calcolato dalla data della domanda giudiziale volta a far valere l’accertamento e non dal passaggio in giudicato della sentenza: “L’obbligo di mantenimento [...] è a carico del genitore a seguito della dichiarazione giudiziale di paternità naturale a decorrere dalla nascita del figlio e non dal giorno della domanda giudiziale, con la conseguenza che dalla stessa data decorre anche l’obbligo di rimborsare pro quota l’altro genitore che abbia integralmente provveduto al mantenimento del figlio fino alla pronuncia del giudice” (Cass., 14 agosto 1998, n. 8042, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce “*Filiazione*”, n. 103). A riguardo tuttavia non è mancato chi ha obiettato come riconoscere questi come momenti a partire dai quali inizierebbe a decorrere il termine di prescrizione dell’azione sia contrario al principio di responsabilità per la procreazione: così G. GIACOBBE, *Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale*, in *Giust. civ.*, 2005, pt. I, p. 739.

esistenziali, caratterizzate dall'assolutezza. Sono, infatti, persone e come tali titolari dei «diritti della personalità», i quali devono trovare tutela anche nella famiglia, formazione sociale all'interno della quale il rispetto degli stessi viene garantito secondo quanto stabilito dall'art. 2 Cost.

I genitori, pertanto, non dovranno porre in essere comportamenti suscettibili di recare pregiudizio ai diritti fondamentali della prole. Tuttavia è necessario considerare come determinati comportamenti che, se tenuti tra estranei, potrebbero essere fonte di danno risarcibile, se tenuti da un genitore nei confronti del figlio potrebbero trovare la loro giustificazione in virtù del dovere educativo¹⁸⁶: basti pensare, per esempio, al genitore che chiude il figlio nella sua stanza come punizione per qualche ora oppure che impedisce allo stesso di uscire di casa a causa di uno scarso profitto negli studi. Tale comportamento posto in essere nei confronti di un estraneo potrebbe essere fonte di un obbligo risarcitorio se non anche penalmente perseguibile. Viceversa, se tenuto, entro certi limiti, nei confronti del figlio potrebbe risultare giustificato in un'ottica educativa.

La particolarità della situazione è costituita anche dal fatto che il minore, pur essendo titolare dei diritti della personalità, è privo tuttavia della capacità di agire. L'*empasse* viene superato in virtù del riconoscimento della capacità di discernimento, grazie alla quale si riconosce al soggetto minore, che abbia raggiunto quel grado di comprensione dell'importanza degli atti che va a compiere, la possibilità di esercitare i diritti fondamentali dei quali è titolare fin dalla nascita¹⁸⁷.

In quest'ottica, il contenuto dei doveri di educazione si riduce man mano che progredisce la crescita e la maturazione del minore: la potestà si caratterizza, infatti, per la sua elasticità: più il minore si avvicina alla maggiore età, maggior spazio viene lasciato

¹⁸⁶ Così G. CIPRIANI, *La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 518 s.

¹⁸⁷ A riguardo si veda P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, 1975, Camerino, p. 300 ss.

alla sua autodeterminazione, mentre i poteri dei genitori si affievoliscono, fino a scomparire¹⁸⁸.

A questo punto interessante diviene il rapporto tra autodeterminazione del minore e potestà dei genitori. Ciò per il fatto che una volta accertata la capacità di discernimento del minore non è sempre detto che a prevalere sia la scelta del figlio su quella eventualmente sostenuta dai genitori. Restrizioni alla libertà del minore potrebbero, infatti, sempre dipendere dall'esigenza di tutelare l'interesse di quest'ultimo¹⁸⁹.

Il sempre più ragguardevole guadagno di spazi da parte dei minori, divenuti capaci di discernimento, potrebbe tuttavia costituire una possibile fonte di contrasto tra genitori e minore e di responsabilità genitoriale nell'ipotesi di indebita limitazione dei diritti fondamentali di questi. Man mano che il bambino cresce, il potere di costrizione dei genitori si ridimensiona e, per tale ragione, ciò che poteva apparire lecito nella prima infanzia, potrebbe assumere il connotato dell'illiceità¹⁹⁰. Si pensi al genitore che impedisce al figlio le frequentazioni oppure che viola la sua corrispondenza. Se, infatti, detti comportamenti potrebbero venir giustificati finché il bambino è piccolo e non in grado di intendere e di volere, difficilmente potrebbero esserlo in presenza di un soggetto dotato di capacità di discernimento.

¹⁸⁸ Si vedano, *ex multis*: V. D'ANTONIO, *La potestà dei genitori*, in *La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione del minore*, in *Tratt. teorico pratico*, diretto da G. AUTORINO STANZIONE, Torino, 2006, p. 484 ss., secondo la quale il ruolo dei genitori nell'esercizio della funzione educativa è favorire, laddove possibile, l'esercizio in via autonoma da parte del minore dei suoi diritti fondamentali. In tale ottica la potestà è dotata di un altro grado di elasticità, presentando il massimo grado di coesione nei primi anni del figlio, ma essendo destinata a "scemare" in seguito con la crescita della prole, fino al dissolvimento col il sopraggiungere della maggiore età. In particolare, questo non comporta un venir meno delle prerogative riconosciute ai genitori dagli artt. 147 c.c. e 30 Cost., ma semplicemente un mutamento delle loro modalità di esercizio.

¹⁸⁹ A riguardo si rimanda ampiamente a P. STANZIONE, *La potestà dei genitori*, in *Minori e diritti fondamentali*, a cura di P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE, Milano, 2006, p. 21 s., secondo il quale dall'accertamento della capacità di discernimento non deriverebbe come conseguenza la prevalenza necessaria delle scelte del figlio che potrebbero anche identificarsi con un mero capriccio. Sarebbe, infatti, ancora possibile arrivare ad una restrizione dei diritti fondamentali qualora lo richieda l'interesse oggettivo del minore.

¹⁹⁰ In tal senso si vedano G. DOSI e C. DI BARTOLOMEO, *Abuso della potestà genitoriale e risarcimento del danno al minore*, in *Fam. dir.*, 1996, p. 492.

3. I rimedi applicabili avverso la violazione dei diritti del figlio.

La violazione dei diritti dei figli, in particolare minori, posta in essere dai genitori, ha molto spesso profonde e importanti ripercussioni nella vita di questi, per la particolare situazione di debolezza in cui versano¹⁹¹: devono, infatti, ancora svolgere il percorso formativo della personalità e divenire adulti e, in tale delicata fase della vita, fondamentali sono l'affetto e la guida dei genitori. Il minore deve avere la possibilità di crescere in un ambiente idoneo e di sviluppare la personalità all'interno della famiglia, secondo il disposto dell'art. 2 Cost. Affinché ciò possa realizzarsi, il minore, non essendo ancora in grado di camminare con le sue gambe, deve poter contare su figure di riferimento importanti. Allo stesso modo, la mancanza del supporto morale e materiale in questa fase così critica potrebbe lasciare segni difficili da cancellare. Per tale ragione, è opportuno vagliare quali siano gli strumenti posti a tutela di detti soggetti e, in particolare, se residui in tale ambito uno spazio per l'applicabilità anche del rimedio risarcitorio.

Innanzitutto, si deve precisare che contro la violazione dei diritti del minore diversi rimedi sono approntati non solo dal diritto di famiglia, ma anche dal diritto penale¹⁹². Sono svariate le fattispecie delittuose astrattamente configurabili: basti pensare ai reati di cui all'art. 570 c.p., rubricato "violazione degli obblighi di assistenza materiale", all'art. 571 c.p. "abuso di mezzi di correzione e di disciplina" e all'art. 572 c.p. "maltrattamenti in famiglia o verso i

¹⁹¹ Riguardo a cosa si debba intendere per soggetto debole si rimanda a P. CENDON, *Quali sono i soggetti deboli? Appunti per un incontro di studi*, in *Pol. dir.*, 1996, fasc. 3, p. 485 e spec. p. 498. L'A. sottolinea come di soggetto debole si possa parlare ogniqualvolta ci siano persone che non stanno abbastanza bene da potersela cavare da sole e non stanno abbastanza male da aver bisogno di qualcuno che le sostituisca interamente e definitivamente. Sul tema si veda anche A. FRATERNALE, *L'abbandono dei soggetti deboli: minori e anziani*, in *Tratt. breve dei nuovi danni*, a cura di P. CENDON, vol. II, Padova, 2001, p. 956, secondo il quale si tratterebbe di quei soggetti che per l'età, o per altre cause, non sono in grado di cogliere tutte le opportunità di realizzazione che la vita offre loro, ma hanno bisogno di essere aiutati.

¹⁹² A riguardo si rimanda a F. RANZATTO, *Il maltrattamento dei figli: Profili penali*, in *Tratt. della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. CENDON, vol. II, Padova, 2004, p.1247 ss.

fanciulli”¹⁹³. Senza considerare che il genitore che non adempia quanto gli è stato imposto dal giudice all’interno di una sentenza di condanna potrebbe incorrere nel reato di “mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice” *ex art. 388 c.p.*

Molteplici sono anche gli strumenti predisposti dal libro I a tutela della prole¹⁹⁴: nell’ipotesi in cui un genitore violi o trascuri i doveri verso i figli oppure abusi dei poteri inerenti alla potestà, il giudice, ai sensi dell’art. 330 c.c., può dichiararlo decaduto dalla potestà¹⁹⁵. Qualora la condotta non sia tale da giustificare un provvedimento in tal senso, ma sia comunque pregiudizievole per il figlio, potrebbero venir adottati i provvedimenti convenienti o l’allontanamento dalla casa familiare *ex art. 333 c.c.* Ai fini dell’applicabilità di dette misure non è richiesto che il pregiudizio sia necessariamente attuale, né scaturente da una condotta già verificatasi¹⁹⁶, dal momento che esse non tendono tanto ad eliminare un pregiudizio attuale, quanto a prevenirne il verificarsi o a impedire il perpetuarsi di una situazione dannosa¹⁹⁷. Il fatto che non sia necessaria l’attualità del pregiudizio differenzia notevolmente gli

¹⁹³ Sul tema si vedano, *ex multis*: P. ZAGNOLI BONILINI, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *I reati contro la famiglia*, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI e M. PAPA, Torino, 2006, p. 247 ss; M.C. PARMIGGIANI, *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in *Tratt. della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. CENDON, vol. II, Padova, 2004, p. 299; L. MONTICELLI, *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli* in *Tratt. della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. CENDON, vol. II, Padova, 2004, p. 369 ss.

¹⁹⁴ Sul punto si veda P. VERCELLONE, *Il controllo giudiziale sull’esercizio della potestà*, in *Filiazione*, in *Trat. Dir. fam.*, a cura di G. COLLURA, L. LENTI e M. MANTOVANI, Milano, 2002, p. 1019 ss.

¹⁹⁵ Sul provvedimento di decadenza dalla potestà si rimanda, *ex multis* a: M. CERATO, *La potestà dei genitori*, Milano, 2000, *passim*.

¹⁹⁶ Si veda a riguardo A. CANTILLO, *Potestà genitoriale, finalità non sanzionatoria- Esclusivo interesse del minore- Decadenza- Insussistenza*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 922. Per l’A., infatti, potrebbe bastare anche la convinzione che si è fatto il giudicante a seguito dell’analisi del caso concreto che sia altamente probabile la reiterazione o protrazione di determinate condotte idonee ad incidere in senso gravemente pregiudizievole per il minore. Per F. RUSCELLO, *Il rapporto genitori- figli*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di G. FERRANDO, Milano, 2007, p. 184, non sarebbe indispensabile che il minore abbia subito un danno, ma sarebbe sufficiente la sussistenza del pericolo del verificarsi dello stesso.

¹⁹⁷ Di questo avviso è A. BUCCIANTE, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1971, p. 662. Così anche G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporto con i figli*, in *Il diritto di famiglia*, vol. III, *Filiazione e adozione*, diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, Torino, 2° ed., 2007, p. 352 s.

strumenti in questione rispetto a quello risarcitorio, il quale presuppone che il danno si sia già verificato.

Ancora, nell'ipotesi in cui il genitore ponga in essere atti di cattiva amministrazione dei beni del minore, il rimedio applicabile sarebbe la rimozione del genitore dall'amministrazione del patrimonio ed eventualmente la sua privazione, in tutto o in parte, dell'usufrutto legale, secondo quanto previsto dall'art. 334 c.c.

Inoltre la legge n. 154 del 2001, volta a combattere il fenomeno della violenza domestica, ha introdotto gli ordini di protezione familiare agli artt. 342-*bis* e *ter* c.c.¹⁹⁸, mediante i quali è possibile reagire nell'ipotesi in cui il coniuge o un convivente causi un grave pregiudizio all'integrità fisica, psichica o morale del coniuge o del convivente¹⁹⁹.

In queste situazioni, il giudice potrà ordinare la cessazione del comportamento pregiudizievole e, contestualmente, l'allontanamento dalla casa familiare del soggetto violento. Potrà, altresì, prescrivere a questi di non avvicinarsi a determinati luoghi abitualmente frequentati dall'istante e richiedere, ove occorra, l'intervento dei servizi sociali o di un centro di mediazione familiare. Inoltre, potrà condannarlo al pagamento di un assegno periodico a favore delle persone conviventi

¹⁹⁸ A riguardo si rimanda a G. DE MARZO, *La tutela del coniuge e del convivente nella legge 4 aprile 2001, n. 154*, in *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, Milano, 2007, p. 13 ss.; A. FIGONE, *La legge sulla violenza in famiglia*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 355; F.M. ZANASI, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, Milano, 2008, *passim*; A.G. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, Milano, 2005, *passim*; L. CIARONI, *Le forme di tutela contro la violenza domestica*, in *Giur. merito*, 2006, p. 1840; R. PACIA DEPINGUENTE, *Presupposti soggettivi degli ordini di protezione e problemi di coordinamento con gli artt. 330 ss. c.c.*, in *Familia*, 2004, p. 759 ss.

¹⁹⁹ Detta disciplina si applica anche ai minori in virtù del disposto dell'art. 342-*bis* c.c. in base al quale sarebbe possibile ricorrere a detto rimedio qualora la violenza provenga dal coniuge o dal convivente, mediante un'interpretazione ampia del termine "convivente", inteso come familiare che convive con l'autore della violenza e non semplicemente come convivente *more uxorio*. Detta ricostruzione pare condivisibile dal momento che permette di estendere l'ambito di applicazione della disciplina. In virtù del disposto dell'art. 342-*bis* c.c. si arriva pertanto a ricomprendere tra i legittimati attivi anche i familiari conviventi. Diversamente, qualora la vittima e l'autore della violenza, pur essendo familiari, non siano conviventi, si deve comunque ritenere estesa la portata della disciplina anche a tali soggetti *ex art.* 5 della l. 154 del 2001, secondo il quale gli strumenti previsti sarebbero invocabili anche qualora il comportamento pregiudizievole provenga da un altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge o dal convivente.

che, per effetto dei precedenti provvedimenti, siano rimaste prive di mezzi adeguati, fissando modalità e termini e prevedendo, eventualmente, che la somma venga versata direttamente a questi ultimi dal datore di lavoro dell'obbligato, detraendo la somma dalla retribuzione a lui spettante.

Secondo il disposto dell'art. 8 della legge n. 184 del 1983, come sostituito ad opera della legge n. 149/01, il giudice può, inoltre, provvedere alla dichiarazione di adottabilità qualora sia accertato lo stato di abbandono del minore, lasciato in una condizione di privazione di assistenza morale e materiale, non dovuta a cause di forza maggiore di carattere transitorio²⁰⁰. Come è noto, lo stato di

²⁰⁰ Sull'abbandono dei minori si rimanda a A. FRATERNALE, *L'abbandono dei soggetti deboli: minori e anziani*, cit., p. 960 ss. E' importante accertare che in concreto sussista lo stato di abbandono in quanto altrimenti si andrebbe a cozzare con il principio in base al quale è diritto del minore crescere all'interno della sua famiglia. Nella disciplina, come modificata, mentre resta fermo il principio della prevalenza da accordare all'interesse del minore, viene accentuata l'esigenza di assicurare, in difetto di specifiche ragioni ostative, la crescita e lo sviluppo "nell'ambito della propria famiglia", ed alla luce di tale fondamentale esigenza sono dettate specifiche disposizioni (art. 9 - 14) concernenti gli adempimenti da compiere e le attività da espletare per accertare l'effettiva sussistenza dello stato di abbandono e la praticabilità di rimedi nell'ambito della famiglia naturale. La cassazione più volte si è pronunciata precisando a quali condizioni è possibile arrivare alla dichiarazione di adottabilità: "Perché si realizzi lo stato di abbandono che giustifica la dichiarazione di adottabilità di un minore devono risultare, all'esito di un rigoroso accertamento, carenze materiali ed affettive di tale rilevanza da integrare, di per sé, una situazione di pregiudizio per il minore, tenuto anche conto dell'esigenza primaria che questi cresca nella famiglia di origine, esigenza che non può essere sacrificata per la semplice inadeguatezza dell'assistenza o degli atteggiamenti psicologici e/o educativi dei genitori. Ne consegue che, ai fini della dichiarazione di adottabilità, non è sufficiente che risultino insufficienze o malattie mentali dei genitori, anche a carattere permanente, essendo in ogni caso necessario accertare se, in ragione di tali patologie, il genitore sia realmente idoneo ad assumere e conservare piena consapevolezza dei propri compiti e delle proprie responsabilità e ad offrire al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo e aiuto psicologico indispensabili per un'equilibrata e sana crescita psico - fisica" (Cass., 9 gennaio 1998 n. 120, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 26); "In tema di adozione di minori, le carenze educative, le anomalie del carattere o della personalità e, a maggior ragione, le abitudini di vita disordinate o il particolare e non condivisibile modo di intendere la vita o i rapporti umani dei genitori non sono situazioni che di per sé possono giustificare la dichiarazione di stato di adottabilità del figlio minore, essendo a tal fine indispensabile l'ulteriore accertamento che da tali circostanze siano derivati o possano derivare danni molto gravi ed irreversibili all'equilibrata e sana crescita psicofisica del minore medesimo, ossia che ne sia conseguita una "situazione di abbandono" di quest'ultimo" (Cass., 22 luglio 1996 n. 6555, in *Fam. dir.* 1997, p. 63); "Per potersi effettivamente predicare l'esistenza di un effettivo "stato di abbandono" che giustifichi la dichiarazione di adottabilità di un minore, devono risultare, all'esito di un rigoroso accertamento, carenze materiali ed affettive di tale rilevanza da integrare, di per sé, una situazione di

abbandono è riscontrabile non solamente nell'ipotesi in cui i genitori tengano comportamenti omissivi nei confronti della prole, ma anche qualora si verificano comportamenti commissivi che ne compromettano lo sviluppo²⁰¹.

Le misure indicate in precedenza si caratterizzano per essere prive di finalità sanzionatoria, in quanto preposte essenzialmente alla promozione del pieno sviluppo psicofisico del minore²⁰². Per tale

pregiudizio per il minore stesso, tenuto anche conto dell'esigenza primaria che questi cresca nella famiglia di origine, esigenza che non può essere sacrificata per la semplice inadeguatezza dell'assistenza o degli atteggiamenti psicologici e/o educativi dei genitori. Ne consegue che, ai fini della dichiarazione di adottabilità, non basta che risultino insufficienze o malattie mentali dei genitori, anche a carattere permanente, essendo in ogni caso necessario accertare, se in ragione di tali patologie, il genitore medesimo sia realmente idoneo ad assumere e conservare piena consapevolezza dei propri compiti e della propria responsabilità onde offrire al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo ed aiuto psicologico indispensabili per un'equilibrata e sana crescita psico-fisica" (Cass., 13 febbraio 2001, n. 2010, in *Fam. dir.*, 2002, p. 617).

In particolare si deve dare rilevanza allo stato di abbandono morale in quanto se sussiste semplicemente uno stato di abbandono materiale perché per esempio la famiglia è indigente non è opportuno arrivare ad una dichiarazione di adottabilità ma è necessario che venga prestato un sostegno alla famiglia. Riguardo alla problematica dell'indigenza della famiglia di origine v. F. RUSCELLO, *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 195. Anche G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 376, ritiene che "l'esistenza di un soddisfacente rapporto affettivo che si traduca in un valido rapporto educativo fa escludere lo stato di abbandono anche qualora la famiglia di origine non sia in grado di assicurare la sopravvivenza morale e materiale del minore".

²⁰¹ Sui requisiti richiesti per la sussistenza dello stato di abbandono v. S. MERELLO, *Ancora sulla nozione di stato di abbandono nell'adozione dei minori*, in *Fam. dir.*, 2001, pag. 622. Più di recente v. anche le relazioni di F. RUSCELLO, *Relazione introduttiva*, in *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, a cura di F. RUSCELLO, Padova, 2005, p. 1 ss. e M. DOGLIOTTI, *Adozione dei minori: presupposti oggettivi e soggettivi*, in *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, a cura di F. RUSCELLO Padova, 2005, p. 69 ss.

²⁰² In questo senso con riferimento ai provvedimenti di decadenza dalla potestà e i provvedimenti convenienti nell'interesse della prole si è pronunciata la giurisprudenza: Trib. per i minori di Salerno 21 marzo 2002 in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 914. In questo senso: L. FERRI, *Della potestà*, in *Commentario al Codice Civile Sciaoloja e Branca*, Bologna - Roma, 1988, p. 144; così anche A. CANTILLO, *Potestà genitoriale - Finalità non sanzionatoria - Esclusivo interesse del minore - Decadenza - Insussistenza*, cit., p. 918, secondo il quale la misura è stata concepita come strumento preposto a garantire una corretta e completa formazione del minore nelle ipotesi in cui comportamenti dei genitori potrebbero comportare un grave pregiudizio per il figlio.

Anche per quanto riguarda la dichiarazione di adottabilità bisogna rilevare che non ha natura sanzionatoria: anche in questa situazione ciò che rileva è la tutela dell'interesse del minore. In questo senso v. G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., pag. 377. L'A. rileva come sia escluso il carattere sanzionatorio contro un atteggiamento colpevole dal momento che non si ritiene neppure necessario fare un accertamento dell'atteggiamento psicologico. In tal senso anche Cass. 1 giugno 1994 n. 5325, in *Giust. Civ. Mass.* 1994, fasc. 6, e Cass. 28 marzo 1987 n. 3038, in *Giust. Civ. Mass.* 1987 fasc. 3.

ragione, si tende a negare che presupposto per l'adozione delle stesse sia anche la presenza dell'elemento psicologico della colpevolezza in capo al genitore, essendo sufficiente il carattere pregiudizievole del comportamento²⁰³. La soluzione prospettata, coerente con l'esigenza di tutela dell'interesse del minore, è tuttavia osteggiata da quella parte della dottrina che, almeno con riferimento a alcuni di questi strumenti - anche spingendosi sino a riconoscere agli stessi carattere sanzionatorio - afferma la necessità di un inadempimento imputabile dei doveri genitoriali²⁰⁴ e la rilevanza dell'accertamento del comportamento doloso o colposo²⁰⁵.

Infine, nelle ipotesi di inadempimento dell'obbligo di mantenimento oppure in quelle in cui vi sia un pericolo del verificarsi

²⁰³ In questo senso si veda M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l'“altro” diritto: responsabilità civile, danno biologico e danno esistenziale*, cit., p. 169, secondo il quale nel diritto di famiglia non rilevarebbe mai, o quasi mai, la volontarietà del comportamento genitoriale che viene considerato obiettivamente per la sua incidenza sulla personalità del minore. A riguardo si veda anche L. FERRI, *Della potestà*, cit., p. 144, secondo il quale il provvedimento di decadenza dalla potestà non presupporrebbe necessariamente il dolo e la colpa: anche una semplice inettitudine nell'educare e nell'amministrare potrebbe, infatti, comportare un provvedimento in tal senso, qualora a tale inettitudine si accompagni un grave pregiudizio per il minore. Di detto avviso anche G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 416 e s.; S. MERELLO, *Decadenza e reintegrazione nella potestà genitoriale*, in *Fam. dir.*, 2002, p. 52. Così anche G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Il diritto di famiglia*, vol. III, *Filiazione e adozione*, diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, Torino, 2007, 2° ed., p. 353. e, da ultimo F. RUSCELLO, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. FERRANDO, vol. III, 2007, Bologna, p. 182 ss.

²⁰⁴ Di questo avviso è C.M. BIANCA, *Diritto civile 2. La famiglia. Le successioni*, cit., p. 340, secondo il quale il provvedimento di decadenza dalla potestà richiederebbe un inadempimento imputabile del genitore, e quindi non sarebbe applicabile nei confronti del soggetto impossibilitato a svolgere diligentemente i suoi poteri- doveri per causa a lui non imputabile. In passato non sono mancate le voci di chi si è pronunciato a favore della tesi che ritiene che i provvedimenti del 330 e 333 c.c. abbiano funzione sanzionatoria: in questo senso vi veda, *ex multis*, A. TRABUCCHI, *Patria potestà ed interventi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, pt. I, p. 277. Particolare è la posizione di G. BONILINI, *Diritto di famiglia*, cit., p. 292, per il quale la decadenza dalla potestà avrebbe carattere misto di tutela e sanzionatorio.

²⁰⁵ A riguardo si veda, sulla rilevanza dell'elemento psicologico per l'adozione degli ordini di protezione familiari A.G. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, cit., p. 140 ss., secondo il quale il comportamento avverso il quale sarebbe possibile applicare un ordine di protezione, rientrerebbe pienamente nella categoria dell'illecito civile: l'abuso dovrebbe necessariamente essere stato tenuto da un soggetto capace di intendere e di volere ed essere caratterizzato dagli elementi psicologici del dolo o della colpa. Nel senso che un provvedimento di decadenza dalla potestà presupponga che il genitore abbia tenuto un comportamento colposo o comunque un comportamento cosciente e volontario, si veda M. GIORGIANNI, *Della potestà dei genitori*, cit., p. 403 s.

di un inadempimento sarà sempre possibile far ricorso agli strumenti tradizionali²⁰⁶, quali il sequestro conservativo, l'obbligo di prestare idonea garanzia reale o personale, l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, secondo quanto disposto dagli artt. 156 c.c. e 8 l. div. Del sequestro conservativo ci si potrebbe avvalere anche nelle ipotesi di ingiustificato allontanamento dalla casa familiare per garantire l'adempimento degli obblighi previsti dagli artt. 143 e 147 c.c. da parte del coniuge allontanatosi senza giusta causa che rifiuti di tornarvi (art. 146 c.c.). Inoltre si potrebbe anche procedere alla distrazione dei redditi dell'obbligato *ex art.* 148, secondo comma, c.c.

Riguardo alle misure che astrattamente potrebbero prestarsi al caso di specie, è da ricordare come in passato, salvo casi isolati, sia sempre stata negata qualsivoglia pretesa risarcitoria nei confronti dei componenti della famiglia per la violazione dei doveri familiari sulla base dell'assunto secondo il quale sarebbe in questo caso possibile ricorrere unicamente ai rimedi giusfamiliari, considerati esaustivi. Inoltre, come già in precedenza evidenziato, alla disciplina dettata in tema di diritto di famiglia veniva attribuito carattere "speciale" e perciò, in base al principio *lex specialis derogat legi generali*, prevalente sulla disciplina generale dettata dal codice civile. In tale ottica si arrivava ad escludere azioni risarcitorie all'interno della famiglia, come si è già detto sopra circa i rapporti tra coniugi.

A riguardo, non sarà possibile considerare esaustivi i rimedi giusfamiliari, dal momento che essi non coprono tutta la gamma dei pregiudizi subiti dalla prole. L'inammissibilità della tutela risarcitoria in tale contesto porrebbe dunque l'autore della condotta lesiva in una condizione privilegiata rispetto al soggetto che, tenendo la medesima condotta nei confronti di un estraneo, sarebbe invece tenuto a risarcire i danni conseguenti.

Gli strumenti previsti dal Libro I non possono esaurire la tutela accordata perché settoriali, o solo eventuali, e comunque insufficienti

²⁰⁶ Per una disamina degli stessi si rimanda a G. OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 77 ss.

a riparare il pregiudizio eventualmente patito²⁰⁷. Pertanto, si deve poter ricorrere al rimedio risarcitorio non solo laddove i mezzi di tutela messi a disposizione dal diritto di famiglia non siano esperibili, ma pure nelle ipotesi in cui lo siano, arrivando così ad un cumulo di rimedi.

Il cumulo si giustifica in base a diversi ordini di ragioni, ma soprattutto per il fatto che i provvedimenti indicati in precedenza presentano notevoli differenze rispetto alle misure risarcitorie. È evidente, innanzitutto, la diversa finalità: dette misure non mirano - né del resto riuscirebbero - a reintegrare un pregiudizio già verificatosi, ma perlopiù tendono a far sì che i pregiudizi non abbiano a ripetersi per il futuro o comunque non si verifichino²⁰⁸. Le misure risarcitorie si caratterizzano invece per il perseguire - almeno prevalentemente - finalità reintegrative-compensatorie²⁰⁹, mentre non mirano - se non indirettamente - a far sì che i comportamenti pregiudizievoli non vengano reiterati in futuro.

In questa prospettiva, si potrebbe dire che, mentre la tutela risarcitoria pone l'attenzione sul passato ed è volta a ristorare i danni già prodottisi, gli strumenti del Libro I, in un'ottica di tutela del minore e della sua personalità, guardando al futuro, aspirano ad evitare che questi possa subire nuovamente dei comportamenti pregiudizievoli. Inoltre, per questi ultimi - come già detto - sembrerebbe non rilevare il requisito della colpevolezza, a differenza del rimedio risarcitorio.

²⁰⁷ In tal senso si rimanda a Trib. Milano, 10 febbraio 1999, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 993 s.

²⁰⁸ A riguardo si veda A. FRACCON, *La responsabilità dei genitori per i danni arrecati ai figli*, in *Tratt. della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. CENDON, Padova, 2004, p. 1316, che sottolinea come i rimedi giusfamiliari operino su un piano ontologicamente diverso rispetto a quello dell'art. 2043 c.c., non avendo alcuna finalità risarcitoria del danno, ma piuttosto di evitare il protrarsi o il verificarsi dello stesso.

²⁰⁹ In tale ottica, si tendeva a non ritenere soddisfacente l'utilizzo nel contesto in esame del rimedio risarcitorio che parrebbe scarsamente appagante per il soggetto leso. Diversamente si optava per il ricorso a strumenti inibitori, volti a evitare il reiterarsi in futuro dei comportamenti dannosi. In quest'ottica pareva preferibile una soddisfazione morale, piuttosto che una riparazione pecuniaria: si rimanda a riguardo a M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. di diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO, Torino, 1999, p. 132 ss.

Non si vede dunque per quale ragione si debba negare un possibile concorso tra rimedi, sempre che sussistano i presupposti richiesti per la loro applicazione²¹⁰.

4. Il rimedio risarcitorio.

La breve panoramica fin qui condotta sui possibili rimedi offerti sia dal diritto penale, sia dal diritto di famiglia, consente di spostare l'attenzione sul versante dell'ammissibilità ed, eventualmente, dei limiti di una responsabilità genitoriale per violazione dei diritti della prole. La lesione ad opera del genitore può essere fonte di responsabilità? E quale sarebbe la natura dell'illecito, aquiliana o contrattuale? La risposta a quest'ultima domanda è di fondamentale importanza per comprendere quali siano i presupposti richiesti affinché venga integrata la fattispecie e quale sia la disciplina applicabile²¹¹.

²¹⁰ Nel senso di consentire il cumulo tra i diversi rimedi si veda P. VIRGADAMO, *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari ad inviolabilità dinamica*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1902. In tal senso anche P. PORRECA, *La lesione endofamiliare del rapporto parentale come fonte di danno*, in *Giur. it.*, 2005, pt. II, c. 1634, secondo il quale il nostro sistema non avrebbe mai escluso un concorso tra rimedi giusfamiliari e risarcitori, ma anzi lo avrebbe promosso. A sostegno del suo assunto l'A. cita la legge sulla violenza domestica che consente di adottare misure volte ad evitare che il danno si ripeta, ma certo non di far sì che il soggetto non possa essere chiamato a rispondere per i danni già cagionati. In questo senso si vedano anche P. CENDON e G. SEBASTIO, *La crisi dell'immunity rule nei torti in famiglia*, in *Tratt. resp. civ e pen. in fam.*, Padova, 2004, p. 2745. A favore del cumulo tra rimedi si rimanda in particolare ad un precedente risalente all'interno del quale il genitore che abusava della patria potestà non solo è stato dichiarato decaduto dalla potestà, ma è stato anche obbligato a risarcire i danni (App. Firenze, 27 aprile 1956, in *Giust. civ. Rep.*, 1956, voce "Patria potestà", n. 3). A riguardo P. CENDON e G. SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, in *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, a cura di R. TORINO, Torino, 2004, p. 161, sottolineano come la responsabilità civile verrebbe a ricoprire un ruolo "sussidiario" in quanto sarebbe esperibile solamente nell'ipotesi in cui gli strumenti del diritto di famiglia non siano da soli sufficienti a rimuovere i pregiudizi fatti valere.

²¹¹ Sul rapporto tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale si rimanda a: L. CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 2 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, *passim*; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989, *passim*.

Per poter giungere ad una conclusione soddisfacente è necessario, anzitutto, chiedersi quale sia la situazione soggettiva lesa che giustificerebbe tale pretesa.

Anche in questo ambito, delimitando la trattazione al tema oggetto di analisi, si circoscriverà la riflessione sulle pretese risarcitorie che trovano la loro occasione nella violazione dei doveri genitoriali, trascurando invece di considerare il profilo della tutela contro quei pregiudizi cagionati dal genitore, ma che, in realtà, ben avrebbero potuto venir posti in essere da qualsiasi altro soggetto. In quest'ultima ipotesi, infatti, non potendo la qualifica di familiare rendere lecito un fatto di per sé illecito, si deve trattare il familiare come se fosse un soggetto terzo qualunque e valutare, secondo le regole tradizionali in tema di responsabilità civile, se sussistono o meno i presupposti in tal senso. Per limitare ad un esempio, il padre che, a causa di un atteggiamento negligente, ometta di guardare negli specchietti retrovisori, prima di effettuare una manovra con la sua auto, e investa, andando in retromarcia, il figlio che stava giocando con la palla proprio dietro l'autovettura, cagionando allo stesso fratture alle gambe, sarà tenuto al risarcimento dei danni cagionati a causa del suo comportamento: la qualifica di familiare in nessun modo può infatti far venir meno l'illiceità. Ciò posto, si rende necessaria la limitazione del campo di indagine ai c.d. illeciti endo-familiari, che trovano la loro occasione nella violazione dei doveri genitoriali e si caratterizzano - tendenzialmente - per il fatto che soggetto passivo è un minore, poiché tali doveri - salve alcune precisazioni per quanto concerne l'obbligo di mantenimento che perdura anche oltre il compimento della maggiore età - vengono meno nel momento in cui il figlio diviene maggiorenne.

Prima di rispondere agli interrogativi sollevati, pare necessario precisare come, nonostante le considerazioni svolte nel paragrafo precedente, molto rare siano state, in passato, le azioni giudiziali proposte dalla prole nei confronti per genitori e ancora meno quelle accolte.

Le ragioni sono molteplici e diverse rispetto a quelle che inibivano l'agire nei confronti del coniuge o degli altri componenti della famiglia: innanzitutto, i figli si trovano a dipendere economicamente dai genitori, nonché, nella normalità dei casi, a coabitare con essi. In tale ottica, si può supporre che la proposizione di un'azione risarcitoria potrebbe creare inconvenienti, anche pratici, notevoli. Tali soggetti, infatti, non sono autosufficienti, nel senso che hanno bisogno dell'appoggio delle figure genitoriali, o chi per esse, non solo per il loro mantenimento, ma anche per la loro cura, e detta circostanza sicuramente frena la reazione. Senza considerare le motivazioni di carattere etico in base alle quali l'azione in questione veniva considerata sconveniente e inopportuna²¹². Sussiste poi un elemento peculiare rispetto agli illeciti eventualmente cagionati nei confronti di uno qualsiasi degli altri componenti della famiglia: il danneggiato è un incapace d'agire *ex art. 2 c.c.* e, conseguentemente, è sprovvisto di capacità processuale, secondo quanto previsto dall'*art. 75 c.p.c.* In conseguenza di ciò, spettando nella normalità dei casi ai genitori la rappresentanza in giudizio della prole *ex art. 320 c.c.*, subentrano evidenti difficoltà per i minori nel far sentire la propria voce contro i pregiudizi cagionati da questi. Senza considerare gli inconvenienti che potrebbero derivare qualora gli illeciti dovessero essere conseguenza dei comportamenti di entrambi i genitori oppure anche solo di uno di essi in presenza di una scarsa attenzione o di un comportamento omertoso dell'altro: in tali ipotesi, difficile sarebbe l'emersione del fatto dannoso. Ulteriori problemi potrebbero derivare dal fatto che la domanda, volta ad ottenere il ristoro del pregiudizio, potrebbe venir strumentalizzata e azionata da un genitore contro l'altro solo per ripicche ed astio nei confronti dello stesso.

Le problematiche enunciate tuttavia sono superabili una volta riconosciuta la possibilità di arrivare, eventualmente, alla nomina di

²¹² Cinquant'anni fa parlare di diritti del minore, di tutela della personalità *in fieri* o, ancor più, ipotizzare la possibilità che un bambino "reagisca" attraverso le vie legali ad un sopruso dei genitori era a dir poco assurdo (così G. DOSI e C. DI BARTOLOMEO, *Abuso della potestà genitoriale e risarcimento del danno al minore*, cit., p. 492).

un curatore speciale, sul presupposto che si tratti di un conflitto di interessi che, ai sensi dell'art. 320, sesto comma, c.c., giustifichi tale soluzione²¹³. Senza considerare come, in determinate ipotesi, il potere di rappresentanza sia riconosciuto a soggetti diversi dai genitori. Si segnala, per esempio, il caso in cui un Comune, nominato tutore provvisorio di due minori nella persona del sindaco, in seguito alla pronuncia di decadenza della potestà del padre delle stesse, ha agito per ottenere la condanna al risarcimento del danno nei confronti dell'uomo per non aver adempiuto agli obblighi di educare, mantenere ed istruire la prole e l'obbligo di assistenza in un periodo molto delicato quale quello della morte della madre²¹⁴. Tale soluzione permetterebbe di superare il difficile *empasse*, basato sulla condizione di "dipendenza" in cui versa il genitore. Infine l'azione potrebbe, altrimenti, essere sempre proposta dal minore, una volta divenuto maggiorenne, secondo le regole dettate in tema di prescrizione dell'azione ai sensi dell'art. 2941, n. 1 e n. 6, c.c. in base alle quali il decorso del termine necessario affinché la situazione soggettiva si possa prescrivere rimane sospeso. Ciò considerato, anche detto ostacolo pare superabile.

A questo punto della trattazione si deve ammettere che certamente i genitori potranno venir chiamati a rispondere dei danni cagionati, in presenza dei requisiti richiesti per integrare la fattispecie, qualora non adempiendo gli obblighi genitoriali abbiano, altresì, determinato una violazione dei diritti fondamentali del minore, il rispetto dei quali è garantito anche all'interno delle formazioni sociali.

In tal senso si è pronunciata la Suprema Corte con sentenza n. 7713 del 2000²¹⁵, riconoscendo fondata la pretesa risarcitoria di un

²¹³ A riguardo tendenzialmente scettica è G. CIPRIANI, *La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 522, secondo la quale la possibilità di ricorrere all'art. 78, secondo comma, c.p.c. e ottenere la nomina di un curatore speciale presupporrebbe comunque una rilevante autonomia del figlio. V. anche per i riferimenti F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali*, cit., sub art. 320.

²¹⁴ Corte d'App. Bologna, 10 luglio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 487.

²¹⁵ Cass., 7 giugno 2000, in *Fam. dir.*, 2000, p. 159: "[...] la lesione di siffatti diritti, collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti,

figlio volta ad ottenere il ristoro dei danni patiti a seguito della lesione dei suoi diritti fondamentali posta in essere dal padre che, solamente con molto ritardo e ritrosia, aveva corrisposto allo stesso i mezzi necessari per la sua sussistenza, senza mai occuparsi invece della sua educazione e della sua istruzione.

In particolare, la pronuncia in questione si segnala per essere la prima sentenza della Suprema Corte a prevedere una condanna al risarcimento del danno esistenziale, in virtù del combinato disposto degli artt. 2043 c.c. e 2 Cost.: tale tipologia di danno è stata ravvisata, nel caso di specie, nella lesione in sé dei fondamentali diritti della persona, indipendentemente dalle conseguenze sfavorevoli derivanti dalla violazione (danno evento). Nell'ottica secondo la quale la lesione dei diritti fondamentali rappresenterebbe di per sé un danno, a prescindere dalla prova di qualsivoglia perdita da riparare, il danno esistenziale viene riconosciuto in *re ipsa*. Nel caso in esame non vi è stata invece una condanna al risarcimento del danno morale soggettivo, in quanto il padre era stato precedentemente assolto in sede penale per il reato di cui all'art. 570 c.p. per aver versato, seppur con anni di ritardo, quanto dovuto per il mantenimento del figlio.

La Suprema Corte è arrivata dunque a riconoscere come l'ostinato rifiuto del genitore di occuparsi del figlio possa cagionare un danno ingiusto, fonte di un'obbligazione risarcitoria, in quanto comportante la lesione di diritti fondamentali della persona. Detta conclusione, seppure criticabile nella parte in cui qualifica il danno esistenziale come danno evento, pare necessaria, considerato il fatto che la famiglia deve essere luogo di promozione dei diritti fondamentali dei componenti della stessa e non già luogo di compressione e mortificazione degli stessi.

In tal modo, un danno risarcibile si avrà in quelle ipotesi in cui il genitore con il suo comportamento abbia inciso negativamente sullo

vada incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno evento), indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che esse possono comportare”.

sviluppo della personalità del figlio, recandogli pregiudizi²¹⁶. In conformità a questa pronuncia, anche la giurisprudenza successiva ha sempre considerato questa fattispecie rientrante nell'alveo della responsabilità aquiliana.

La ricostruzione è comprensibile in ragione del fatto che l'interesse leso, che ha giustificato, insieme agli altri requisiti richiesti – in *primis* l'ingiustizia del danno²¹⁷ –, il sorgere di un'obbligazione risarcitoria, è sempre stato un diritto della personalità, rientrante tra i diritti assoluti, tutelabili *erga omnes*, il cui rispetto può essere preteso nei confronti della generalità dei consociati. L'inadempimento degli obblighi genitoriali comporterebbe nuovamente solo "l'occasione" per arrivare a ledere diritti di rango superiore.

Anche in questo ambito emerge dalla ricordata pronuncia della Suprema Corte come non sia la mera violazione dei doveri genitoriali a comportare il sorgere di un illecito civile risarcibile, essendo all'uopo necessario che da ciò sia scaturita una lesione ai diritti inviolabili della persona²¹⁸.

La scarsità di decisioni che riconoscano il risarcimento del danno causato a seguito della lesione in sé di diritti relativi, vantati dal minore nei confronti dei genitori per il fatto stesso della procreazione, i quali rivestono senza dubbio alcuno carattere di giuridicità²¹⁹, pare opportuno interrogarsi sull'ammissibilità di una

²¹⁶ In tal senso M. DOGLIOTTI, *La responsabilità civile entra nel diritto di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 67.

²¹⁷ Sull'ingiustizia del danno si rimanda a V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 29 ss. Ampiamente sul tema si veda C. SCOGNAMIGLIO, *L'ingiustizia del danno (art. 2043)*, in *Illecito e responsabilità civile*, Tomo I, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, Torino, 2005, p. 1 ss. e spec. p. 42, sul giudizio di ingiustizia e il bilanciamento di interessi. Per una panoramica sulla materia si veda anche P.G. MONATERI, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di 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. 523 ss.

²¹⁸ Così anche F. FAROLFI, *Violazione dei doveri genitoriali e legittimazione del Comune, quale tutore, al risarcimento dei danni*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 494.

²¹⁹ L'art. 30 Cost. parla, infatti, espressamente di "dovere" di educare, istruire e mantenere e anche nella rubrica dell'art. 147 c.c. viene utilizzato il termine "doveri" dei genitori verso i figli. Diversamente, all'interno del testo dell'articolo in questione vengono qualificati come "obblighi". Anche se la

pretesa risarcitoria volta ad ottenere il ristoro di questi pregiudizi e sulla natura della responsabilità²²⁰.

La riflessione a riguardo, deve partire dalla premessa per cui viene qualificata come contrattuale la responsabilità conseguente all'inadempimento di un'obbligazione preesistente tra le parti, mentre è qualificata extracontrattuale la responsabilità nella quale incorre il soggetto che cagiona ad un altro un danno ingiusto, violando il generico dovere di astensione, espresso nel principio dell'*alterum non laedere*, senza che tra gli stessi sussista alcun rapporto obbligatorio preesistente²²¹.

La particolarità della situazione è data dal fatto che in questo caso la violazione dell'obbligo viene posta in essere non già da un soggetto terzo, ma da colui che dovrebbe adempiere (il debitore). La circostanza potrebbe indurre a concludere circa la configurabilità di un illecito contrattuale per violazione degli obblighi genitoriali. Tuttavia, come già osservato con riguardo al discorso relativo al rapporto coniugale, si deve constatare come l'illecito contrattuale consegua all'inadempimento di un'"obbligazione" preesistente tra soggetti determinati. Pertanto, pare necessario domandarsi se i doveri

diversa terminologia potrebbe far sorgere dubbi sulla natura degli stessi, comunque non è possibile mettere in forse la giuridicità degli stessi. A riguardo si veda G. CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale*, Padova, 2006, p. 199. Sulla natura di dette situazioni soggettive si rimanda alle considerazioni di G. GIACOBBE, *Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale*, in *Giust. civ.*, 2005, pt. I, p. 734, il quale rileva come si tratti di obbligazioni di tipo familiare che risentono del carattere umano che le permea. Non può perciò mutarsi per dette situazioni lo stesso schema del rapporto obbligatorio dal momento che esse non si estinguono con l'adempimento e accanto all'obbligo vi è il diritto dei genitori all'esercizio delle facoltà corrispondenti.

²²⁰ Considera inammissibili le tesi estreme di chi considera risarcibile anche la mera violazione dei doveri genitoriali G. CIPRIANI, *La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 519.

²²¹ In tal senso si rimanda a G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 1. A riguardo C. SALVI, voce "*Responsabilità extracontrattuale (dir., vig.)*", in *Enc. dir.*, Milano, 1988, vol. XXXIX, p. 1191 s., sottolinea come la tradizionale differenza fondata sulla alternatività tra il generale divieto dell'*alterum non laedere* e l'esigenza di rispettare un obbligo specifico nei confronti di un soggetto determinato sembra sfumare in quanto sempre di più si estendono le zone di confine.

genitoriali siano ascrivibili alla categoria delle obbligazioni oppure se non si debba considerarli meri obblighi²²².

Il discrimine tra le diverse situazioni soggettive è dato, come già sottolineato, dal fatto che solo nelle prime è presente il requisito della patrimonialità della prestazione secondo quanto previsto dall'art. 1174 c.c.

Seppure qualche voce dottrinale abbia sostenuto potersi ascrivere gli obblighi genitoriali alla categoria delle obbligazioni, sulla base di una presunta suscettibilità di valutazione economica della prestazione²²³, sembra tuttavia preferibile considerarli meri obblighi. Non sembrerebbe, infatti, presente in questo caso il requisito in questione²²⁴: l'individuazione del contenuto dei doveri familiari muoverebbe da una matrice squisitamente etica e procederebbe pertanto in una dimensione fortemente connotata sotto il profilo ideologico²²⁵.

Pertanto, partendo dal presupposto che la responsabilità contrattuale sembrerebbe richiedere l'inadempimento di una vera e propria obbligazione, si dovrebbe arrivare ad escludere l'applicabilità di detta tutela di fronte alla violazione degli obblighi genitoriali²²⁶.

²²² Per la soluzione di detta questione non pare determinante porre l'attenzione sulla terminologia utilizzata dal legislatore dal momento che, come fatto notare da un'autorevole dottrina (M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 24), molto spesso il legislatore utilizza il termine obbligo in presenza di un'obbligazione vera e propria (es. art. 1179, 2930, 2931 c.c.) e viceversa.

²²³ Nel senso di ritenere che gli obblighi derivanti dal rapporto di filiazione siano qualificabili come obbligazioni parrebbe optare A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 598 s.

²²⁴ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, 1993, Milano, p. 79. In questo senso si vedano anche A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 255 e 256 e M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, cit., p. 52.

²²⁵ Così G. AMADIO, *Obblighi di mantenimento, accertamento della filiazione e rapporti tra i genitori*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 273. Secondo l'A. la componente etica assumerebbe uno specifico risalto proprio in ordine all'obbligo di mantenimento in cui il profilo oggettivo viene sovente scomposto nel duplice elemento dell'assistenza morale e materiale. Questo influenzerebbe la qualifica della situazione e determinerebbe una resistenza degli interpreti all'impiego delle categorie proprie dei rapporti patrimoniali, prima fra tutte la figura del rapporto obbligatorio.

²²⁶ A riguardo si veda G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 593, secondo la quale la proposta di considerare in termini di inadempimento piuttosto che di illecito la condotta del coniuge o del genitore sottovaluta la rilevanza che il carattere patrimoniale della prestazione ha nell'impianto delle tecniche intese a

A riguardo, si è tuttavia cercato di sostenere comunque l'opportunità di estendere, mediante il ricorso allo strumento dell'analogia, la disciplina dettata in tema di inadempimento di obbligazioni – e dunque anche le norme sull'illecito contrattuale – alle ipotesi di inadempimento di meri obblighi. La soluzione, giustificata secondo i suoi fautori dalla necessità di colmare un vuoto di tutela dovuto alla mancanza di una specifica disciplina legislativa²²⁷, trova forti contrasti in coloro i quali, reputando la responsabilità contrattuale non adatta a regolare situazioni prive di una prestazione di carattere patrimoniale, considerano invece doversi ragionare di illecito aquiliano anche in dette ipotesi, nonostante l'inadempimento di un obbligo specifico nei confronti di un soggetto determinato²²⁸. Quest'ultima soluzione parrebbe condivisibile in un'ottica secondo cui

fronteggiare l'inadempimento, che difficilmente si presterebbero ad essere piegate alla tutela di interessi non patrimoniali. L'A, tuttavia, pur ritenendo che la violazione degli obblighi familiari possibile fonte di un'obbligazione risarcitoria di natura extracontrattuale, nondimeno rileva come possano prospettarsi anche nell'ambito familiare vere e proprie ipotesi di inadempimento nell'ipotesi in cui a venir lesa sia di carattere patrimoniale (violazione degli obblighi di contribuzione, di mantenimento, negligenza della gestione dei beni comuni o di quelli dei figli).

²²⁷ Questa è l'opinione di C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Roma-Bologna, 1967, p. 3.

²²⁸ In tal senso G. FERRANDO, *Separazione e divorzio*, 2003, Milano, p. 97. L'A., infatti, considera come, per quanto vogliamo estendere i confini della responsabilità contrattuale dobbiamo comunque constatare come essa rimanga pur sempre responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente tra le parti, con ciò intendendosi obblighi a contenuto patrimoniale, secondo quanto disposto dall'art. 1173 c.c. Gli obblighi coniugali, eccezion fatta per quello di contribuzione nell'interesse della famiglia, sono privi di detta caratteristica. Si deve parlare pertanto di responsabilità extracontrattuale. Tuttavia, L'A. in uno scritto successivo (*Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, cit., p. 593 s.) a riguardo precisa come affinché vi sia un danno ingiusto non sia sufficiente la documentata violazione dei doveri coniugali, ma occorra la lesione di un diritto fondamentale della persona.

Ritengono che l'illecito conseguente alla violazione di un obbligo familiare sia di natura extracontrattuale: P. CENDON e G. SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, in *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, a cura di R. TORINO, Torino, 2004, p. 158; V. PILLA, *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna, 2006, p. 199 e 217. A riguardo, si veda anche la pronuncia del Trib. Milano, 10 febbraio 1999, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 993, secondo la quale anche dalla mera violazione dei doveri coniugali potrebbe derivare un illecito extracontrattuale risarcibile, nonostante il fatto che si tratta di diritti privi della caratteristica dell'assolutezza, in quanto, com'è noto, perché possa configurarsi una responsabilità aquiliana non occorre che il diritto pregiudicato sia assoluto, come risulta dall'estensione dell'ambito normativo in esame anche ai diritti relativi e all'aspettativa legittima e alla *chance*.

qualsiasi pregiudizio non derivante dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente tra le parti non sarebbe sfornito di tutela – conseguentemente non sarebbe presente un vuoto da colmare mediante il ricorso all'analogia *legis* -, ma dovrebbe essere ricondotto e risarcito nei limiti in cui dovessero venir reputati sussistenti i presupposti dell'illecito aquiliano.

Anche la teoria sopra illustrata però non sembrerebbe portare molto lontano: sicuramente non si potrebbe arrivare comunque al risarcimento dei danni non patrimoniali, che in famiglia sono sicuramente i più rilevanti, nonché i più frequenti, richiedendo a tal fine l'art. 2059 c.c. - all'interno del quale detti pregiudizi sono stati ricondotti in seguito alle sentenze del 2003²²⁹ - la lesione di un diritto inviolabile, salvo sussista uno degli altri casi nei quali la legge consente detta possibilità. La mera violazione di un obbligo genitoriale non potrebbe dunque superare il filtro dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata, necessario per ottenere il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali.

Per quanto concerne invece i danni patrimoniali resterebbe lo scoglio dell'ingiustizia del danno *ex art.* 2043 c.c. e difficilmente la violazione dei doveri genitoriali, non idonea ad incidere sulle situazioni esistenziali del minore, parrebbe idonea a determinare un danno ingiusto.

In una diversa prospettiva, si potrebbe non considerare gli obblighi genitoriali in generale, ma valutare uno ad uno i singoli specifici obblighi e verificare se possa essere qualificato quale vera e propria obbligazione²³⁰. Così la patrimonialità della prestazione non pare certo rinvenibile negli obblighi di educare, istruire e prestare la dovuta assistenza alla prole. Si potrebbe riflettere sul dovere di amministrare il patrimonio del figlio di cui all'art. 320 c.c.

²²⁹ Cass. 31 maggio 2003 n. 8827 e 8828, cit., p. 816 ss. e Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, cit., p. 1028.

²³⁰ In tal senso si veda M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 76. L'A., infatti, qualifica come vere e proprie obbligazioni l'obbligo alimentare e l'obbligo di amministrare il patrimonio della prole.

Al fine di qualificare tale situazione soggettiva può essere utile qualche breve osservazione sull'istituto della tutela: ove il minore non abbia chi eserciti su di lui la potestà, a seguito della morte dei genitori o di altri impedimenti, viene sottoposto a tutela, secondo quanto previsto dall'art. 343 c.c.²³¹. Viene nominato un tutore che svolge le funzioni proprie dei genitori, essendo investito di una serie di poteri e doveri, e, in particolare, provvede alla gestione e all'amministrazione del patrimonio del minore. A riguardo l'art. 382 c.c. stabilisce che il tutore debba amministrare il patrimonio del minore con la diligenza del buon padre di famiglia e che questi risponda verso il minore di ogni danno da lui cagionato violando i propri doveri. Vi è dunque un'espressa previsione normativa che sancisce la responsabilità del tutore per *mala gestio*. Detta responsabilità per cattiva amministrazione viene tradizionalmente reputata di natura contrattuale²³²: la ricostruzione si basa sul presupposto secondo cui l'obbligo di amministrare il patrimonio del minore sarebbe una vera e propria obbligazione, data la possibilità di valutare in termini economici il comportamento dovuto. La gestione di un patrimonio altrui e il compimento delle ulteriori incombenze che derivano dall'amministrazione sono certamente attività valutabili economicamente, posto che all'interno della società nel momento storico attuale gli individui sarebbero disposti ad un sacrificio economico per ottenere una prestazione di detta tipologia.

Non sono presenti invece disposizioni normative in tema di potestà genitoria volte a regolare l'ipotesi di responsabilità per *mala gestio*. Per tale ragione, dati gli elementi di identità tra le diverse fattispecie, è stata sostenuta l'applicabilità in via analogica del disposto di cui

²³¹ Sulla tutela dei minori si veda A. DELL'ORO, *Della tutela dei minori*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1979, *passim*; A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, cit., p. 607.

²³² In tal senso si veda App. Roma, 19 maggio 1959, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce "Tutela", n. 7. Così anche A. DE CUPIS, *Note introduttive agli artt. 343- 389*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI, Padova, 1992, vol. IV, p. 504, secondo il quale i doveri del tutore e del protutore si collocherebbero nel rapporto obbligatorio che nasce tra ciascuno di essi e il minore dalla nomina compiuta dal giudice tutelare. Il riconoscimento della natura contrattuale permetterebbe l'applicabilità della disciplina prevista dagli artt. 1218 c.c. e s.s.

all'art. 382 c.c., dettato in tema di tutela anche nei confronti del genitore²³³. In realtà, si potrebbe ritenere superfluo un ricorso allo strumento dell'analogia: una volta fatto rientrare l'obbligo di gestire e amministrare il patrimonio della prole nella categoria delle obbligazioni, non potendo influire, in questo caso, la qualifica di familiare e il particolare rapporto sussistente tra le parti - trattandosi di un comportamento che ben potrebbe essere posto in essere da un soggetto privo di detta qualifica, eventualmente incaricato a riguardo - la possibilità di ottenere un risarcimento del danno per inadempimento sarebbe già possibile grazie all'applicazione della disciplina generale di cui all'art. 1218 c.c. e ss. Mancherebbe, nel caso di specie, l'assenza di una previsione normativa che regoli il caso concreto, necessaria ai fini del ricorso allo strumento dell'analogia. Si potrebbe allora ritenere che, qualora il patrimonio del minore dovesse subire pregiudizi a causa della *mala gestio* dei genitori, sarebbe possibile esperire, oltre ai rimedi propri del diritto di famiglia²³⁴, anche un'azione risarcitoria di natura contrattuale connessa alla violazione dei doveri di diligenza nella gestione²³⁵.

²³³ In tal senso M. DOGLIOTTI e A. FIGONE, *I rapporti familiari*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. CENDON, 1998, Torino, p. 73. Tuttavia, per uno spunto critico a riguardo si rimanda a G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Il diritto di famiglia*, vol. III, *Filiazione e adozione*, diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, Torino, 1997, p. 305 s., secondo il quale l'istituto della tutela presenterebbe elementi di differenziazione rispetto alla potestà genitoriale, per la natura sostitutiva della tutela che giustifica una serie di cautele ispirate ad una minor fiducia. Così anche A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, cit., p. 619 s., secondo il quale, per la diversa fiducia che il legislatore ripone nei genitori in virtù del vincolo di sangue, la disciplina riguardo il loro potere di amministrazione divergerebbe rispetto a quello del tutore, sottoposto a maggiori controlli da parte dell'autorità giudiziaria. Da ciò ne conseguirebbe l'impossibilità di un'applicazione analogica delle disposizioni dettate in tema di tutela quali quella che prevede l'obbligo di redigere un inventario e di prestare una cauzione.

²³⁴ È opportuno riflettere come in queste circostanze, sussistenti i presupposti, potranno essere esperiti oltre al rimedio risarcitorio anche quelli propri del diritto di famiglia, quali, in particolare l'annullabilità prevista dall'art. 322 c.c. e l'estromissione dall'amministrazione ex 334 c.c.: in tal senso si rimanda a F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali*, cit., sub art. 322, p. 195 s.

²³⁵ Qualifica la responsabilità da *mala gestio* del patrimonio come responsabilità contrattuale M. MARTINO, *La responsabilità da cattiva amministrazione*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. 305 ss. Secondo l'A. il genitore risponderebbe per l'inadempimento di regole di diligenza non dissimili da quelle del mandato. Di questa opinione è anche G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, cit., p. 58 ss.

Ciò considerato, si può ora spostare il *focus* sulla discussa natura dell'obbligo di mantenere la prole, imposto ai genitori dall'art. 147 c.c. A riguardo si è sostenuto, infatti, potersi trattare di vera e propria obbligazione per il fatto che sarebbe in questo caso rinvenibile il carattere richiesto dall'art. 1174 c.c.²³⁶. Se si dovesse propendere per detta soluzione, si dovrebbe concludere ammettendo che l'inadempimento dello stesso potrebbe dar luogo a un illecito contrattuale²³⁷. A sostegno di questa riconduzione si suole sottolineare come il coniuge o il figlio, titolari di un diritto al mantenimento, possano, secondo costante giurisprudenza, ricorrere all'azione revocatoria nei confronti degli atti posti in essere dal debitore suscettibili di recare pregiudizio alle loro ragioni²³⁸.

L'A., infatti, considera il dovere di amministrare il patrimonio dei figli una vera e propria obbligazione dotata del carattere della patrimonialità della prestazione. I genitori sono soggetti passivi di un rapporto obbligatorio *ex lege* di carattere patrimoniale che lo lega ai figli: essi devono amministrare il patrimonio di questi ultimi secondo la diligenza del buon padre di famiglia. In caso di cattiva amministrazione incorreranno perciò in una responsabilità contrattuale. Così anche F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.*, a cura di A. CICU e F. MESSINEO, vol. XXI, Milano, 1968, p. 267. Questa è anche l'opinione di A. FRACCON, *Famiglia e danni endofamiliari*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, IV, *I singoli danni*, Torino, 2005, p. 47 ss. L'A., sottolinea, infatti, come l'obbligo di amministrare il patrimonio del minore assuma i connotati di una vera e propria obbligazione dotata del carattere della patrimonialità della prestazione. Pertanto, l'inadempimento di detta obbligazione darà luogo all'applicazione della disciplina prevista agli artt. 1218 c.c. e s.s.

²³⁶ Questa è l'opinione di G. OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 78, secondo il quale a questa categoria ben potrebbero appartenere i doveri di mantenimento, in quanto possiedono tutti i requisiti necessari affinché si possa parlare di obbligazione in senso tecnico. Dello stesso avviso è I. PATRONE, *Obbligo di mantenimento dei figli: contenuto, garanzie, sanzioni*, cit., p. 69. L'A. ritiene pertanto l'obbligo al mantenimento coercibile secondo le norme generali in materia di obbligazioni pecuniarie. In tal senso anche A. GRECO, *La responsabilità da procreazione*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 136, secondo il quale saranno perciò applicabili i rimedi tradizionali in tema di obbligazioni. Così anche A. GABRIELLI, *Mantenimento e alimenti: la violazione degli obblighi*, in *Tratt. breve dei nuovi danni*, a cura di P. CENDON, 2001, Padova, vol. II, p. 1386. In questo senso si veda anche G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Il diritto di famiglia*, III, *Filiazione e adozione*, in *Trattato*, diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, Torino, 2007, 2° ed., p. 306 e s. Sulla qualificazione dell'obbligo di mantenimento si veda anche A. TRABUCCHI, *Note introduttive agli artt. 147 e 148*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO A. TRABUCCHI, PADOVA, 1992, Tomo II, p. 583 s.

²³⁷ G. OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, cit., p. 79.

²³⁸ In tal senso G. OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, cit., p. 78.

Tale assunto non pare condivisibile dal momento che, in realtà, la prestazione non sembrerebbe suscettibile di una valutazione economica: il suo contenuto non si esaurisce nel corrispondere al figlio un somma di denaro, ma è molto più ampio. Implica, infatti, il dover provvedere anche direttamente a soddisfare le esigenze della prole²³⁹; può comportare lo svolgimento di attività nei confronti di quest'ultima o il mettere a disposizione della stessa un determinato bene. Potrebbe anche mutare nel suo contenuto per perseguire finalità educative. Parrebbe, in tale ottica, riduttivo il considerare suscettibile di valutazione economica una prestazione che in realtà si spinge ben oltre. Per tale ragione, il dovere di mantenimento della prole non parrebbe ascrivibile alla categoria delle obbligazioni, se non forse in particolari circostanze. In particolare, è stato sostenuto che, seppur i doveri genitoriali debbano essere considerati obblighi, in quanto la prestazione dovuta è priva del carattere della patrimonialità, tuttavia qualora l'oggetto degli stessi si specifichi in determinate prestazioni alimentari - come avviene a carico del genitore non affidatario che non provveda direttamente al figlio - essi acquistino contenuto patrimoniale²⁴⁰. In tal caso, considerando semplicemente il profilo patologico, si potrebbe prospettare una parziale assimilazione alla disciplina delle obbligazioni; e ammettere così il ricorso alla tutela contrattuale, la quale permetterebbe il ristoro dei pregiudizi patrimoniali derivanti dall'inadempimento, senza la necessità di superare il requisito dell'ingiustizia del danno, come invece avviene in sede aquiliana.

A riguardo, tuttavia, si consideri che, anche riconducendo tali fattispecie nell'alveo della responsabilità contrattuale, il risarcimento del danno non patrimoniale – pur essendo ormai ammesso, secondo

²³⁹ Sul contenuto dell'obbligo di mantenimento si rimanda a F. RUSCELLO, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, cit., p. 120, secondo il quale l'obbligo di mantenere non si esaurirebbe nel somministrare una somma di denaro, ma comprenderebbe tutto quanto è necessario nell'assistenza e nello sviluppo psicofisico dei figli: dalle cure tipiche della comune convivenza, alle spese eventualmente necessarie per la vita di relazione.

²⁴⁰ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile 4. L'obbligazione*, cit., p. 79, nota 8. A riguardo si rimanda anche a G. OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, cit., p. 79.

quanto più oltre si dirà – sarà tuttavia comunque limitato alle ipotesi di lesione di un diritto inviolabile. Pertanto, da questo punto di vista – di fondamentale importanza nella presente analisi – non si avrebbero particolari conseguenze derivanti dalla riconduzione all'interno di una categoria piuttosto che in un'altra.

Capitolo III: I presupposti dell'illecito extracontrattuale endo-familiare.

SOMMARIO: 1. Illecito c.d. contrattuale o extracontrattuale: le ricadute. – 2. L'illecito endo-familiare quale illecito c.d. extracontrattuale. I presupposti. – 2.1 (*segue*) L'ingiustizia del danno. - 2.2 (*segue*) L'imputabilità. – 2.3. (*segue*)La colpevolezza. – 2.4. (*segue*)La condotta del danneggiate. – 2.5. (*segue*) Il nesso causale. – 2.6. (*segue*) Il concorso di colpa del danneggiato (art. 1227 c.c.). - 3. Il danno e la sua prova. - 4. Il *quantum*. - 5. I danni risarcibili. - 6. La legittimazione ad agire. -7. La prescrizione dell'azione.

1. Illecito c.d. contrattuale o extracontrattuale: le ricadute.

La questione concernente la natura della responsabilità, lungi dall'essere una riflessione fine a se stessa, rileva non solamente quanto ai divergenti presupposti costitutivi dell'illecito, ma anche per le conseguenze che derivano dal ricondurre la fattispecie all'interno di una categoria piuttosto che dell'altra²⁴¹. 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, quali gli artt. 1223 “*Danni risarcibili*”, 1226 “*Valutazione equitativa del danno*” e 1227 c.c. “*Concorso del fatto colposo del creditore*”, comporti una parziale coincidenza del regime applicabile e, nonostante si sia cercato di sostenere comunque la tendenziale unitarietà della disciplina²⁴², il discrimine rimane

²⁴¹ Per un'approfondita analisi sulle differenze si rimanda a G. VISINTINI, voce “*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*”, in *Enc. giur.* XXVI, Roma, 1991, p. 3; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di V. SACCO, Torino, 1998, p. 672 ss.; C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *La responsabilità civile*, a cura di G. ALPA e M. BESSONE, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. BIGIARI, Torino, 1987, vol. I, p. 289 ss.

²⁴² Di questo avviso 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. ID., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eu. Dir. Priv.*, 2004, p. 105 ss., sottolinea come molte delle differenze siano superabili, ad esclusione di quella sulla prescrizione dell'azione. Nel senso di attenuare o

rilevante²⁴³: si consideri, *in primis*, come l'azione volta a far valere la responsabilità extracontrattuale si presciva decorsi 5 anni dal giorno in cui il fatto si è verificato *ex art. 2947*²⁴⁴, termine notevolmente più breve rispetto a quello ordinario decennale necessario, secondo il disposto dell'art. 2946 c.c., affinché si presciva la domanda volta ad ottenere tutela contro un illecito contrattuale²⁴⁵. In quest'ultima ipotesi, poi, il danneggiato risulta agevolato anche sul piano probatorio in quanto, stante la previsione dell'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 1218 c.c.²⁴⁶, non è tenuto a provare l'elemento psicologico, presunto fino a prova contraria, cosa che

addirittura sopprimere le differenze di regime in ordine alle due diverse responsabilità si veda P. RESCIGNO, voce "*Obbligazioni (nozioni)*", in *Enc. dir.*, 1979, Milano, XXIX, p. 206.

²⁴³ 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, C. ROSSELLO, *Intorno ai rapporti tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Giur. It.*, 1985, pt. 4, c. 201.

²⁴⁴ Per quanto concerne il *dies a quo* si rimanda, *ex multis*, 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.

²⁴⁵ Sussistono però delle ipotesi di illecito contrattuale per le quali è previsto un più breve termine di prescrizione: l'art. 2051 c.c. stabilisce, infatti, che si prescrivono nel termine di un anno i diritti che derivano dal contratto di trasporto o di spedizione. Termini di prescrizione più brevi sono previsti anche dall'art. 2952 c.c. per quanto concerne i diritti derivanti dal contratto di assicurazione e di riassicurazione.

²⁴⁶ L'onere della prova tiene infatti conto del principio di riferibilità o vicinanza della prova: pertanto, il creditore che agisca *ex art. 1218 c.c.* potrà limitarsi ad allegare l'inadempimento e provare la fonte del suo diritto e il relativo termine di scadenza. Si veda a riguardo: "In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento [...]" (Cass. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Danno resp.*, 2002, p. 318). Detto risultato, pur ottenendo ampio consenso qualora si sia verificato un inadempimento totale, non convince in presenza di un inadempimento solo parziale. Secondo M. GAZZARA, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*, in *Danno resp.*, 2009, p. 289, tale soluzione meriterebbe piena adesione solamente in caso di inadempimento totale, risultando in molti casi quasi impossibile (si pensi all'omesso pagamento di un'obbligazione pecuniaria) la dimostrazione, *ex parte creditoris*, di non aver ricevuto la prestazione dovuta.

invece deve fare chi intende far valere una pretesa *ex artt.* 2043 e 2059 c.c. Di non scarsa rilevanza, seppur reputato da taluni superabile²⁴⁷, anche il fatto che in presenza di un illecito contrattuale sia possibile apporre clausole limitative della responsabilità, ai sensi dell'art. 1229 c.c. - semprechè non la escludano o limitino in caso di dolo o colpa grave -, possibilità non contemplata invece se l'illecito è aquiliano, in ragione del mancato rinvio dell'art. 2056 c.c.²⁴⁸. Altre differenze, consistono nella risarcibilità dei danni prevedibili²⁴⁹, nelle modalità di

²⁴⁷ Tuttavia non si può non osservare come taluni arrivino comunque a riconoscere il ricorso a dette clausole anche se la responsabilità è aquiliana, purchè non riducano la tutela di interessi indisponibili: di questo avviso C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*², cit., p. 477. Così anche G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *I rimedi - 2*, in *Tratt. del contratto*, a cura di V. ROPPO, 2006, Milano, p. 833, secondo il quale la contrarietà all'ordine pubblico sarebbe stata invocata in passato per negare l'ammissibilità di modifiche convenzionali preventive alla responsabilità extracontrattuale, ma, in realtà, detta soluzione negativa sarebbe ingiustificatamente severa, dal momento che la responsabilità aquiliana non protegge solamente interessi indisponibili e di valenza generale.

²⁴⁸ Sulle clausole limitative della responsabilità si rimanda a G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, 1984, Milano, *passim*. A riguardo si vedano anche alle sentenze gemelle del 11 novembre del 2008 all'interno delle quali 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.

²⁴⁹ 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, semprechè siano conseguenza diretta ed immediata del comportamento tenuto. La diversa disciplina troverebbe la sua giustificazione secondo C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale e aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 643 ss., nel fatto che nella responsabilità contrattuale l'obbligo di risarcimento ha carattere derivato o secondario, in quanto presuppone la preesistenza fra le parti di un vincolo obbligatorio e quindi di una *relazione particolare* e di un *programma specifico* di comportamento; nella responsabilità aquiliana, all'opposto, l'obbligo di risarcimento si instaura, con carattere originario o primario, al di fuori di qualsiasi contatto o progetto precedente. Alla luce di ciò troverebbero, secondo l'A., spiegazione alcune differenze nella disciplina positiva, quali quella nel risarcire i danni prevedibili. Detta differenza pare invece superabile secondo L. LAMBO, *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno resp.*, 2008, p. 139, per il quale il fatto che l'art. 2056 c.c. non richiami l'art. 1225 c.c. non comporterebbe una difformità concreta di estensione dell'area dei danni risarcibili: "Se la responsabilità che deriva dall'infrazione al principio generale del *neminem laedere* non ha carattere sanzionatorio, e ha invece funzione riparatoria della lesione degli interessi meritevoli di tutela, non si può pretermettere, in sede di merito, proprio la possibilità di prevedere l'evento

risarcire il lucro cessante²⁵⁰ e nell'esperibilità del rimedio del risarcimento in forma specifica²⁵¹. Ancora, si consideri come possa rispondere di un illecito aquiliano *ex art. 2046 c.c.* soltanto un soggetto capace di intendere e di volere al momento del compimento del fatto. Diversamente, il legislatore non richiede alcuna capacità in capo al soggetto agente per poter essere chiamato a rispondere dei danni provocati dall'inadempimento di un'obbligazione²⁵². Infine, non vi è uniformità di regime neppure per quanto concerne i criteri per individuare il giudice competente per territorio nonchè la legge

dannoso verificatosi in concreto. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che attraverso il criterio della causalità adeguata è possibile escludere dalla cerchia dei danni risarcibili quelli che non potevano essere previsti come accadimento normale della condotta. I giudici parlano di sequenza normale, di effetti normali e prevedibili, di regolarità statistica, di probabilità scientifica, per escludere dall'area del risarcimento le conseguenze imprevedibili. I *Principles of European Tort Law* confermano tale orientamento: l'art. 3:201 stabilisce che l'attribuzione della responsabilità deve avvenire sulla base della «*foreseeability of the damage to a reasonable person at the time of the activity, taking into account in particular the closeness in time or space between the damaging activity and its consequence, or the magnitude of the damage in relation to the normal consequences of such an activity*».

²⁵⁰ Se l'illecito è aquiliano, secondo il disposto dell'art. 2056, secondo comma, c.c., il lucro cessante deve venir liquidato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso. Di contro, se è contrattuale, secondo quanto enunciato dall'art. 1223 c.c., deve venir risarcito completamente, nella misura in cui sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento.

²⁵¹ 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. Così anche C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 549, secondo il quale il risarcimento in forma specifica appare rimedio appropriato anche in sede di danno contrattuale. Di detto avviso anche la giurisprudenza, orientata nel senso di riconoscere un'azione generale di risarcimento in forma specifica, nonostante la stessa venga disciplinata all'interno dell'art. 2058 c.c. con riferimento alla responsabilità aquiliana: così Cass. 26 giugno 1984, n. 3739, in *Giust. Civ.*, 1984, pt. I, p. 3315. Riguardo alla possibilità di applicare il rimedio del risarcimento del danno in forma specifica in presenza di un illecito contrattuale si rimanda a E. BETTI, *Sul c.d. risarcimento del danno in forma specifica in materia contrattuale*, in *Giur. it.*, 1948, pt. I, 2, 260. Tende a sostenere la superabilità delle distinzioni di regime esistenti per quanto riguarda il risarcimento in forma specifica e il lucro cessante, sulla base del presupposto per il quale quanto affermato dagli artt. 2056 e 2058 c.c., seppur dettato in materia di responsabilità extracontrattuale, sarebbe comunque sempre applicabile, in quanto espressione di principi generali dell'ordinamento giuridico G. VISINTINI, *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, 2005, 3 ed., p. 245. Sul risarcimento in forma specifica si rimanda a: A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica: oggetto e funzioni*, Padova, 2002, *passim*.

²⁵² Così A. LEPRE, *Responsabilità aquiliana e contrattuale: un unico modello giurisprudenziale di responsabilità?*, in *Giur. merito*, 2007, p. 3065, nota 7; C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, cit., p. 548.

applicabile, secondo quanto previsto dalla l. n. 218 del 31 maggio 1995 (*riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*)²⁵³; e neppure riguardo alla disciplina della messa in mora, rientrando le obbligazioni risarcitorie derivanti da un illecito civile extracontrattuale all'interno delle ipotesi di mora *ex re*, rispetto alle quali non è richiesta un'attivazione del creditore per la messa in mora (art. 1219, secondo comma, n. 1, c.c.).

Un altro aspetto di difformità – o almeno così si riteneva - dei regimi attiene alla possibilità di risarcire i danni non patrimoniali. Tradizionalmente, si sostiene come solo in caso di responsabilità extracontrattuale sarebbe ammesso il risarcimento anche dei danni non patrimoniali, in virtù di diverse argomentazioni, in *primis* 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 aquiliani²⁵⁴. 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

²⁵³ Secondo l'art. 62 della legge sopraccitata, la legge applicabile in caso di responsabilità per fatto illecito è quella dello Stato in cui si è verificato l'evento. Tuttavia il danneggiato può chiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si è realizzato il fatto che ha causato il danno. Qualora l'illecito coinvolga soltanto cittadini di un medesimo Stato in esso residenti, si applica la legge di tale Stato. Se invece la responsabilità è contrattuale bisogna distinguere a seconda della fonte dell'obbligazione: se si tratta di un'obbligazione contrattuale l'art. 57 stabilisce che le stesse siano regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva in Italia con la l. 18 dicembre 1984, n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili. Diversamente se l'obbligazione non ha la sua fonte nel contratto dovranno essere seguite le regole contenute negli articoli che vanno dal 58 a 61.

²⁵⁴ 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 rileverebbe 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. Non reputano possibile ammettere il risarcimento del danno morale mediante lo strumento della responsabilità contrattuale: R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, pt. I, p. 313 ss.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 227 e ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, pt. I, 77 ss.; F.D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1996, p. 1 ss.

parte di quest'ultimo, la giurisprudenza ha elaborato la teoria del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale²⁵⁵, che tuttavia, pur consentendo il ristoro dei danni non patrimoniali, subordina la

²⁵⁵ 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 precetto 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: così C. ROSSELLO, *Intorno ai rapporti tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, cit., c. 202 s. L'A. sottolinea invece come debbano essere lasciate fuori dal concorso altre ipotesi quali quella in cui il debitore cagioni con il suo inadempimento contemporaneamente un danno contrattuale al creditore e un danno extracontrattuale ad un terzo. Ancora al di fuori dell'ambito del concorso rimangono quelle ipotesi in cui nell'ambito di un rapporto conferente tra le parti, il debitore violi un dovere del creditore eterogeneo al contenuto dell'obbligazione. In tal caso non si verificherà un concorso, ma eventualmente, sempre che ne sussistano i presupposti, una responsabilità aquiliana affiancata ad una responsabilità contrattuale, basate su diversi eventi lesivi. In particolare, di concorso di può parlarsi, in senso proprio, esclusivamente qualora, dal punto di vista oggettivo, un unico fatto lesivo si configuri al contempo come inadempimento dell'obbligazione e come illecito aquiliano, con perfetta coincidenza, sotto il profilo soggettivo, delle figure del danneggiato e il creditore e del danneggiante e il debitore. A riguardo si vedano sul tema del concorso tra azione contrattuale ed extracontrattuale: Cass., SS. UU., 20 ottobre 1956, n. 3785, in *Foro it.*, 1957, pt. I, c. 1467; Cass. 24 maggio 1993, n. 5381, *Arch. giur. circ. trasp.*, 1993, p. 878; Cass. 18 marzo 2003, n. 3980, in *Guida al dir.*, 2003, n. 21, p. 512. Per la dottrina si rinvia a P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989, *passim*. Contrario al concorso G. AZZARITI, *In tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, pt. II, 469 e ss. Per quanto riguarda, nello specifico, la questione concernente il concorso di rimedi in materia di contratto di trasporto si veda A. ANTONINI, *Concorso di responsabilità in materia di trasporto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 5 ss.

Critica l'utilizzo del termine "cumulo", C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eu. dir. priv.*, 2004, p. 89, nota 47, per il fatto che detto termine significa somma di due responsabilità per uno stesso fatto, diversamente vuole dire solo possibilità di avvalersi alternativamente di uno dei due regimi di responsabilità. L'A. sottolinea (p. 89) come al concorso non si ricorra in maniera assolutizzante, ma in maniera pragmatica qualora si rilevi favorevole per il danneggiato. Nel senso che il cumulo possa venir richiesto solamente nell'ipotesi in cui il danneggiato guadagni tramite esso qualcosa si rimanda a P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 679 s. L'A. in particolare evidenzia come il cumulo comporti sempre un miglioramento della condizione del danneggiato e un peggioramento della condizione del danneggiante. Si è sostenuto che, nonostante il riconoscimento della possibilità di ottenere il risarcimento dei danni non patrimoniali anche attraverso lo strumento della responsabilità contrattuale, sarebbe ancora possibile ricorrere allo strumento del cumulo qualora questo dovesse risultare favorevole al creditore: basti considerare quelle ipotesi nelle quali la domanda per ottenere attraverso la tutela della responsabilità contrattuale il risarcimento è sottoposta a termini di prescrizione molto brevi, come in materia di contratto di trasporto, dove nonostante la prescrizione della domanda in sede contrattuale potrebbe essere avanzata una pretesa di natura extracontrattuale in virtù del termine che, in questo caso è più favorevole (di questo avviso R. PARTISANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 73 s.).

risarcibilità degli stessi al rispetto della disciplina - più svantaggiosa – 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 dottrina²⁵⁶: 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 patrimoniali²⁵⁷.

²⁵⁶ 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, p. 467 e ss.; C. AMATO, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il “nuovo danno non patrimoniale”*, a cura di G. PONZANELLI, Padova, 2004, p. 141 ss.; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto: le apparenti asimmetrie sistematiche*, in *Danno resp.*, 2009, p. 373 ss.; ID., *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008, *passim*; E. NAVARRETTA e D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di NAVARRETTA, Milano, 2004, p. 59 ss.; LIBERATI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004, *passim*. In particolare, secondo M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127 ss., poichè l’art. 1174 c.c. stabilisce che l’obbligazione può anche essere giustificata da un interesse non patrimoniale, la lesione di questo potrebbe dare luogo al risarcimento del danno non patrimoniale.

²⁵⁷ In tal senso si vedano *ex multis*: R. PARTISANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell’art. 1218 c.c.*, cit., p. 70 s.; ID., *Mobbing, illeciti di dolo e danno non patrimoniale da contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 271 s. Così anche A. DE CUPIS, *Il danno*³, vol. I, Milano, 1979, p. 133, secondo il quale non dovrebbe dubitarsi dell’applicabilità della disciplina concernente il risarcimento del danno non patrimoniale anche all’ipotesi di danni da inadempimento poichè risulterebbe inconcepibile che il legislatore, nel momento in cui adottava una determinata soluzione di un problema così grave ed annoso, come quello concernente il danno non patrimoniale, intendesse circoscrivere la medesima soluzione alla sfera extracontrattuale. Critico a riguardo è invece G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 230, secondo il quale il legislatore avrebbe mutuato i criteri di risarcimento del danno aquiliano dalla disciplina del risarcimento del danno da inadempimento, mediante il richiamo previsto nell’art. 2056 c.c. agli artt. 1223, 1226, 1227 c.c.: il legislatore, infatti, ha esteso i canoni risarcitori del campo contrattuale a quello extracontrattuale e non viceversa. Per tale ragione, se il legislatore avesse inteso prevedere la risarcibilità dei danni non patrimoniali anche in sede contrattuale la previsione ora contenuta all’interno dell’art. 2059 c.c. sarebbe invece stata prevista negli articoli seguenti all’art. 1223 c.c. e poi richiamata all’interno dell’art. 2056 c.c.

In proposito, 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, n. 26972, n. 26973, 26974, 26975, all'interno delle quali emerge come, riconosciuta la tutela minima rappresentata dal risarcimento del danno ai diritti inviolabili della persona, ne deve conseguire che la lesione degli stessi ove abbia cagionato un danno non patrimoniale debba comportare l'obbligo di risarcimento dei pregiudizi quale che sia la fonte della responsabilità.

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 patrimoniale²⁵⁸.

²⁵⁸ Saluta positivamente detta scelta delle Sezioni Unite, D. CHINDEMI, *Una nevicata su un campo di grano*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 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, p. 291. *Contra*, 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, G. CITTARELLA, *Danno non patrimoniale e contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 434. La scelta di ammettere il risarcimento del danno non patrimoniale mediante lo strumento della responsabilità contrattuale è stata criticata anche per il fatto che, secondo taluni, finirebbe col determinare una disparità di trattamento tra il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale – come tale sottoposto alla disciplina prevista in tale ambito – e il risarcimento del danno non patrimoniale in sede extracontrattuale, regolato invece secondo quanto previsto dalla disciplina sull'illecito aquiliano all'art. 2059 c.c. Di tale avviso è A. ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 43 ss., secondo il quale detta disparità di trattamento sarebbe molto più evidente rispetto a quella che si verifica rispetto al risarcimento del danno patrimoniale in sede contrattuale e extracontrattuale in quanto il danno non patrimoniale è ben difficilmente prevedibile.

Ciò posto, secondo quanto emerso dalla pronuncia, il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta o ritarda nell'adempimento dovrebbe risarcire non solo i danni patrimoniali, ma anche quelli non patrimoniali, purchè prevedibili al momento del sorgere dell'obbligazione²⁵⁹, che ne siano conseguenza diretta e immediata, sempreché l'inadempimento o l'inesatto adempimento abbiano altresì determinato la lesione di diritti inviolabili della persona²⁶⁰.

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 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 pretesa²⁶¹.

²⁵⁹ Una volta riconosciuta la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento la Corte ha individuato il limite della tutela dei diritti inviolabili nell'art. 1225 c.c. concernente la prevedibilità dei danni, non sussistente invece in presenza di un illecito aquiliano.

²⁶⁰ Secondo le Sezioni Unite la risarcibilità del danno non patrimoniale mediante lo strumento della responsabilità contrattuale richiederebbe la lesione grave e seria dei diritti inviolabili della persona. Sottolinea, infatti, R. PARTISANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 72, come il risarcimento dei danni non patrimoniali deve comunque sottostare ai medesimi limiti che sarebbero imposti dall'art. 2059 c.c. L'A., in particolare, ritiene non sufficiente la sola lesione di un diritto inviolabile, essendo all'uopo anche necessario che il pregiudizio non patrimoniale derivante dall'inadempimento superi l'ulteriore duplice filtro protettivo della gravità della lesione e della serietà del pregiudizio attraverso i quali le sezioni unite hanno cercato un temperamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza minima nei confronti del debitore inadempiente. Nel senso di ritenere ammissibile il risarcimento dei danni mediante lo strumento della responsabilità contrattuale nel rispetto dei limiti in cui la giurisprudenza lo ritiene risarcibile in via aquiliana si veda C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eu. dir. priv.*, 2008, p. 807.

²⁶¹ Condivide l'impostazione della Corte, D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 86: secondo l'A. sarebbe positiva la scelta di riconoscere il risarcimento dei danni non patrimoniali mediante lo strumento della

La possibilità di ottenere il risarcimento dei danni non patrimoniali mediante il ricorso allo strumento della responsabilità contrattuale non è stata affermata solo dalle recenti pronunce della Suprema Corte a Sezioni Unite, ma è stata anche riconosciuta dall'art. 9:501, secondo comma, lettera a) dei Principi di diritto europeo dei

responsabilità contrattuale solamente in presenza dei presupposti sanciti dall'art. 2059 c.c. in quanto il prevedere una diversa regolamentazione determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra i due versanti.

Contra, G. CITTARELLA, *Danno non patrimoniale e contratto*, cit., p. 438 s. A riguardo anche C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 271. Anche secondo P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 118, la soluzione della Corte sarebbe eccessivamente restrittiva. Dovrebbero infatti trovare protezione risarcitoria in caso di inadempimento tutti gli interessi non patrimoniali che si mira a realizzare con il contratto e che ne rappresentano la causa concreta, al di là di qualsiasi valutazione in termini di inviolabilità. Il criterio selettivo che opera nei confronti degli stessi dovrebbe essere solo quello della prevedibilità. Di questo avviso anche V. TOMARCHIO, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2009, p. 323 s. la quale, pur apprezzando sia la scelta della Suprema Corte di costruire un'autonoma configurazione del danno non patrimoniale da inadempimento, abbandonando il richiamo forzato all'art. 2059 c.c. quale fondamento normativo, sia la manifestata consapevolezza della necessità di trovare per detto pregiudizio una fonte normativa sua propria costituita dalle norme in materia contrattuale (*in primis* il limite dell'art. 1225 c.c.), reputa tuttavia eccessivamente invasivo il richiamo imprescindibile ai diritti costituzionalmente tutelati, posto che gli artt. 1218 c.c. e ss. non prevedrebbero una riserva di legge, a differenza del 2059 c.c. Inoltre, dal momento che l'art. 1174 c.c. stabilisce che l'interesse che sorregge l'obbligazione può anche essere non patrimoniale, l'autonomia delle parti potrebbe valorizzare al massimo un aspetto non patrimoniale di pregio che in caso di inadempimento dovrebbe poter comportare il risarcimento del danno non patrimoniale, purchè l'operazione sia meritevole di tutela. A riguardo pare fondamentale verificare gli interessi che in concreto il contratto mira a perseguire. In tal senso anche F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale oltre l'art. 2059 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 532, e G. VILLA, *Danno e inadempimento contrattuale*, cit., p. 976. Nel senso di ritenere possibile ammettere il risarcimento dei danni non patrimoniali da inadempimento semplicemente invocando la disciplina propria della responsabilità contrattuale senza il limite della lesione di un diritto inviolabile si veda: C. AMATO, *Il danno non patrimoniale da contratto*, cit., 151 ss., secondo la quale ad ammettere il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale si arriverebbe non tramite un'interpretazione analogica dell'art. 2059 c.c., ma mediante un'interpretazione estensiva della nozione di danno da inadempimento contrattuale: la formulazione letterale dell'art. 1223 c.c. non sarebbe di ostacolo infatti all'inclusione anche dei danni non patrimoniali nella nozione di perdita. In tal senso giocherebbero anche sia la formulazione del dlgs 17 marzo 1995 n. 111, attuativo della direttiva 314/90 CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso" che all'art. 12, comma secondo, consente il risarcimento di ogni ulteriore danno dipendente dalla mancata esecuzione del contratto, sia i principi *Unidroit* e PECL. Detta soluzione consentirebbe di evitare i limiti imposti da quest'ultima disposizione normativa e di estendere il raggio dei danni risarcibili fino a comprendere quegli interessi e valori relativi alla persona del creditore, diversi dai diritti inviolabili dello stesso, pure meritevoli di tutela in quanto iscritti nella causa del contratto (così D. CHINDEMI, *Una nevicata su un campo di grano*, cit., p. 226 s.).

contratti (PDEC o PECL), elaborati dalla Commissione Lando, pur non vincolanti in quanto strumenti di *soft law*²⁶².

Lo stesso emerge dalla lettura dell'art. 7.4.2 dei Principi *Unidroit*²⁶³, 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 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.

²⁶² A riguardo si rimanda a G. ALPA, *I "Principles of European Law" predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483; ID., *Diritto privato europeo: fonti normative e programmi di armonizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pt. II, p. 16 ss. Si veda infine *Principi di diritto europeo dei contratti*, parti I e II, a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001 e 2005.

²⁶³ Si veda *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali 2004*, Milano, 2004, *passim*.

L'analisi delle pronunce fa emergere, infatti, il fenomeno per il quale la domanda risarcitoria verso il coniuge viene, nella assoluta maggioranza dei casi, rimandata al momento in cui viene formalizzata la crisi della famiglia.

A riguardo si consideri quanto ricordato in precedenza con riguardo all'ordinamento spagnolo²⁶⁴, ove le domande volte ad ottenere una tutela risarcitoria nei confronti del coniuge sono ridotte: forse non solo per il particolare contesto culturale e sociale, ma anche per il fatto che il termine di prescrizione ivi previsto è eccessivamente sfavorevole. Tuttavia, per quanto concerne il versante del risarcimento del danno non patrimoniale, che in questo settore è di rilevanza notevole, si deve osservare come anche a ragionare in termini di responsabilità contrattuale non si potrebbe ottenere un risarcimento del danno derivante dalla mera violazione dei doveri genitoriali, essendo altresì necessaria la lesione di un diritto inviolabile: pertanto, da questo punto di vista la posizione del danneggiato rimarrebbe immutata.

Vista la difformità tra i regimi di responsabilità, la riconduzione della fattispecie concreta all'interno di una categoria va considerata un'operazione importante; tuttavia, in concreto non sempre agevole. Avendo perduto di attualità, il tradizionale criterio basato sull'assolutezza o relatività della situazione soggettiva violata a seguito del riconoscimento della tutela aquiliana del credito²⁶⁵, attualmente si reputa necessario, ai fini della distinzione, guardare alla preesistenza o meno di un rapporto obbligatorio tra le parti²⁶⁶: nella responsabilità contrattuale che presuppone la preesistenza di un

²⁶⁴ Si veda il capitolo I, paragrafo 6.

²⁶⁵ A riguardo si rimanda a M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 12 s., secondo il quale, venuta meno la possibilità di utilizzare questo schema, anche la distinzione tra le diverse responsabilità sarebbe entrata in crisi. Non vi sarebbero però argomenti sufficienti per affermare che la contrapposizione sia superata. La diversità dei presupposti tra le diverse responsabilità, pur destinate a realizzare una funzione unitaria, costituirebbe un argomento non agevolmente superabile.

²⁶⁶ Così L. MENGONI, voce "*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*", in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1072. A riguardo F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 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.

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. Pertanto, la preesistenza di questo rapporto comporta una divergenza strutturale molto rilevante, tale da giustificare, secondo taluni, anche alcune differenze di disciplina²⁶⁷.

Al di là dei diversi criteri utilizzati, non si può non constatare come sussista una sorta di zona d'ombra tra il contratto e il torto occupata da quelle fattispecie che stanno, per così dire, a cavallo tra l'illecito aquiliano e quello contrattuale, non facilmente classificabili, che ha originato riflessioni circa l'utilità di distinguere ancora le diverse categorie di illecito²⁶⁸.

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 controversa²⁶⁹. Lo

²⁶⁷ Di questo avviso C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 129 s.

²⁶⁸ A riguardo si veda F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra il contratto e il fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 539 ss. Sul punto si veda per la dottrina spagnola L.F. REGLERO CAMPOS, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, in *Tratado de responsabilidad civil*, coordinatore L.F. REGLERO CAMPOS, Tomo I, 2008, p. 144, secondo il quale, se anche in teoria potrebbe sembrare agevole la distinzione, in pratica è molto difficile. La distinzione sarebbe ingiustificata per il fatto che comunque entrambi gli istituti mirano a risarcire il danno. Prodotto un danno, l'autore dello stesso dovrà ripararlo sempre che sia imputabile a lui, senza che rilevi se si tratta di un illecito contrattuale o extracontrattuale. La determinazione della natura contrattuale o extracontrattuale non ne altera la funzione unitaria, nondimeno è necessario capire all'interno di quale categoria si rientra per sapere quale sia la disciplina applicabile.

²⁶⁹ Dottrina e giurisprudenza oramai prevalenti tendono, infatti, ad ascriverla alla responsabilità aquiliana. In tal senso si vedano: C.M. BIANCA, *Diritto civile 3. Il contratto*, Milano, 2000, p. 159; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 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, 360 ss.; F. BENATTI, *La culpa in contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 287 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", in *Novis. dig. it.*, Torino, 1968, p. 675; F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 90 s. Alcuni reputano trattarsi di un *tertium genus* di responsabilità: così R. SACCO, *Culpa in contraendo, ecc.*, in *Riv. Dir. comm.*, 1951, pt. II, p. 86. Altri

stesso dicasi per gli illeciti conseguenti alla violazione di doveri di protezione²⁷⁰, elaborati dalla dottrina tedesca²⁷¹, consistenti –

ancora sostengono la natura ibrida della responsabilità precontrattuale: A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 782 ss.

²⁷⁰ Sugli obblighi di protezione si rimanda a L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, *passim*; C. CASTRONOVO, voce “*Obblighi di protezione*”, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, 1990, Roma; C.W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 567 ss.; S. AGRIFOGLIO, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1250 s. Interessante è a riguardo quanto affermato da E. GUERINONI, *Obbligazione da “contatto sociale” e responsabilità contrattuale nei confronti di un terzo*, in *Contr.*, 1999, p. 1012, secondo il quale il merito della teoria degli “obblighi di protezione” sarebbe l’aver messo in rilievo che nel rapporto obbligatorio il creditore non ha solo interesse all’adempimento della prestazione (*interesse positivo di prestazione*) ma ha anche un interesse a che, per effetto della speciale relazione che si instaura con il debitore, non siano pregiudicati dal comportamento di quest’ultimo la sicurezza e l’integrità della propria persona e dei propri beni (*interesse negativo di protezione*). Il punto di partenza per ragionare in tema di obblighi di protezione, infatti, è il riconoscimento della struttura complessa del rapporto obbligatorio, caratterizzato da una serie di obblighi accessori rispetto a quello principale, connessi a quest’ultimo da un nesso funzionale unitario, preordinato alla migliore realizzazione del rapporto. In quest’ottica il rapporto viene ad arricchirsi di obblighi diversi in virtù degli artt. 1175 e 1375 c.c. (così S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, p. 1 ss., secondo il quale la violazione degli obblighi di protezione darebbe luogo ad un illecito contrattuale). Al riconoscimento della complessità del rapporto obbligatorio si arriva comprendendo come gli artt. 1175, 1337, 1366, 1375, c.c., che impongono ad entrambe le parti del rapporto il dovere di comportarsi secondo correttezza, permettano di comprendere come accanto all’obbligo principale di prestazione ve ne siano altri ad essi accessori, gli obblighi di protezione. Il rapporto viene visto come una struttura complessa fatta di obblighi di prestazione e di protezione e a volte anche solo di obblighi di protezione. Secondo A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, pt. I, p. 343, la difficoltà che si verifica nell’individuare la natura della responsabilità sarebbe proprio dovuta al fatto che l’obbligazione viene sempre più vista nella sua struttura complessa, caratterizzata anche da una serie di obbligazioni accessorie collegate con quella principale. Scettico nei confronti di detto strumento creato dalla dottrina tedesca è M. PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, p. 331, secondo il quale non convincerebbe detta creazione in quanto l’obbligo di cautela e il dovere di non ledere l’interesse altrui, pur se non specificamente dedotti in contratto, fanno parte della prestazione dovuta: l’obbligazione, cioè, si riferisce già di per sé a una « *prestazione di contenuto prudente* ». Essa dunque non è affatto prestazione accessoria, ma fa parte senz’altro dell’oggetto del contratto, che include la tutela di quelle sfere di interessi la cui lesione si configuri come realizzazione di un *rischio tipicamente connesso* alla prestazione. Critico nei confronti della categoria degli obblighi di protezione è anche G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 102 s., secondo il quale sarebbero di dubbia ammissibilità all’interno del nostro ordinamento. Nello stesso senso S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, 2004, Milano, p. 152 ss.

²⁷¹ 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, p. 801. L’A., in particolare riflettendo sul contenuto del

tendenzialmente²⁷² - 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 contrattuale²⁷³, in conformità con la tendenza per la quale le

nuovo § 241 BGB, che, modificato a seguito della riforma del diritto tedesco delle obbligazioni, prevede al secondo comma che il rapporto obbligatorio, a seconda del suo contenuto, possa obbligare ciascuna parte a rispettare diritti, beni e interessi dell'altra, arriva a riconoscere come la disposizione normativa finisca con il riconoscere autonoma rilevanza normativa ai doveri accessori. In particolare detta nuova formulazione permetterebbe anche di rivedere la nozione stessa di inadempimento che non potrebbe più essere inteso come inadempimento dell'obbligazione principale, ma anche di quelle accessorie alle quali la disposizione normativa ha riconosciuto autonomia giuridica.

²⁷² Gli obblighi di protezione potrebbero infatti anche essere svincolati da un obbligo di prestazione principale e dare comunque vita ad un rapporto, di contenuto più ridotto rispetto a quello dell'obbligazione ordinaria, a metà strada tra l'assenza di un rapporto previo che caratterizza la responsabilità extracontrattuale e il rapporto obbligatorio pieno che in genere precede la responsabilità extracontrattuale: così C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, p. 447.

²⁷³ Gli obblighi di protezione avrebbero contribuito a far scemare la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, rendendo risarcibili contrattualmente un danno che avrebbe la medesima configurazione di un danno da fatto illecito in quanto cagionato in *faciendo*, 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, 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 intellettualistico (così C. CASTRONOVO, voce "*Obblighi di protezione*", cit., p. 3 s.). In particolare, ID., *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eu. dir. priv.*, 2004, p. 77 s., sottolinea come, mediante il ricorso alla figura degli obblighi di protezione si attui un dirottamento verso la disciplina della responsabilità contrattuale generalmente maggiormente favorevole al danneggiato. Secondo C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale e aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, cit., p. 650 ss.: "il ricorso alla clausola di correttezza di cui all'art. 1175 c.c., ed in particolare al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto con funzione integrativa (art. 1375 c.c.), consentirebbe di qualificare come inadempimento, con conseguente applicazione delle regole di responsabilità contrattuale, non soltanto la violazione del dovere primario di prestazione (cui corrisponde un interesse dinamico del creditore alla soddisfazione delle aspettative che hanno trovato veste nel contratto), ma anche la violazione di obblighi accessori e strumentali non specificamente contemplati (c.d. obblighi di protezione), imposti a ciascuna parte del rapporto obbligatorio a salvaguardia della persona e dei beni dell'altra (cui corrisponde un interesse di

fattispecie di dubbia natura vengono fatte ricadere all'interno dell'alveo della responsabilità contrattuale al fine di attribuire al danneggiato una disciplina più favorevole²⁷⁴. 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 sociale²⁷⁵, riconosciuto quale fonte atipica di obbligazioni

carattere statico al mantenimento dello *status quo*)". In tal senso si rimanda anche a V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno resp.*, 1999, p. 303 ss.

²⁷⁴ Rileva tale tendenza G. VANACORE, *In dubio pro contractu: la responsabilità civile dal quasi contratto alla sentenza Rordorf del 2007*, in *Resp. Civ.*, 2008, p. 457.

²⁷⁵ 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, p. 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, p. 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, p. 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, p. 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. Sul contatto sociale si rimanda a: S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, cit., *passim*.; G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obblig. Contr.*, 2008, p. 394 ss. Dubbioso verso l'utilità, all'interno del nostro ordinamento degli obblighi di protezione e del contatto sociale L. LAMBO, *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, 2008, p. 132, secondo il quale ci si dovrebbe chiedere fino a che punto sia concepibile l'esistenza tra gli

ex art. 1173 c.c.²⁷⁶: 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 distinzione²⁷⁷, vi è la tendenza, anche per l'influsso europeo, a

stessi soggetti di obblighi reciproci di protezione per il solo fatto di essere entrati in contatto. Il pericolo in questo caso non parrebbe tanto quello di far scomparire la linea di demarcazione tra il torto e il contratto, quanto il fatto di innescare un meccanismo di ipertutela del soggetto danneggiato. Scettica nei confronti della pronuncia del 1999 è anche A. BERTOCCHI, *Responsabilità delle strutture sanitarie, pubbliche e private*, in *La responsabilità medica*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2004, p. 178 ss., secondo la quale, affinché possa sorgere una responsabilità contrattuale, occorre che il contatto sociale pur qualificabile come fonte di obbligazioni abbia quantomeno una base negoziale, assente nella fattispecie in esame. Secondo l'A. si dovrebbero considerare le ripercussioni derivanti dalle enormi potenzialità espansive. Diversamente, favorevole verso la figura del contatto sociale, purchè non se ne abusi fino al punto di ravvisare una responsabilità da contatto anche tra soggetti che si ignorino, laddove manchi l'estremo del contatto generatore di un'aspettativa di protezione, è F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, cit., p. 94. Sul contatto sociale: V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, cit., p. 303 ss.

²⁷⁶ Sull'atipicità delle fonti delle obbligazioni si rimanda a 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, p. 797 ss., spec. p. 814, dove l'A. sottolinea come il principio di tipicità delle fonti sia legato al modo di intendere l'obbligazione come anomalia, limitazione, situazione che costituisce un serio attentato alla libertà; diversamente il principio di atipicità delle fonti consegue al concepire l'obbligazione quale strumento di cooperazione tra gli uomini, oggi assolutamente indispensabile, capace di rispondere agli interessi dei consociati e della moderna economia e di potenziare piuttosto che reprimere la loro libertà.

²⁷⁷ Sulla crisi della distinzione si rimanda a: V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, cit., p. 304. In tal senso anche L. MENGONI, voce "*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*", cit., p. 1191, secondo il quale il fatto che sussistano sempre più zone di confine o perché di dubbia attribuzione, o perché rette dalla regola del c.d. cumulo, spinge a dubitare tanto del valore concettuale quanto dell'opportunità legislativa della differenza tra le due responsabilità. Sarebbe tuttavia eccessivo, per l'A., ritenere che ogni ragione di diversità sia venuta meno. La tendenza è il superamento della distinzione per G. VISINTINI, voce "*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*", cit., p. 6. A riguardo interessante è anche quanto affermato da C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale e aquiliana: il punto della giurisprudenza*, cit., p. p. 643 s., secondo il quale: "Pur nello sfumarsi di una demarcazione di campo un tempo assai più netta, viene comunque in generale dato atto della possibilità di conservare alla distinzione tradizionale quantomeno un «contenuto minimo essenziale», riconducibile ad una diversità strutturale di fondo non intaccata dall'evoluzione cui si è fatto cenno". Sul superamento della dicotomia responsabilità contrattuale - extracontrattuale si rimanda a: F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, p. 82; F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile ravvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 748; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna,

superare le differenze tra le diverse tipologie di illecito, giungendo così a creare una generale figura di illecito civile²⁷⁸: basti pensare agli interventi di origine comunitaria concernenti responsabilità non definibili né come contrattuali, né come extracontrattuali, quali quella derivante da prodotti difettosi²⁷⁹.

1991, p. 17. Sosteneva l'identità di natura tra le due responsabilità già F. CARNELUTTI, *Sulla differenza tra colpa contrattuale e extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, pt. II, p. 744.

²⁷⁸ 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., p. 539; ID., *L'illecito nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, 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 del 23-25 marzo 2006)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 440 ss. In particolare l'A. richiama in tal senso le tendenze ad assimilare le diverse figure presenti in diversi paesi europei. Per un'analisi sulla tendenza europea si rimanda a ID., *Frontiere europee della responsabilità civile*, in F.D. BUSNELLI e S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*², Torino, 2003, p. 212 s. A riguardo si rimanda anche a G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 393, secondo il quale l'*Avant Projet* di riforma del diritto francese delle obbligazioni porterebbe al chiaro esito di unificare le due aree della responsabilità civile e differenziare la disciplina del danno privilegiando quello alla persona. Guarda positivamente all'unificazione per la dottrina spagnola, L.F. REGLERO CAMPOS, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, in *Tratado de responsabilidad civil*, coordinatore L.F. REGLERO CAMPOS, Tomo I, 2008, p. 145. Critico invece a riguardo è C. SCOGNAMIGLIO, *Buona fede e responsabilità civile*, in *Eu. dir. priv.*, 2001, p. 364. L'A., infatti, non comprende che significato abbia il costruire una categoria di responsabilità civile definita come generale. Secondo l'A. il legislatore comunitario non si sarebbe occupato di qualificare la natura della responsabilità in un modo piuttosto che in un altro, semplicemente per il fatto che questo non è un suo compito, ma della dottrina.

²⁷⁹ Si veda a riguardo A.M. PRINCIGALLI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, Padova, 1997, tm. II, p. 990, secondo la quale un tratto comune e caratteristico della responsabilità civile prevista da legislatore comunitario sarebbe il prescindere completamente dalla qualificazione della responsabilità e dalla considerazione circa la sussistenza o meno di un rapporto obbligatorio nato da un precedente contratto tra i soggetti. In ogni caso, secondo l'A., l'organizzatore dei viaggi tutto compreso, il produttore di beni e servizi, l'intermediario, sarebbero responsabili, nei limiti e alle condizioni previste, dei danni cagionati alla salute dei consumatori, al loro patrimonio e ai loro beni. In questo ambito assumono infatti rilevanza unicamente il fatto che sia stato cagionato un danno e la questione su chi debba sostenerne il costo. Le fattispecie di illecito previste a livello comunitario non si porrebbero comunque, secondo la A., propriamente all'interno di una zona grigia tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, ma semmai all'interno di una zona sovrastante perché comprensiva di una uguale e generale dei consumatori. L'esigenza che si tenderebbe in questa ottica di perseguire sarebbe quella di tutelare in maniera uniforme. Per approfondimenti riguardo all'intervento comunitario in materia di responsabilità civile si rimanda a G. ALPA e M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, p. 421 ss.; R. ALESSI, *Il difficile percorso della "responsabilità civile europea"*, in *Danno resp.*, 1999, p. 377 ss.

Tuttavia, seppure astrattamente si potrebbe - forse - dubitare dell'utilità di distinguere le diverse categorie e optare verso un superamento delle stesse²⁸⁰, in quanto accomunate da una funzione comune (almeno prevalente), consistente nella riparazione dei pregiudizi patiti²⁸¹, pare condivisibile ritenere che la diversa classificazione abbia ancora la sua ragione di esistere, dal momento che da essa dipende un differente regime applicabile²⁸².

²⁸⁰ Così P. RESCIGNO, voce "Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali", cit., p. 206; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi ?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1081 ss.; ID., voce "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", cit., p. 1 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: Una distinzione attuale ?*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, p. 79 ss.; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, p. 17 ss.; G. SBISÀ, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 723 ss.

²⁸¹ A riguardo si rimanda a A. DI MAJO, voce "Responsabilità contrattuale", in *Dig. disc. priv.*, XVII, Torino, 1998, p. 26 s., che se inizialmente cerca di sostenere come le diverse responsabilità abbiano funzioni diverse dal momento che quella contrattuale servirebbe a porre il contraente nella condizione nella quale si sarebbe trovato se l'obbligazione fosse stata adempiuta, mentre quella extracontrattuale servirebbe a rimuovere le conseguenze del danno provocato (in particolare quest'ultima avrebbe funzione statica e non dinamica in quanto volta a correggere e non a distribuire beni o utilità), alla fine conclude nell'affermare come in realtà scopo fondamentale di qualsiasi rimedio risarcitorio sia porre il soggetto nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato se l'illecito non si fosse realizzato. Ciò che si tutela è dunque il mantenimento dello *status quo*. *Contra*, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 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.

²⁸² In tal senso, *ex multis*, si rimanda a C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 449 ss., secondo il quale l'idea di una possibile *reductio ad unum* della responsabilità di diritto civile sarebbe tanto ricorrente in dottrina, quanto inconsistente. Secondo l'A. la differenza tra la responsabilità contrattuale e quella aquiliana risiederebbe nella diversità strutturale delle stesse che pone la prima in esito alla violazione di un obbligo funzionale alla realizzazione del diritto, mentre la seconda in esito alla violazione *tout court* di un diritto. In tal senso C. SCOGNAMIGLIO, *Buona fede e responsabilità civile*, cit., p. 365. Si rimanda anche a C. ROSSELLO, *Intorno ai rapporti tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, cit., c. 201 s., secondo il quale, nonostante i notevoli ridimensionamenti apportati dalla dottrina più recente, permangono sensibili differenziazioni di disciplina che fanno sì che le due forme di responsabilità vadano attentamente delimitate. Nel senso di affermare una distinzione tra l'area della responsabilità contrattuale e quella della responsabilità extracontrattuale si veda L. CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 2 ss., secondo il quale, sebbene vi siano forti tendenze a svalutare la distinzione volte ad arrivare ad una maggiore tutela del danneggiato, in realtà detto risultato pare non condivisibile poiché la tendenza a tutelare ad ogni costo il danneggiato, da un lato, rischia di misconoscere le esigenze altrui e, dall'altro, non tiene conto del fatto che sono diversi gli interessi tutelati e le regole che di volta in volta vengono violate. Per cancellare i diversi settori bisognerebbe cancellare le diverse regole e unificare la

2. L'illecito endo-familiare quale illecito c.d. extra contrattuale. I presupposti.

Al di là di queste digressioni, si rileva pertanto come ritenere che l'illecito endo-familiare debba essere ascritto ad una categoria piuttosto che all'altra comporti conseguenze rilevanti in ordine alla disciplina applicabile, in particolare quanto al profilo probatorio e a quello della prescrizione dell'azione.

Questo breve *excursus* ha evidenziato in presenza di quali condizioni sia possibile riconoscere l'ingresso della responsabilità aquiliana anche nell'ambito dei rapporti endo-familiari, e, in particolare, nei rapporti genitori figli. A questo punto, riconosciuta la natura extracontrattuale della responsabilità endo-familiare, appare necessario rimarcare come affinché la pretesa risarcitoria possa trovare accoglimento è 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.

2.1. L'ingiustizia del danno.

Sull'ingiustizia del danno - questione spinosa e di fondamentale importanza, prevista come requisito dal Codice del 1942 - si è focalizzata negli ultimi anni l'attenzione degli studiosi²⁸³.

disciplina (p. 16 e 17), ma tutto ciò non può avvenire senza aver dimostrato l'unicità dell'interesse tutelato dalla legge e oggetto della violazione.

²⁸³ Il requisito dell'ingiustizia del danno andrebbe a restringere l'ambito di operatività dell'illecito civile, impedendo al principio omnicomprensivo del *neminem laedere* di divenire regola operativa, secondo P.G. MONATERI, *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2006, p. 148 s. Sull'ingiustizia del danno si vedano: V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, pt I, 29; ID., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pt I, p. 283; ID., *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 785; C. SCOGNAMIGLIO, voce "Ingiustizia del danno", in *Enc. giur. Trecc.*, 1996, Roma, *passim*; S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, 2009, Napoli, Tm. II, p. 173 ss. Si veda anche P. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336 s., secondo il quale il danno ingiusto sarebbe il danno non giustificato.

L'ingiustizia, in passato reputata sussistente solamente ove si fosse verificata la lesione di un diritto soggettivo assoluto, in un'ottica secondo la quale il danno ingiusto era solo quello *contra ius* (inteso come lesivo di un diritto soggettivo assoluto)²⁸⁴ e *non iure* (ovvero non giustificato da un'altra norma)²⁸⁵, ha subito una lenta, ma progressiva evoluzione²⁸⁶. Innanzitutto, la presa d'atto di come l'espressione *contra ius* potesse far riferimento anche a diritti non tutelati *erga omnes*, si è – pur con qualche cautela – ammesso che anche la lesione di un diritto relativo potesse determinare un fatto illecito²⁸⁷. In secondo luogo, al fine di superare anche suddetto atteggiamento, reputato ancora eccessivamente restrittivo, si reagiva aggirando l'ostacolo mediante degli *escamotages* consistenti nel camuffare le situazioni soggettive lese da diritti soggettivi oppure nel

²⁸⁴ In particolare, il termine *ius* veniva inteso necessariamente come diritto soggettivo, mentre l'espressione *non iure* voleva dire che il danno non doveva essere stato cagionato all'interno dell'esercizio di un diritto: a riguardo si rimanda a G. VISINTINI, *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno*², Padova, 1997, p. 6. In questo senso in giurisprudenza, *ex multis*, si veda Cass. 11 febbraio 1995, n. 1540, in *Mass. Giur. It.*, 1995. Nel senso che il fatto illecito che dà luogo ad un danno ingiusto è solamente quello lesivo di una norma giuridica oppure di un diritto soggettivo assoluto si veda A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna, 1971, p. 12 s. Critico verso detta tendenza era già R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni da lesione degli interessi legittimi da parte della p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, pt. I, p. 59.

²⁸⁵ La presenza delle cause di giustificazione farebbe in modo che la lesione seppure posta in essere *contra ius* sia comunque cagionata secondo *iure*. Sulle esimenti si rimanda, per un'approfondita trattazione, a P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di R. SACCO, Torino, 1998, p. 227 ss.

²⁸⁶ All'art. 2043 c.c. veniva riconosciuta natura sanzionatoria e, in quest'ottica, si reputava necessaria la sussistenza di una norma primaria che riconoscesse i diritti che di volta in volta si affermavano lesi o che imponesse un obbligo affinché potesse venir integrato detto requisito: in questo senso si veda A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 11, secondo il quale l'art. 2043 c.c. sarebbe norma puramente sanzionatoria che non crea un obbligo primario di non ledere, ma che si limita a ricollegare la sanzione del risarcimento alla violazione degli obblighi primari *aliunde* desumibili nell'ambito dell'ordinamento giuridico e corrispondenti a definiti e tutelati interessi. Per una ricognizione sulla situazione in passato sussistente si rimanda, *ex multis*, a: A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*⁴⁰, Padova, 2004, p. 905.

²⁸⁷ Così Cass. 3 luglio 1953, n. 2085, in *Foro it.*, 1953, pt. I., c. 1087, nota come caso Superga, e Cass. Sez. Un. 26 gennaio 1971 n. 174, in *Giur., it.*, 1971, pt. I, c. 342, meglio nota come caso Meroni. In particolare da quest'ultima pronuncia è emerso come, in realtà, il danno *contra ius* sia quello lesivo di una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento giuridico nella forma del diritto soggettivo. Il ritenere che solamente la lesione di un diritto soggettivo assoluto possa dar luogo ad una pretesa risarcitoria sarebbe arbitrario.

creare nuovi diritti, quali il diritto all'integrità del patrimonio²⁸⁸, o il diritto soggettivo affievolito del privato che ha richiesto il provvedimento amministrativo²⁸⁹, in modo tale da poter ottenere comunque un risarcimento²⁹⁰.

Questa situazione è perdurata sino alla sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte n. 500 del 22 luglio 1999 che, in conformità a quell'orientamento dottrinale che mal tollerava l'intendere l'ingiustizia del danno in senso restrittivo²⁹¹, ha riconosciuto che anche il pregiudizio recato ad un interesse altrui, purchè giuridicamente rilevante, potesse dare origine ad una pretesa risarcitoria, permettendo così un'ulteriore nuova espansione dell'area del danno risarcibile²⁹². 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, semprechè 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.

Secondo le Sezioni Unite non sarebbe possibile determinare a *priori* gli interessi meritevoli di tutela e, dunque, quando il danno possa essere considerato ingiusto, rendendosi invece necessario

²⁸⁸ Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.*, 1986, pt. I, c. 383.

²⁸⁹ Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1979, n. 5146, in *Foro it.*, 1979, pt. I, c. 2580.

²⁹⁰ Critica detta tendenza che afferma a posteriori l'esistenza di un diritto soggettivo pur di riconoscere la risarcibilità di un certo danno C. SCOGNAMIGLIO, voce "*Ingiustizia del danno*", cit., vol. XVII, p. 10.

²⁹¹ A riguardo si rimanda a M. FRANZONI, *Risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 286. Si veda anche F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno resp.*, 1997, p. 269 ss., secondo il quale: "Alla, auspicata, caduta del "muro" della irrisarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi non deve, dunque, seguire una apertura indiscriminata alla risarcibilità, affidata esclusivamente al prudente apprezzamento equitativo da parte del giudice; deve, invece, corrispondere la costruzione di una "rete di contenimento" a valle, giustificata e fondata sul principio della ingiustizia del danno, reso flessibile dall'abbandono della concezione tradizionale incentrata sulla lesione dei diritti soggettivi (assoluti), ma pur sempre espressione di un filtro normativo dei danni risarcibili".

²⁹² Saluta con favore la pronuncia della Corte a Sezioni Unite del 1999, P.G. MONATERI, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi. Il commento*, in *Danno resp.*, 1999, p. 978 ss.

valutare, volta per volta alla luce del caso concreto, quale interesse debba essere reputato prevalente. È quindi compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela aquiliana, 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 prevalenza²⁹³. L'attività di comparazione non è però abbandonata

²⁹³ Così Cass. Sez. Un. 22 luglio 1999, n. 500, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 1003. A riguardo si rimanda anche a M. PROTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni degli interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urb. appalti*, 1999, p. 1087, che reputa ormai acquisita la natura “bilaterale” del giudizio di ingiustizia del danno, in virtù della quale la considerazione dell'interesse leso dalla condotta dell'agente non può andare disgiunta dalla valutazione dell'interesse sottostante all'attività lesiva, il quale potrebbe all'esito della comparazione tra di essi risultare, rispetto al primo, maggiormente meritevole di essere protetto. Nello stesso senso: “La normativa sulla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. ha la funzione di consentire il risarcimento del danno ingiusto, intendendosi come tale il danno arrecato “*non iure*”, il danno, cioè, inferto in assenza di una causa giustificativa, che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, a prescindere dalla sua qualificazione formale, ed, in particolare, senza che assuma rilievo la qualificazione dello stesso in termini di diritto soggettivo. Peraltro, avuto riguardo al carattere atipico del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., non è possibile individuare in via preventiva gli interessi meritevoli di tutela: spetta, pertanto, al giudice, attraverso un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto, accertare se, e con quale intensità, l'ordinamento appresta tutela risarcitoria all'interesse del danneggiato, ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili, manifestando, in tal modo, una esigenza di protezione” (Cass. 17 maggio 2004, n. 9345, in *Resp. civ.*, 2005, p. 514). In particolare, secondo C. SALVI, *La responsabilità civile*², in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2005, p. 86, il procedimento valutativo dell'ingiustizia si comporrebbe di due fasi: la prima concerne l'analisi della tutela che l'ordinamento appresta all'interesse leso in sé considerato, mentre la seconda attiene alla comparazione con l'interesse sottostante al fatto aggressivo alla luce delle concrete modalità dell'aggressione. *Contra*, R. SCOGNAMIGLIO, voce “*Risarcimento del danno*”, in *Novis. Dig. It.*, Torino, 1957, vol. XV, p. 11, secondo il quale bisogna valutare la posizione del danneggiato, senza effettuare invece un contemperamento. A riguardo tuttavia, in senso parzialmente critico si vedano, A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno resp.*, 1999, p. 983, secondo i quali a scapito di tale manifesto intendimento, l'attenzione finirebbe comunque con lo spostarsi più sulla disamina in sé e per sé della condotta del danneggiante che sulla sua comparazione con la posizione del danneggiato. In questa ottica, la posizione del danneggiato rimarrebbe sullo sfondo e tutto dipenderebbe, in buona sostanza, dalla condotta del danneggiante: la direttiva di fondo è che alla lesione di un interesse giuridicamente rilevante seguirà automaticamente la condanna del soggetto cui il fatto lesivo è imputabile, alla

alla – totale - discrezionalità del giudice, dovendo invece essere condotta secondo quanto previsto dal diritto positivo, ovvero alla luce delle norme e dei principi propri del nostro ordinamento giuridico. Ne emerge una tendenza a ritenere l'ingiustizia del danno una clausola generale che pone nelle mani del giudice la valutazione in concreto²⁹⁴.

stregua dei criteri previsti dall'ordinamento, a meno che risulti che quest'ultimo abbia agito *iure*.

²⁹⁴ Così A. COSTANZO, *Antigiuridicità e colpevolezza*, in *La colpa nella responsabilità civile*, Torino, 2006, p. 139; P. CENDON e G. SEBASTIO, *La crisi dell'immunità rule nei torti in famiglia*, in *Tratt. della responsabilità civile e penale in famiglia*, Padova, 2004, p. 2728. A riguardo si rimanda a G. VISINTINI, *Principi e clausole generali nella disciplina dei fatti illeciti*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 5: "La nozione di clausola generale, ovvero di tecnica legislativa che si esprime con una categoria concettuale generica che riassume *standards* valutativi propri di un determinato ambiente sociale, si adatta molto bene all'espressione «danno ingiusto» recepita nell'art. 2043 c.c. Questa dizione legislativa rivela infatti - e se ne ha conferma nei lavori preparatori - l'opzione per una concezione non tipizzante dei fatti illeciti, ma tale da lasciare libero il giudice di svolgere un ruolo nella costruzione di una serie sempre aperta di fatti illeciti. La dottrina civilistica non ha mancato di rilevare questo dato dell'atipicità dell'illecito aquiliano e di insistere sul potere giudiziale di bilanciamento degli interessi in conflitto". Si veda anche M. FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1039 "Invero una clausola generale è una norma completa del precetto e della sanzione, è rimesso all'interprete soltanto il compito di indicare il precetto rispetto al caso in decisione. L'area della risarcibilità non è quindi definita da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), bensì da una clausola generale, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato *non iure*, da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione (*non iure*), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento (altra opinione ricollega l'ingiustizia del danno alla violazione del limite costituzionale di solidarietà, desumibile dagli artt. 2 e 41, comma 2, Cost., in riferimento a preesistenti situazioni del soggetto danneggiato giuridicamente rilevanti, e sotto tale ultimo profilo le tesi sostanzialmente convergono). Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui. In definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana, non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante". Già prima della sentenza del 1999 si pronunciava sulla natura di clausola generale dell'ingiustizia del danno S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, 1964, Milano, p. 79 e p. 183 ss, che identificava il danno ingiusto nella lesione di un interesse comunque protetto dall'ordinamento. Sul fatto che l'art. 2043 c.c. contenga una clausola generale si veda anche S. PUGLIATTI, *Alterum non laedere*, in *Responsabilità civile*, a cura di S. PUGLIATTI, Milano, 1968, tm. II, p. 66 ss. *Contra* invece C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 47: l'A., seppur d'accordo sul fatto che l'ingiustizia si estenda oltre la lesione dei diritti soggettivi, tuttavia non ritiene che si possa parlare di clausola generale dal momento che lo si potrebbe fare solamente in presenza di un danno meramente patrimoniale che non

Il problema tuttavia sorge nel momento in cui si debba ragionare dei danni non patrimoniali, nuovamente ricondotti dalle sentenze del 2003 all'interno dell'alveo dell'art. 2059 c.c., la cui risarcibilità è subordinata alla sussistenza di uno dei casi previsti dalla legge o alla violazione di un diritto inviolabile del soggetto danneggiato. L'art. 2059 c.c., infatti, nonostante le sentenze del 2003, continua – in qualche modo – a tipizzare i singoli casi all'interno dei quali sarebbe risarcibile il danno non patrimoniale²⁹⁵. Il risarcimento di detti pregiudizi postula - in ogni caso - la sussistenza degli elementi indicati all'interno dell'art. 2043 c.c., nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale, anche se non espressamente enunciati dall'art. 2059 c.c. che si limita ad affermare che i danni non patrimoniali devono essere risarciti nei casi previsti dalla legge. L'art. 2059 c.c., infatti, lungi dall'integrare una distinta figura di illecito, produttiva di danno non patrimoniale, rappresenta semplicemente una specificazione della più generale categoria, giustificata dalla particolarità dei pregiudizi risarcibili²⁹⁶: anche in questo caso sarà perciò richiesto il requisito dell'ingiustizia del danno, prevista dall'art. 2043 c.c.²⁹⁷. Si

presuppone la lesione di un interesse tutelato. La clausola generale secondo l'A., infatti, consisterebbe proprio nel potere del giudice di ritenere meritevole di tutela una perdita patrimoniale che pur non sia ancorata ad una situazione soggettiva, cioè ad un interesse già reputato meritevole di tutela dall'ordinamento. Diversamente la Cassazione, pur considerando l'ingiustizia una clausola generale, avrebbe sempre finito con l'ancorarla alla violazione di un diritto.

²⁹⁵ A riguardo si veda M. BONA, *La saga del danno esistenziale verso l'ultimo ciak*, in *Danno resp.*, 2008, p. 567, secondo il quale per quanto concerne l'art. 2059 c.c. si deve registrare il permanere di una soglia di tipicità che non caratterizza invece il concetto di ingiustizia, sicuramente atipico.

²⁹⁶ Così Cass. 31 maggio 2003, n. 8828, in *Danno resp.*, p. 818. In tal senso anche le sentenze gemelle del 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974 3 26975 in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 502. Di questo avviso, *ex multis*: A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, in *Danno resp.*, 2003, p. 834, che sottolinea come le sentenze gemelle del 2003 abbiano creato un bipolarismo perfetto asserendo come ad una clausola generale (l'art. 2043 c.c.), dettato in tema di danni patrimoniali, se ne debba affiancare un'altra (l'art. 2059 c.c.) in tema di danni non patrimoniali: tuttavia, purtroppo questo bipolarismo sarebbe incrinato da uno spiacevole imprevisto rappresentato dal fatto che il risarcimento del danno non patrimoniale è comunque subordinato alla sussistenza di tutti gli elementi costitutivi previsti dall'art. 2043 c.c.

²⁹⁷ In questo senso V. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 157; P. ZIVIZ, *L'ingiustizia e il danno esistenziale*, in *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*, a cura di U. DAL LAGO e R. BORDON, cit., p. 105 ss. Per M. FRANZONI, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale: un primo bilancio*, in *Resp. civ.*, 2004, p. 11 s., l'art. 2059 c.c. conserva intatta la sua

tratterà di un'ingiustizia costituzionalmente qualificata, qualora la risarcibilità di detti pregiudizi non sia espressamente prevista dalla legge, mentre della tradizionale "ingiustizia" dell'art. 2043 c.c. in presenza di un reato oppure nei casi in cui la legge espressamente preveda il risarcimento²⁹⁸.

Sulla base di queste considerazioni, si ribadisce quanto affermato in precedenza, osservando che la mera violazione dei doveri familiari non potrebbe in alcun modo dar luogo a una pretesa

funzione di filtro *ulteriore* rispetto all'art. 2043 c.c., cioè quella di limitare il risarcimento dei danni non patrimoniali «ai soli casi previsti dalla legge»: dunque, il sistema risarcitorio di quest'ultimo tipo di danni sarebbe connotato da una certa qual soglia di tipicità, che non caratterizza invece il concetto di ingiustizia, sicuramente atipico. L'art. 2043 c.c. e l'art. 2059 c.c., malgrado entrambi ancorati in prima battuta all'ingiustizia, divergono tra di loro in quanto la seconda norma contiene un secondo filtro nella selezione dei danni risarcibili. Come già si osservava, ad illuminare il nuovo art. 2059 c.c. non è tanto l'ingiustizia, ma la Costituzione: così M. BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il "nuovo" art. 2059 c.c.)*, in *Danno resp.*, 2003, p. 948. Sempre secondo l'A., infatti, per il risarcimento del danno non patrimoniale il passaggio è sostanzialmente duplice: in primo luogo, occorrerà accertare l'ingiustizia del danno (*ex art. 2043 c.c.*); in secondo luogo, si dovrà verificare se risulta soddisfatto il limite posto dall'art. 2059 c.c. (rivitalizzato per tutti i danni non patrimoniali) e così, per quanto riguarda, i casi non espressamente previsti dalla legislazione speciale o non costituenti reato (il collegamento con l'art. 185 c.p. rimane!), se vi sia stata la violazione di diritti garantiti dalla Costituzione. In senso critico si veda F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pt. II, p. 102, secondo il quale ambigua pare la configurazione dell'art. 2059 c.c. come norma per così dire, a doppia soglia di ingiustizia del danno: dovrebbe rispettare, infatti, un criterio di ingiustizia costituzionalmente qualificata, riferibile alla lesione di specifici diritti inviolabili, e un criterio di ingiustizia generico ritenuto operante nei casi previsti dalla legge e, più specificatamente, in presenza di reato.

²⁹⁸ In tal senso si veda M. BONA, *La saga del danno esistenziale verso l'ultimo ciak*, cit., p. 567. Tuttavia, secondo taluni, l'art. 2059 c.c. altro non sarebbe se non un'ipotesi all'interno della quale è già stato lo stesso legislatore che ha reputato a *priori* l'interesse del soggetto danneggiato prevalente rispetto all'interesse dell'agente per la specifica natura dell'attività lesiva. Si sarebbe così verificata una tipizzazione normativa dell'ingiustizia del danno: così V. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, cit., p. 160 s.: "Tale norma, appunto, sul presupposto di una ingiustizia da reputarsi *in re ipsa*, anziché limitare, intende invece assicurare la piena risarcibilità proprio degli interessi non patrimoniali della persona offesa, attraverso la diretta assunzione di tali interessi — nei casi previsti dalla legge e *solo* in tali casi — siccome oggetto, già di per sé, di ingiusta lesione e in quanto tali dotati di rilevanza aquiliana. Ciò che del resto emerge anche dalla particolare formula adottata dalla norma, facente leva sulla modalità deontica del *dovere*: « il danno non patrimoniale *deve* essere risarcito *solo* nei casi determinati dalla legge ». [...] Questo e non altro può essere il senso di una condizione di tipicità che nella tipologia di conflitti aquiliani appena analizzata ingenera automaticamente il *dovere* di garantire il risarcimento all'interesse leso, siccome discendente da una *ingiustizia* che, a differenza di quanto esige la norma generale dell'art. 2043, non ha bisogno di essere volta per volta verificata, in quanto espressione della stessa valutazione normativa che è alla base della riserva di legge".

risarcitoria per quanto concerne i danni non patrimoniali, essendo all'uopo necessario – ai fini del superamento del filtro costituito dall'ingiustizia costituzionalmente qualificata - un *quid pluris* consistente nella violazione di un diritto inviolabile, prevalente nel giudizio di bilanciamento rispetto all'interesse del soggetto agente²⁹⁹, 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 tale ottica potrebbe trovare riconoscimento la domanda di risarcimento dei danni non patrimoniali proposta dal figlio nei confronti del genitore per i pregiudizi patiti a causa della totale indifferenza manifestata da parte di quest'ultimo che con la sua condotta non solo ha posto in essere un totale inadempimento dei doveri genitoriali, ma ha altresì determinato una profonda compromissione delle situazioni esistenziali della prole: detto atteggiamento potrebbe ben comportare, infatti, l'insorgere di una vera e propria patologia in capo al figlio consapevole di essere stato rifiutato da parte di una figura così importante.

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. Basti pensare – per fare un esempio - all'ipotesi in cui un coniuge abbia una relazione extraconiugale e, non preoccupandosi in alcun modo di tenerla celata all'esterno per rispetto dell'altro, introduca l'amante nella cerchia degli amici comuni e si prenda scherno del coniuge mettendo in confronto pubblicamente le sue qualità con quelle dell'amante: non vi è dubbio che in questo caso la lesione del dovere di fedeltà abbia altresì compromesso il rispetto alla dignità. Certamente nel

²⁹⁹ Così G. FACCI, *Infedeltà omosessuale del marito: alla moglie non spetta un risarcimento perché non vi è un danno ingiusto*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 484 e 486: la violazione del dovere di fedeltà rappresenta unicamente il tramite per arrivare a ledere un diritto fondamentale.

bilanciamento di interessi, necessario per valutare la sussistenza del requisito dell'ingiustizia, prevalente risulterà, in questo caso, la dignità del coniuge danneggiato rispetto all'interesse che ha sorretto l'azione del danneggiante. L'accaduto potrebbe determinare in capo al coniuge tradito una condizione di insicurezza e stress che, anche senza sfociare nella patologia, potrebbe suggerire l'opportunità dell'intervento del supporto periodico di uno psicologo: in tale ottica quanto corrisposto dal coniuge tradito allo psicologo ben potrebbe rappresentare un danno emergente il risarcimento del quale potrebbe essere indubbiamente richiesto al coniuge traditore *ex art. 2043 c.c.* Diversamente nessun risarcimento dei danni, né patrimoniali, né – ovviamente – non patrimoniali, potrà essere richiesto qualora l'infedeltà sia stata consumata in modo discreto, in un momento in cui la coppia era consapevole della crisi che la riguardava, tenendo conto del dovuto rispetto del partner verso il quale, sebbene siano venuti meno i sentimenti che avevano giustificato l'unione, comunque rimane la lealtà, in quanto in questo caso il traditore, pur inadempiendo al dovere coniugale che gli imponeva di essere fedele, si è comportato in modo tale da cercare di non ledere la dignità dell'altro e non ha fatto altro che esercitare il suo diritto di libertà e la sua autodeterminazione, reputando oramai il legame matrimoniale non più idoneo a consentirgli lo sviluppo della sua personalità. Anche in questo caso il coniuge tradito potrebbe aver bisogno di supporto per affrontare la sofferenza connessa alla probabile fine dell'unione, ma in questo caso non potrà chiedere il risarcimento dei danni al coniuge, non avendo subito una lesione delle situazioni esistenziali che all'interno del giudizio di bilanciamento avrebbero potuto prevalere sulle ragioni del traditore, sorrette dall'esercizio di un diritto di tale rango. Mancherebbe il requisito dell'ingiustizia del danno oppure - se si preferisce seguire quanto affermato dalla condivisibile pronuncia della Cassazione del 2005 - si tratterebbe di un comportamento di minima efficacia lesiva, suscettibile di trovare composizione all'interno della famiglia in forza dello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di assistenza, non rilevante ai fini

risarcitori, dal momento che non si tratterebbe di una condotta che per la sua intrinseca gravità si ponga come aggressione a diritti fondamentali della persona.

Per tali ragioni, secondo quanto già in precedenza affermato, 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.

2.2. L'imputabilità.

Secondo l'art. 2046 c.c. non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità di intendere e di volere quando l'ha commesso, a meno che lo stato di incapacità non derivi da sua colpa³⁰⁰. 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

³⁰⁰ Nell'ipotesi in cui un soggetto incapace di intendere e di volere cagioni un danno chiamati a risponderne sarebbero coloro che sono tenuti alla sua sorveglianza, salvo che non provino di non aver potuto impedire il fatto, secondo quanto stabilito dall'art. 2047 c.c. La capacità naturale tradizionalmente viene reputata un *prius* logico della colpevolezza: così A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 907. Detta tesi - sostenuta da coloro che si riferiscono ad una nozione soggettiva della colpa quale riprovevole atteggiamento psicologico - è tuttavia criticata e considerata superata da quanti, partendo da una nozione oggettiva della colpa, quale non conformità ad un obiettivo modello di comportamento diligente, ritengono che anche il comportamento dell'incapace potrebbe essere qualificato colposo. In quest'ottica, il soggetto non viene tuttavia chiamato a risponderne per ragioni che attengono alla stessa protezione dell'incapace: così C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, Torino, 1999, p. 656. Reputa sussistente un'autonomia tra imputabilità e colpevolezza anche M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.*, Milano, 2004, p. 1032.

possibilità di far riferimento invece a presunzioni concernenti l'età o di invocare quanto previsto nell'art. 97 c.p.

Lo stato di incapacità non esclude che comunque il soggetto possa venir chiamato a rispondere, qualora la sua condizione sia dovuta ad un comportamento – quantomeno - colposo dello stesso (*actio libera in causa*)³⁰¹. Da ciò deriva che il genitore che pone in essere un danno nei confronti del figlio senza essere consapevole delle sue azioni non incorre in responsabilità, semprechè non si sia messo da solo in detto stato. Per tale ragione - riferendosi ad un esempio di illecito che chiunque potrebbe cagionare verso un bambino senza che sia presupposto necessario la qualifica di familiare - sarà comunque chiamato a rispondere dei danni cagionati al figlio il genitore che lo ferisca senza rendersi conto di quanto sta facendo poichè sotto l'effetto di sostanze alcoliche assunte volontariamente. Allo stesso modo, non andrà esente da responsabilità il soggetto che, dedito all'abuso di sostanze stupefacenti, si trovi abitualmente nella condizione di non essere in grado di comprendere la portata dei suoi comportamenti e non tenga con sè il figlio nei periodi previsti dal provvedimento del giudice.

Se si considera come - almeno tendenzialmente - non sia l'isolato inadempimento, per esempio dei doveri di visita o di mantenimento, a recare pregiudizio alla prole, ma siano i comportamenti reiterati e duraturi, si comprende come difficilmente l'incapacità di intendere e di volere potrebbe essere invocata per evitare di incorrere in responsabilità, essendo limitate le ipotesi in cui un soggetto si trovi in condizione di incapacità naturale, non dovuta a sua colpa, per lunghi periodi. Potrà rilevare, per esempio, nelle ipotesi in cui il genitore versi, a causa di una malattia, per lungo tempo in una condizione di inettitudine tale da non permettergli di prendersi cura del figlio, né di adempiere i doveri genitoriali. In questo caso, questi non potrà essere chiamato a rispondere dei pregiudizi patiti dal figlio

³⁰¹ R. VENDITTI, voce "*Actio libera in causa*", in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 534: l'azione è libera in causa appunto perché il soggetto poteva scegliere se mettersi o meno in una determinata condizione di incapacità.

per la mancanza, oltre del requisito di cui si tratta, anche della colpevolezza.

2.3. La colpevolezza.

Ad integrare la fattispecie di cui agli artt. 2043 c.c. e ss., il legislatore richiede, 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)³⁰². In virtù di detto principio, tradizionalmente, si sosteneva che all'interno del nostro ordinamento qualsiasi pregiudizio riparabile a titolo di dolo lo sarebbe stato anche in presenza di una semplice condotta colposa del soggetto agente³⁰³. 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.³⁰⁴, 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

³⁰² Detto principio rispecchia l'antico brocardo *in lege aquilia et levissima culpa venit*, secondo il quale anche la minima colpa sarebbe sufficiente. A riguardo si rimanda a P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1970, p. 141 ss., secondo il quale non sarebbe realistica la tesi dell'equivalenza tra dolo e colpa. Allo stesso modo non si potrebbe pensare che vi sia un rapporto regola-eccezione tra gli illeciti che richiedono alternativamente l'elemento psicologico del dolo o quello della colpa e quelli che richiedono invece necessariamente il dolo. Detta soluzione non permetterebbe infatti un'applicazione analogica e dunque non sarebbero spiegate quelle ipotesi di illeciti dolosi non reputati tali dalla legge, ma solo dalla giurisprudenza. Sempre secondo l'A. (p. 340 ss.), sarebbe importante esprimere un principio di rilevanza della malizia perché così sarebbe possibile avere un mezzo per colpire, non appena i tempi fossero maturi, tutti quegli atti dannosi e volontari che non provocano attualmente l'insorgere di un'obbligazione risarcitoria, perché sconosciuti o non ancora verificati.

³⁰³ Di questo avviso, *ex multis*: M. ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*⁸, Milano, 1965, p. 401. Critica invece il principio dell'equivalenza tra dolo e colpa G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza: saggio per una teoria sull'illecito civile*, Padova, 1966, p. 180; ID., "*Culpa lata dolo aequiparatur*", in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 148 ss.

³⁰⁴ In tal senso, *ex multis*: P. CENDON e L. GAUDINO, *Il dolo*, in *La responsabilità civile*, diretta da G. ALPA e M. BESSONE, vol. I, cit., p. 79; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 128; F. GROSSO, *Sulla rilevanza dei principi e norme penali in ordine a taluni aspetti dell'elemento soggettivo nell'art. 2043 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1962, p. 67.

dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione o omissione.

Il dolo previsto dall'art. 2043 c.c. verrebbe così a coincidere con il dolo generico di cui all'art. 43 c.p.³⁰⁵. In quest'ottica, la condotta sarebbe dolosa nel momento in cui fosse stata posta in essere con coscienza e volontà di cagionare un danno, rilevando l'intenzionalità di realizzare un fatto illecito³⁰⁶ e dunque la volontà di ledere l'altrui diritto³⁰⁷. Sempre secondo il disposto dell'art. 43 c.p., la colpa sussisterebbe invece quando l'evento, anche se previsto, non sia voluto dall'agente e si verifichi a causa di negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. In questo caso il soggetto agisce omettendo le precauzioni idonee a non ledere l'altrui diritto³⁰⁸.

Ciò posto, l'art. 2043 c.c. richiede – indifferentemente - il dolo o la colpa, senza null'altro precisare³⁰⁹. Tuttavia, sussiste una categoria di illeciti non configurabili in presenza di una condotta semplicemente colposa³¹⁰. 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 risarcitoria³¹¹.

³⁰⁵ Sul dolo generico in ambito penale si rinvia a G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁴, Bologna, 2004, p. 332 s.

³⁰⁶ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, cit., p. 547 s., secondo il quale si può parlare di dolo in presenza di determinati elementi: la volontarietà del fatto; la consapevolezza delle conseguenze dannose derivanti dal fatto; la consapevolezza dell'ingiustizia del danno.

³⁰⁷ A riguardo si rimanda a L. CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, cit., p. 66.

³⁰⁸ L. CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, cit., p. 67.

³⁰⁹ Nondimeno, la presenza del dolo è rilevante in quanto comporta l'applicazione di una disciplina parzialmente differente: basti pensare all'art. 1229 c.c. in base al quale sono nulle le clausole che stabiliscono limitazioni di responsabilità per dolo o colpa grave; all'art. 1917 c.c. secondo il quale è esclusa ogni copertura assicurativa verso i terzi per i comportamenti dolosi; agli artt. 943, 944, 952, 971 e 977 Cod. Nav.

³¹⁰ Già G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza: saggio per una teoria sull'illecito civile*, cit., p. 172, sottolineava come vi fossero illeciti, quali gli atti emulativi, per i quali l'elemento psicologico del dolo assume carattere di essenzialità. Sul superamento dell'equivalenza tra il dolo e la colpa si vedano, *ex multis*: L. GAUDINO, *Il dolo*, in *La responsabilità civile. Agg. 1988-1996*, in *Giur. sist. Dir. civ. comm.*, Torino, 1997, p. 24; A. COSTANZO, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 156.

³¹¹ A riguardo si rimanda a M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 298 ss., secondo il quale all'interno degli illeciti di dolo si verificherebbe un'interferenza tra

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 risarcibile³¹². 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 danno³¹³.

Diversi sono gli illeciti che all'interno del nostro ordinamento vengono considerati "necessariamente dolosi", perché come tali sono stati previsti dalla legge³¹⁴: così la responsabilità del proprietario per gli atti emulativi *ex art. 833 c.c.*³¹⁵, del contraente in caso di *dolus*

l'elemento della colpevolezza e quello dell'antigiuridicità: attraverso l'elemento soggettivo dell'illecito, l'ordinamento esprime un giudizio sull'ampiezza della libertà di azione del soggetto.

³¹² Sull'interferenza tra colpevolezza e ingiustizia di rimanda a P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 410 ss. e, spec., p. 465: "non sembra ormai difficile notare come l'ultimo (il dolo) è richiesto per l'offesa di una situazione più labile, giuridicamente, rispetto a quella propria di chi ha agito; mentre il dogma dell'equivalenza ha il sopravvento ogniqualevolta il bene vulnerato prevalga nella scala di importanza su quello che l'autore difendeva, oppure quanto eguale sia il risalto dei due diritti entrati in collisione". Questo fenomeno è avversato da coloro che sostengono doversi verificare una contaminazione tra i diversi requisiti dell'illecito, in particolare tra quelli soggettivi e quelli oggettivi: così V. CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969, p. 162.

³¹³ In tal senso G. FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 376 s.

³¹⁴ A riguardo si veda A. COSTANZO, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 156, secondo il quale in alcuni casi il limite soggettivo previsto per un diverso rimedio si rifletterebbe in senso restrittivo sulla tutela aquiliana, sia per ragioni di opportunità che per la considerazione secondo la quale non potrebbe dirsi veramente ingiusto il pregiudizio conseguente al comportamento altrui contro il quale l'offeso non è autorizzato a reagire.

³¹⁵ Gli atti emulativi sono reputati dolosi in quanto all'interno della disposizione normativa viene richiesta, affinché di atti emulativi si possa parlare, l'intenzione di arrecare danno o nuocere. L'art. 833 c.c. presuppone, infatti, un particolare *animus nocendi*, ovvero l'esclusivo scopo di nuocere o recare molestia a altri. Tradizionalmente, si tende ad affermare che l'atto posto in essere dal proprietario per poter essere reputato emulativo deve essere posto in essere al solo scopo di nuocere ad altri e non deve arrecare alcun vantaggio al proprietario (per una breve panoramica a riguardo si rimanda a G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, 2003, Roma – Bari, p. 93; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 135). *Contra*, si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile 6. La proprietà*, Milano, 1999, p. 192 s., secondo il quale, *in primis*, l'*animus nocendi*, deve reputarsi integrato nel momento in cui vi sia l'obiettiva direzione dell'atto verso il risultato dannoso, senza che sia richiesto che il proprietario sia consapevole della pregiudizialità o dell'antigiuridicità dell'atto. Seppure l'opinione corrente ravvisi l'intenzione dolosa come un elemento costitutivo della fattispecie dell'atto emulativo e ne ponga la prova a carico del danneggiato, in concreto l'onere probatorio risulterebbe alleggerito per il fatto che, secondo la giurisprudenza, sarebbe sufficiente la prova che l'atto non risulti giustificato da un interesse del proprietario obiettivamente valutabile, cioè che paia inutile. Sugli atti emulativi

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.*³¹⁶. 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 immobiliare³¹⁷, per il *mobbing*³¹⁸, per l'induzione

si veda: A. GAMBARO, *Emulazione*, in *Dig. disc. priv.*, vol. VII, 1991, Torino, p. 439.

³¹⁶ Altre volte il legislatore ha inteso rendere risarcibile determinati pregiudizi solamente in presenza del requisito del dolo o di quello della colpa grave, spostando in avanti la soglia di responsabilità: basti pensare all'art. 2236 c.c. "responsabilità del prestatore di opera", in base al quale, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi di particolare difficoltà, il prestatore di opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o colpa grave; all'art. 939, terzo comma, c.c., "unione e commistione" secondo il quale il risarcimento dei danni è dovuto in caso di colpa grave; l'art. 491 c.c. "responsabilità dell'erede nell'amministrazione", secondo il quale l'erede con beneficio di inventario non risponde dell'amministrazione dei beni ereditari se non per colpa grave; l'art. 2864 c.c. "danni causati dal terzo e miglioramenti", secondo il quale il terzo sarebbe tenuto a risarcire i danni che da sua colpa grave siano derivati all'immobile in pregiudizio dei creditori iscritti.

³¹⁷ Il soggetto che per secondo acquista un immobile e che per primo trascrive il titolo di acquisto, conscio del fatto che prima di lui già un altro soggetto aveva acquistato il medesimo bene dallo stesso alienante, incorre in responsabilità extracontrattuale, secondo costante giurisprudenza, solamente laddove la sua condotta fosse stata dolosa. A riguardo si veda: "L'art. 2652, 1° cpv, c.c., nel sancire che le sentenze che accolgono le domande indicate nel n. 1 del comma 1 (tra cui quelle dirette alla risoluzione dei contratti) non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in base ad atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale, afferma l'identico principio, espresso dall'art. 2644, comma 1, c.c., della insensibilità degli atti che operano trasferimenti o costituzioni di diritti reali immobiliari rispetto alla sentenza che abbia pronunciato o dichiarato, in base a domanda successivamente trascritta, la risoluzione del contratto con il quale il dante causa aveva acquistato il diritto ceduto a terzi. Anche nel suddetto caso, come avviene nell'ipotesi di doppia alienazione immobiliare, l'ordinamento prevede reazioni alla mala fede del terzo che ha acquistato, potendosi, in caso di dolosa preordinazione ai danni del primo acquirente, esperirsi l'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 2901 c.c. e, comunque, nei confronti dello stesso terzo che ha acquistato, l'azione di risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.*" (Cass. civ., 13 gennaio 1995, n. 383, in *Corr. Giur.*, 1995, p. 601).

³¹⁸ Si vedano a riguardo: "Le controversie dirette ad accertare fattispecie di *mobbing* comportano per loro stessa natura una penetrazione psicologica dei comportamenti, al di là di atti che possono presentarsi anche come legittimi e inoffensivi, in modo da indagarne il carattere eventualmente vessatorio, ossia dolosamente diretto a svilire, nuocere o ledere la dignità personale e professionale di un dipendente. La coscienza e volontà del *mobber* si pone rispetto al fatto non solo come elemento essenziale e costitutivo dell'illecito, ma come elemento idoneo persino a darvi significato: in altri termini, senza il dolo specifico del *mobber* gli atti potrebbero tutti apparire legittimi e leciti" (Trib. Trieste, 10 dicembre 2005, in *Lav. nella Giur.*, 2005, p. 1183); "La condanna del datore di lavoro per *mobbing* non può prescindere dall'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo del c.d. *mobber*, il quale coincide con la specifica intenzione di discriminare e vessare il mobbizzato sino ad esercitare nei suoi confronti una

all'inadempimento³¹⁹, per lo spoglio a mezzo di ufficiale giudiziario³²⁰, e per gli illeciti concorrenziali quali lo storno di dipendenti³²¹, la denigrazione, il rifiuto di contrarre, il boicottaggio, lo sviamento di clientela³²², le informazioni menzognere, il *dumping* o vendita

vera e propria forma di violenza morale" (Trib. Roma, 28 marzo 2003, in *Gius.*, 2003, p. 2599); Trib. Ravenna, 11 luglio 2002, in *Giust. civ.*, 2003, pt. I, p. 223. Secondo R. PARTISANI, *Mobbing, Illeciti di dolo e danno non patrimoniale da contratto*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 268 s., il *mobbing* per *ius receptum* esigerebbe il dolo specifico del *mobber*, che deve agire al fine di discriminare e vessare il lavoratore sino ad esercitare nei suoi confronti una vera e propria orma di coazione morale. Detta soluzione troverebbe la sua giustificazione nel fatto che l'*animus nocendi* tutela il lavoratore, riconoscendogli un risarcimento altrimenti non dovuto per la valenza scriminante di condotte in cui si esplica la libera iniziativa economica dell'art. 41 Cost. ovvero, nei rapporti di pubblico impiego, il buon andamento ed imparzialità dell'art. 97 Cost.

³¹⁹ In *primis*, si deve osservare come per riconoscere la possibilità di essere chiamati a rispondere mediante lo strumento della responsabilità extracontrattuale per induzione del terzo all'inadempimento è stato necessario il riconoscimento della tutela aquilana del credito. L'illecito derivante dall'aver indotto il debitore a non adempiere alla prestazione è doloso in quanto il chiamare a rispondere il terzo anche per un comportamento colposo porterebbe al risultato di gravare sulla generalità dei consociati un impegno diligente che è proprio del debitore in contrasto con la nozione stessa di obbligazione quale vincolo specifico a carico di un soggetto determinato. Per tale ragione, secondo quanto elaborato dalla giurisprudenza, sarebbe possibile arrivare al risarcimento del danno per induzione all'inadempimento in determinate ipotesi: quando la condotta sia dolosa, o quando si siano uccisi familiari, soci, dipendenti data l'importanza dell'interesse leso (così C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, cit., p. 601 ss.). In particolare, secondo l'A. in questi casi sarebbe necessario il dolo specifico, ossia l'intenzionalità del danno, non essendo sufficiente la consapevolezza dello stesso. A riguardo si osserva come per G. ALPA e U. RUFFOLO, *Il dolo*, in *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 2000, p. 30, non sarebbe necessario che il terzo abbia persuaso il debitore a non adempiere, ma sarebbe sufficiente che sia stato suo complice.

³²⁰ La giurisprudenza reputa necessari diversi presupposti per la sussistenza dell'illecito: il titolo azionato non deve avere efficacia contro il possessore e l'intervento dell'ufficiale giudiziario deve essere stato maliziosamente provocato da colui che ne ha richiesto l'intervento, conscio dell'arbitrarietà della sua richiesta (così Cass., 23 marzo 2004, n. 5756, in *Guida al dir.*, 2004, n. 19, p. 55).

³²¹ A riguardo si veda: "perché lo storno di dipendenti possa essere qualificato come atto di concorrenza sleale da parte dell'impresa concorrente non è sufficiente la mera consapevolezza, nell'agente, dell'idoneità dell'atto a danneggiare l'altra impresa, ma è necessaria l'intenzione di conseguire tale risultato (*c.d. animus nocendi*), la quale deve essere ritenuta sussistente tutte le volte che lo storno di dipendenti sia posto in essere con modalità tali da non potersi giustificare alla luce dei principi di correttezza professionale, se non supponendo nell'autore l'intenzione di danneggiare l'impresa concorrente" (Cass. 20, giugno 1996, in *Mass. Foro it.*, 1996); così anche Cass. 6 maggio 1980, n. 2995, in *Riv. dir. ind.*, 1882, pt. II, p. 157.

³²² Così: "Il giudizio sul comportamento dell'ufficiale giudiziario che abbia proceduto al sequestro cautelativo di beni di dubbia provenienza (nel caso di specie, si trattava di automezzi privi di targa di circolazione presso una officina di carrozzeria) procurando un danno economico conseguente allo sviamento della clientela, sequestro dimostratosi poi infondato nel prosieguo delle indagini, deve avere per oggetto, ai sensi degli art. 22 e 23 d. p. r., 10 gennaio 1957, n. 3, la

sottocosto ecc.³²³. Questo fenomeno si è anche verificato di fronte ad alcune fattispecie la cui repressione è stata modellata sulla base delle norme penali, quali la denuncia infondata³²⁴ e la seduzione con promessa di matrimonio³²⁵.

In questi casi, tendenzialmente, si reputa sufficiente la sussistenza del dolo generico, inteso quale coscienza e volontà di realizzare gli elementi costitutivi dell'illecito³²⁶; nondimeno, in alcune

sussistenza o meno del dolo o della colpa grave, non già della semplice colpa, e va operato ex ante con riferimento alle circostanze di fatto che hanno indotto l'ufficiale al provvedimento medesimo" (Trib. Padova, 28 dicembre 1987, in *Resp. Civ. Prev.*, 1988, p. 472).

³²³ Detto comportamento in passato veniva reputato lecito, in quanto espressivo della libera iniziativa economica, e non si considerava fonte di illecito risarcibile a meno che non fosse posto in essere con l'intenzione di eliminare un concorrente dal mercato per ottenere una posizione di monopolio. Solo successivamente si realizzò come detta condotta fosse idonea a turbare anche il mercato e per tale ragione si reputò non più necessario il dolo specifico prima enunciato, ma sufficiente il dolo generico della consapevole volontà di eliminare i concorrenti (a riguardo si rimanda a M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, cit., p. 300). A riguardo si rimanda a L. MANSANI, *Ribassi del prezzo, offerte promozionali e concorrenza sleale*, Milano, 1990, *passim*.

³²⁴ La proposizione di una querela o la denuncia per un reato procedibile d'ufficio non è reputata fonte di responsabilità a carico del querelante neppure in caso di proscioglimento o assoluzione del querelato se non quando può reputarsi calunniosa o se sono accertati gli estremi della simulazione del reato, dell'ingiuria o della diffamazione: in tal senso Trib. Modena 15 novembre 2007, in www.plurisonline.it, massima redazionale 2007. Trattandosi di delitti necessariamente dolosi detto illecito richiede l'elemento psicologico del dolo, in particolare servirà il dolo specifico in quanto denunciante dovrà essere consapevole dell'innocenza del soggetto denunciato secondo S. DI PINTO, *Illeciti di dolo*, in *La colpa nella responsabilità civile*, a cura di P. CENDON, vol. I, Torino, 2006, p. 299.

³²⁵ Così Cass. 10 aprile 1991, n. 8733, in *Dir. fam. Pers.*, 1992, p. 546. Così anche M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, cit., p. 296 ss. In questo senso anche S. DI PINTO, *Illeciti di dolo*, cit., p. 309. *Contra*: "Al fine di ravvisare gli estremi dell'illecito civile nella seduzione con promessa di matrimonio è necessario che quest'ultima abbia avuto efficienza causale esclusiva in ordine alla *traditio corporis*; l'accertamento di tale requisito involge una valutazione di fatto, ai fini della quale il giudice, attese le difficoltà della prova, può avvalersi di elementi indiziari e prove presuntive, occorrendo però che l'indagine presuntiva sia basata su elementi particolarmente gravi e concordanti, da valutarsi anche in relazione alle condizioni ambientali e culturali dei soggetti; per quanto attiene all'elemento psicologico dell'illecito di seduzione con promessa di matrimonio, è sufficiente anche la colpa" (Cass., 8 luglio 1993, n. 7493, in *Corr. Giur.*, 1993, p.1052).

³²⁶ Secondo G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 178 s., si deve, infatti, negare la necessità di un *animus nocendi* e ammettere che, in generale, per l'illecito civile basti il semplice dolo generico il cui unico presupposto consiste nella coscienza che la propria azione lederà l'altrui bene giuridico e per il quale non ha importanza se tale lesione sia o meno desiderata dal soggetto agente. Qualora si volesse invece ancorare la nozione di dolo all'esistenza di un *animus nocendi* si restringerebbe di molto la tutela. In tal senso si veda anche M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità*

ipotesi, ciò non sarebbe sufficiente, reputandosi invece necessario un dolo specifico, consistente in uno scopo o una determinata finalità particolare e ulteriore che il soggetto agente deve mirare a raggiungere, non rilevando invece il fatto che questa realmente si realizzi³²⁷: tra questi rientrano l'illecito conseguente al compimento di atti emulativi, non dovendo il soggetto agente avere altro scopo che quello di recare danno o molestia ad altri secondo quanto precisato dall'art. 833 c.c., oppure taluni illeciti derivanti dalla concorrenza sleale, quali il *dumping*, il boicottaggio, che richiedono che l'autore del danno abbia agito con lo scopo di nuocere alla vittima.

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 categoria³²⁸. Alcune

civile, cit., p. 296: "In sede aquiliana, una prima nozione di dolo può dirsi raggiunta identificando il dolo civile nella figura del dolo generico di derivazione penalistica. Di quel comportamento, cioè, diretto a realizzare un preciso evento, senza che sia necessaria la previsione delle sue conseguenze economiche sulla persona o sul patrimonio della vittima, o che sia calcolato il vantaggio che l'autore persegue con l'evento lesivo".

³²⁷ Di questo avviso P. CENDON, *Il dolo (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)*, in *Dig. disc. priv.*, voll. VII, Torino, 1991, p. 38. A riguardo si veda M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, cit., p. 297, secondo il quale, in alcuni casi, sarebbe richiesto un vero e proprio *animus nocendi*, analogo a quello del quale il legislatore si è servito per definire gli atti emulativi nell'art. 833 c.c. In queste ipotesi non sarebbe sufficiente la consapevolezza di agire contro il diritto e, con ciò, contro l'interesse tutelato di un'altra persona, sarebbe invece richiesto che la consapevolezza si estenda alla coscienza di arrecare un danno ad altri, senza ricevere un beneficio tangibile da quella condotta. Così è in numerose figure di illecito per concorrenza sleale quali il *dumping*, il rifiuto a contrarre, il boicottaggio e nella responsabilità per la proposizione di denunce infondate. In particolare secondo P. DELLACHÀ, *Responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura*, in *Danno resp.*, 2008, p. 1131 s., richiederebbe il dolo specifico anche l'illecito posto in essere dai magistrati. Lo stesso vale per l'illecito derivante dal *mobbing* secondo R. PARTISANI, *Mobbing, illeciti di dolo e danno non patrimoniale da contratto*, cit., p. 268. Sul dolo specifico si rimanda a G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁴, cit., p. 332 s.

³²⁸ Di tale avviso M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, cit., p. 303; L. GAUDINO, *La responsabilità civile endofamiliare*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1244; A. SPANGARO, *La responsabilità per la violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, 2008, Torino, p. 127. Di questa opinione è F. FAROLFI, *Violazione dei doveri genitoriali e legittimazione del Comune quale tutore, al risarcimento dei danni*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 495. L'A. porta a fondamento della sua tesi il fatto che la Suprema Corte con la citata sentenza del 2005 abbia affermato come i fatti di minima efficacia lesiva non possano essere

pronunce in materia potrebbero far emergere detta tendenza: in *primis*, si consideri una sentenza della Corte di Appello di Milano³²⁹ 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. Anche, il Tribunale di Ravenna³³⁰, in una risalente pronuncia, ha reputato necessaria la presenza dell'elemento psicologico del dolo affermando che il coniuge che ha ottenuto lo scioglimento del matrimonio rato e non consumato potesse ottenere dall'altro il risarcimento dei danni solamente qualora fosse riuscito a provarne il dolo. Nondimeno la giurisprudenza prevalente non pare reputare tale requisito necessario³³¹.

fonte di un illecito risarcibile e come abbia considerato idonee a generare un'obbligazione risarcitoria solo le condotte che per loro intrinseca gravità si pongono come aggressione ai diritti fondamentali della persona. In senso parzialmente difforme P. CENDON e G. SEBASTIO, *La crisi dell'immunity rule nei torti in famiglia*, cit., p. 2775 ss., secondo i quali la responsabilità civile in famiglia si distribuirebbe su tre fasce differenti: un primo settore sarebbe affidato alla sufficienza della colpa. Si tratta di quelle ipotesi all'interno delle quali il bene in gioco occupa uno dei primi posti della scala del sistema (integrità psicofisica, capacità procreativa, la dignità, libertà di movimento). La seconda area invece richiederebbe necessariamente il dolo, stante la diversa rilevanza della situazione violata (si pensi al benessere spirituale, al gusto per la tenerezza e la premurosità, alla riservatezza). Infine vi sarebbe la terza area, quella dell'irresponsabilità, all'interno della quale rientrano le azioni o omissioni del soggetto che rientrano in una prerogativa del soggetto costituzionalmente tutelata o tale da mettere in questione libertà fondamentali dell'individuo: basti pensare alla scelta in sé di separarsi o divorziare che non determina un illecito risarcibile a meno che non sia posta in essere con modalità crudeli e inopinate al solo fine di infierire sull'altro. *Contra*, richiede indifferentemente il dolo o la colpa affinché possa sorgere detta responsabilità V. PILLA, *Separazione e divorzio. Profili di responsabilità*², Padova, 2007, p. 243.

³²⁹ Corte App. Milano 12 aprile 2006, in *Resp. civ.*, 2007, p. 33.

³³⁰ Trib. Ravenna, 25 febbraio 1970, in *Foro pad.*, 1971, pt. I, c. 543.

³³¹ Secondo taluni anche il Tribunale di Venezia con la sentenza 30 giugno 2004 avrebbe dato risalto all'elemento del dolo, ravvisabile nella consapevole e volontaria violazione dei propri doveri da parte del genitore che, pur sapendo di avere un figlio, ha scelto di non riconoscerlo e non provvedere al suo mantenimento, nella valutazione dell'ingiustizia del danno. Lo stesso dicasi per la pronuncia della Corte di Appello di Bologna del 10 febbraio 2004 che, sempre secondo questi, avrebbe condannato un padre al risarcimento tenuto conto della sua condotta ravvisabile nel fatto che questi, consapevole dell'esistenza del figlio, non ha fatto nulla per sopperire alle carenze di questo (così G. FACCI, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, 2008, Torino, p. 210 ss.). In realtà, dette considerazioni non paiono del tutto condivisibili non tanto e non solo per il fatto che la consapevole e volontaria scelta di non occuparsi del figlio di per sé non necessariamente potrebbe integrare il dolo - se come tale intendiamo la coscienza e volontà dell'evento lesivo rappresentato dal pregiudizio cagionato ai diritti del figlio -, quanto per il fatto che da nessuna parte nelle

Per comprendere dunque se l'illecito endo-familiare rientri o meno all'interno di detta categoria si deve tener conto del fatto che - secondo taluni - la necessarietà del dolo, lungi dal determinare una diminuzione della tutela del danneggiato, ne comporterebbe invece una più intensa³³². 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 costo³³³.

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

pronunce appena citate si fa riferimento al fatto che detto requisito debba *necessariamente* sussistere per la configurabilità dell'illecito. Non si può pertanto affermare che la giurisprudenza italiana è senza ombra di dubbio propensa nel considerare tale detto illecito.

Reputano invece detto illecito necessariamente doloso la giurisprudenza tedesca: a riguardo, infatti, il Tribunale Supremo (BGH) con sentenza del 19 dicembre 1989 (in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 706). Nel caso di specie il giudice ha rigettato la domanda volta ad ottenere il ristoro dei danni avanzata dal marito che dopo anni aveva scoperto l'infedeltà della moglie e che la bambina che aveva accudito e mantenuto credendola sua figlia non era tale) ha affermato che il risarcimento dei danni per inadempimento dei doveri coniugali esige una condotta necessariamente dolosa, perché, non potendo trovare tutela in virtù del § 823 - dovendo detto ambito essere sottoposto unicamente alle norme del diritto di famiglia e non a quelle della responsabilità civile -, per ottenere tutela deve necessariamente rientrare nell'ambito di applicazione del § 826 del BGB in virtù del quale sarebbe possibile ottenere il ristoro dei danni causati da comportamenti dolosi contrari alla morale. Di questo avviso abbiamo visto essere anche dottrina e giurisprudenza prevalenti all'interno dell'ordinamento spagnolo: così M. GARCIA DE LEONARDO, *Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales*, in J.R. DE VERDA e BEAMONTE e altri, *Daños en el Derecho de familia*, Cizur Menor, 2006, p. 160 s.; STS 22 luglio 1999, in *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1999, p. 5721; Audiencia Provincial de Valencia, 2 novembre 2004, in *Aranzadi Civil*, 2004, n. 1994.

³³² Così P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 158.

³³³ P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 150 ss.

dell'area del giuridicamente perseguibile purchè la condotta sia dolosa³³⁴. Tale scelta permetterebbe anche di attrarre nell'area del giuridicamente rilevante condotte che, altrimenti, non lo sarebbero, essendo di per sè 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 danneggiato³³⁵. 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 valore³³⁶. 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 collettività³³⁷.

Altre volte, quando ancora l'atteggiamento giurisprudenziale era bloccato nel ritenere necessaria la lesione del diritto soggettivo assoluto per integrare il requisito dell'ingiustizia, l'elemento psicologico del dolo, combinato con il risultato dannoso, rimpiazzava l'assenza del primo³³⁸. Di rado è invece avvenuto che per illeciti che

³³⁴ Si veda a riguardo M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, cit., p. 301: "La necessaria presenza del dolo è richiesta da una precisa scelta in ordine alla soluzione del conflitto tra i soggetti del rapporto. La libera iniziativa economica è tutelata fino al punto in cui con essa non venga realizzato uno scopo illecito: l'eliminazione di un concorrente dal mercato, il discredito del produttore, l'inganno dei consumatori e così via. Anche in questo settore, dunque, il dolo attrae nell'area dell'illecito fatti che altrimenti resterebbero privi di conseguenze risarcitoria".

³³⁵ Così M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 338. In tal senso anche C. SALVI, *La responsabilità civile*², cit., p. 159.

³³⁶ Così P. CENDON, *Il dolo (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)*, cit., p. 39.

³³⁷ In particolare si consideri che il professionista *ex art. 2236 c.c.* risponde solamente se ha agito con dolo o colpa grave.

³³⁸ Sottolinea detta tendenza P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 223

richiedevano il semplice elemento costitutivo della colpa si iniziasse a reputare necessario il dolo³³⁹.

Pertanto, – secondo taluni - grazie a detta tecnica verrebbe persino esteso l’ambito dell’illecito risarcibile, sottraendo determinati comportamenti all’area dell’irrisarcibilità³⁴⁰, mentre, secondo altri, in questo modo si verificherebbe al contempo, da un lato, un’attrazione nell’area dell’illecito di comportamenti che altrimenti sarebbero leciti e, dall’altro, anche una riduzione dell’area dell’illecito mediante l’esclusione di quei fatti connotati solo dalla colpevolezza delle condotte³⁴¹.

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 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 la necessità di un presupposto – la condotta necessariamente dolosa - in contrasto con la disciplina generale e non sorretta da un supporto normativo che la giustifichi; ciò limiterebbe notevolmente le ipotesi in cui il danneggiato potrebbe richiedere tutela. Se è condivisibile - in ottica di

³³⁹ P. CENDON, *Il dolo (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)*, cit., p. 41.

³⁴⁰ In tal senso si veda R. PARTISANI, *Mobbing, illeciti di dolo e danno non patrimoniale da contratto*, cit., p. 268, secondo il quale il ritenere che il danno derivante da *mobbing* rientri all’interno della categoria degli illeciti necessariamente dolosi tutelerebbe il lavoratore riconoscendogli un riconoscimento altrimenti non dovuto per la valenza scriminante di condotte in cui si esplica la libera iniziativa economica dell’art. 42 Cost. ovvero, nei rapporti di pubblico impiego, il buon andamento e l’imparzialità di cui all’art. 97 Cost.

³⁴¹ Così M. FRANZONI, *L’illecito*, cit., p. 340.

una maggiore tutela del danneggiato - reputare che qualora l'interesse del danneggiato e quello del danneggiante dovessero avere il medesimo peso nel giudizio di bilanciamento, in presenza di una condotta dolosa l'ago della bilancia possa pendere nei confronti del primo determinando così l'ingiustizia del danno. Tuttavia, diverso ed eccessivo sarebbe reputare l'illecito necessariamente doloso, al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, e dire che, in ogni caso, anche qualora l'interesse leso dovesse essere già di per sé prevalente nella comparazione, il danno non possa essere considerato ingiusto per mancanza dell'elemento psicologico del dolo. Il danno cagionato dall'agente mediante un comportamento colposo rimarrebbe in quest'ottica a carico del danneggiato, con un'evidente discriminazione rispetto agli illeciti patiti da un terzo estraneo. Senza considerare che, anche laddove vi sia stato il dolo, vi sono difficoltà notevoli dal punto di vista probatorio nel ricostruire detto elemento per la delicatezza e particolarità del contesto in cui le condotte si realizzano che potrebbero vanificare le pretese del danneggiato³⁴².

Richiedere l'elemento psicologico del dolo per gli illeciti cagionati da un familiare rispecchierebbe la linea di tendenza secondo la quale si è ricorsi a detto *escamotage* per fuoriuscire dall'ambito del giuridicamente irrilevante, potendo forse parere un cambio di orientamento eccessivo passare dal reputare detti pregiudizi irrilevanti giuridicamente al considerarli fonte di un'obbligazione risarcitoria in presenza di un comportamento anche solo colposo. Tuttavia, una volta compreso come non sussista alcuna immunità tra familiari e non reputando, come taluni fanno, che sia proprio la necessità del carattere doloso a rappresentare la vera immunità in ambito familiare, si deve riconoscere che, superati tutti gli ostacoli che impedivano alla tutela risarcitoria di fare ingresso nella famiglia, non c'è più bisogno di roscchiare spazio al giuridicamente irrilevante tramite detto stratagemma.

³⁴² Anche se, effettivamente, il fatto che la prova del dolo possa essere data anche indirettamente mediante il ricorso alle presunzioni potrebbe rendere detto ostacolo meno impervio del previsto (così M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.*, Milano, 2004, p. 341 s.).

Si deve, pertanto, ritenere sufficiente anche un comportamento colposo per integrare la fattispecie in esame³⁴³. Seppur è limitato il posto riservato alla colpa in tale ambito, trattandosi di un campo in cui difficilmente le cose avvengono per errore³⁴⁴, 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.

2.4. La condotta del danneggiate.

Inutile dire che, data l'atipicità del fatto all'interno dell'illecito aquiliano, le condotte del familiare, e segnatamente del genitore, idonee a cagionare un pregiudizio, non sono tipizzate e possono essere delle più svariate tipologie, consistendo tanto in un'azione, quanto in un'omissione³⁴⁵. La possibilità di essere chiamati a rispondere di un pregiudizio in questo secondo caso presuppone un obbligo giuridico di attivarsi, rimasto, in concreto, inadempito³⁴⁶. La sua fonte non è rinvenibile nel generale principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.³⁴⁷, reputandosi invece necessaria una previsione legislativa che riconosca la doverosità del comportamento omesso.

³⁴³ In tal senso si veda Trib. Venezia, 18 aprile 2006, in *Danno resp.*, 2007, p. 579.

³⁴⁴ Di detto avviso P. CENDON e G. SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, cit., p. 158.

³⁴⁵ Mentre l'illecito contrattuale è omissivo proprio, nel senso che la condotta omissiva e la relativa sanzione sono direttamente previste da una norma giuridica. Diversamente, l'illecito aquiliano può essere sia commissivo, sia omissivo, ma in questo ultimo caso tendenzialmente sarà un illecito omissivo improprio, anche detto commissivo mediante omissione, poichè il comportamento passivo viene sanzionato sulla base delle disposizioni relative agli illeciti commissivi, parificandosi la lesione dovuta ad una omissione, ad una realizzata mediante azione (così G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 259 s.). Sussistono anche illeciti aquiliani, non riconducibili all'art. 2043 c.c., ma, per esempio, all'art. 2052 c.c. che sono omissivi propri.

³⁴⁶ Secondo G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 262, per individuare gli obblighi di agire è legittimo prendere in considerazione qualsiasi branca dell'ordinamento giuridico ed anche ricorrere al procedimento analogico. Si potrebbe anche fare riferimento ai principi generali dell'ordinamento: in particolare dagli artt. 2051, 2052 e 2053 c.c. si potrebbe ricavare il principio in base al quale su chi ha creato, o comunque controlli, una fonte di pericoli incombe l'obbligo di attivarsi per impedire possibili eventi dannosi.

³⁴⁷ In tal senso: "Affinché una condotta omissiva possa essere assunta come fonte di responsabilità per danni, non basta riferirsi al solo principio del *neminem*

Con riferimento agli illeciti endo-familiari cagionati dal genitore nei confronti del figlio, si deve osservare come spesse volte derivino da un'omissione (o meglio – in genere - da una pluralità di omissioni), 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. L'inadempimento degli stessi non può – salvo quanto già precisato in precedenza - determinare l'insorgere di una responsabilità contrattuale, trattandosi 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. Più avanti nella trattazione si procederà ad un'analisi particolareggiata delle diverse fattispecie che concernono la responsabilità per mancato esercizio del diritto di visita o comunque per non aver tenuto presso di sé la prole nei periodi pattuiti, per aver tenuto una condotta ostruzionistica nei confronti dell'altro genitore, per il totale disinteresse verso il figlio, per l'abbandono, per la scelta di mettere al mondo un figlio malato (*c.d. wrongful life*), per aver

laedere o ad una generica antidoverosità sociale della condotta del soggetto che non abbia impedito l'evento, ma occorre individuare, caso per caso, a suo carico, un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento lamentato, il quale può derivare, o direttamente da una norma, ovvero da uno specifico rapporto negoziale o di altra natura intercorrente fra il titolare dell'interesse leso e il soggetto chiamato a rispondere della lesione" (Cass., 25 settembre 1998, n. 9590, in *Danno resp.*, 1999, p. 672). In tal senso anche Cass., 6 febbraio 2007, n. 8051, in *Resp. civ.*, 2008, p. 813.

posto in essere un riconoscimento non conforme a verità e aver successivamente agito per il disconoscimento.

2.5. Il nesso causale.

Com'è noto, si può incorrere in responsabilità solo se il pregiudizio patito dal danneggiato è legato da un nesso causale alla sua condotta³⁴⁸. Nel totale silenzio del legislatore, diverse sono le teorie - dalla *condicio sine qua non* alla causalità adeguata - avanzate - in particolare dai penalisti - per comprendere quale antecedente, tra i tanti, possa essere considerato la causa dell'evento dannoso³⁴⁹. Le disposizioni dettate sul nesso eziologico in 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., applicabile in sede di tutela aquiliana in virtù del richiamo operato dall'art. 2056 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.

Maggiori precisazioni ci vengono invece dal Codice Penale, che all'art. 40, primo comma, sancisce che nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato se l'evento dannoso o pericoloso da cui dipende l'esistenza del reato non è conseguenza

³⁴⁸ Sul nesso causale si veda, *ex multis*, R. PUCCELLA, *La causalità "incerta"*, Torino, 2003, p. 81 ss.

³⁴⁹ In *primis* si deve citare la teoria della *condicio sine qua non* o della equivalenza secondo la quale è causa ogni condizione senza la quale l'evento non si sarebbe verificato. Presuppone lo svolgimento di un procedimento di eliminazione mentale operato a posteriori e si basa sull'idea secondo la quale causa di un evento non può mai essere un unico fatto, ma l'insieme di quelle condizioni senza le quali non si sarebbe prodotto. Tuttavia, se da un lato ha il pregio dell'oggettività, dall'altro attribuisce rilevanza causale ad una serie numerosa di antecedenti senza distinguere tra quelli prossimi e quelli lontani. In secondo luogo, vi è la teoria della causalità adeguata secondo la quale causa di un evento è il fatto normalmente idoneo a produrlo: in quest'ottica, il danno è conseguenza del fatto quando ne costituisce un effetto normale. Detta teoria consente una ricostruzione meno rigida della precedente che permette di escludere la responsabilità in presenza di decorsi causali atipici. Suddette teorie sono quelle che ottengono il seguito maggiore presso dottrina e giurisprudenza, ma ne sussistono molte altre, quali la teoria della causalità umana, della sussunzione sotto leggi scientifiche.

della sua azione o omissione³⁵⁰. Inoltre, secondo l'art. 41 c.p. il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione o dall'omissione del colpevole, non escludono il rapporto di causalità tra queste e l'evento (primo comma). Le cause sopravvenute possono tuttavia escluderlo se sono da sole sufficienti a cagionare l'evento (secondo comma).

Partendo dall'idea secondo la quale bisognerebbe distinguere il danno ingiusto dal danno risarcibile, si sostiene che il profilo della causalità rilevarebbe 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.³⁵¹. La disposizione – letteralmente - 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

³⁵⁰ L'applicabilità delle disposizioni previste dal Codice penale per l'accertamento del nesso causale all'interno delle responsabilità civile pare assodata: così M. CAPECCHI, *Il nesso causalità*², Padova, 2005, p. 53; R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 271 s. Considera la disciplina sulla causalità ambigua ed insufficiente C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 223. Secondo l'A., non essendo il nesso di causalità disciplinato dal Codice Civile, dottrina e giurisprudenza hanno colmato la lacuna facendo ricorso alla disciplina dettata dagli artt. 40 e 41 c.p., ritenuti applicabili sulla base del presupposto secondo il quale il nesso causale avrebbe la medesima natura nel diritto penale e in quello civile. Così anche Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno Resp.*, 2008, p. 1011.

³⁵¹ Così M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*², cit., p. 19 ss. *Contra*: R. SCOGNAMIGLIO, voce "*Responsabilità civile*", in *Novis. Dig. it.*, 1968, vol. XV, p. 650, secondo il quale detta duplicazione sarebbe un artificio logico, fonte di equivoci. Così anche V. CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile, Agg. 1988 – 1996*, a cura di G. ALPA e M. BESSONE, 1997, Torino, p. 67. In senso parzialmente difforme si veda R. BORDON, *Il nesso di causalità*, Torino, 2006, p. 33, secondo il quale il problema che viene qualificato di causalità giuridica, regolato dall'art. 1223 c.c., non atterrebbe alla causalità, ma alla delimitazione del danno risarcibile. L'A. perciò non nega la distinzione tra i due momenti, ma semplicemente la natura causale dei problemi.

quelle conseguenze indirette e mediate che si presentano come effetti normali secondo il principio della regolarità causale³⁵².

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 prova. Inoltre, nelle ipotesi in cui gli illeciti vengano cagionati – come spesso volte accade qualora i soggetti danneggiati siano minori – mediante una condotta omissiva, l'accertamento del nesso causale presenta rilevanti particolarità³⁵³.

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 normativa³⁵⁴. L'accertamento del nesso

³⁵² In tal senso si veda: “Il danno non patrimoniale sofferto dai prossimi congiunti della vittima di lesioni colpose (c.d. danno morale riflesso) non può ritenersi irrisarcibile (per il combinato disposto degli art. 1223, 2056, 2059 c.c.) in quanto conseguenza mediata e indiretta del fatto lesivo, atteso che ai fini del sorgere dell'obbligazione di risarcimento dei danni da fatto illecito il nesso di causalità tra il fatto e l'evento lesivo può essere anche indiretto e mediato, purchè si presenti come effetto normale, secondo il principio della c.d. regolarità causale” (Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno Resp.*, 2000, p. 157). Così anche C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità civile*, cit. p. 130.

³⁵³ È opportuno verificare i rapporti tra la responsabilità per omissione e quella per inadempimento: la prima si basa sulla violazione di un obbligo giuridico di impedire un evento, fattispecie che potrebbe qualificarsi come inadempimento e, pertanto, può essere opportuno indagare le aree di potenziale sovrapposizione tra le due responsabilità e quindi procedere a delimitare l'area in cui la violazione di un obbligo giuridico dia luogo a responsabilità extracontrattuale per omissione e non ad inadempimento: così 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, p. 154.

³⁵⁴ L'omissione, in questa ottica, non sarebbe legata da un rapporto di causalità materiale con un evento dannoso. Il nesso causale non sarebbe esistente in natura, ma sarebbe una costruzione giuridica che trova la sua giustificazione nell'art. 40 c.p. e presuppone che il soggetto avesse un obbligo giuridico di agire, rimasto inadempito. La causalità è così solo normativa in quanto connessa alla violazione di un obbligo giuridico che impone di tenere il comportamento che è stato omissivo: a riguardo si rimanda a R. BORDON, *Il nesso di causalità*, cit., p. 171 ss. Sostenitori di detta teoria sono: ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, 1960, p. 156 ss.; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, 1991,

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 meno³⁵⁵. In tale ottica pare necessario ipotizzare, per esempio, cosa

Mulino, p. 154. In giurisprudenza si veda: “La causalità nel reato omissivo improprio non è una causalità reale, quale è quella nel rapporto azione-evento, ma una causalità ipotetica, sicché accertare l'esistenza del rapporto di causalità in questo reato significa esprimere non quel giudizio di certezza che è richiesto di norma dell'accertamento del nesso causale nei reati d'azione, ma quel giudizio secondo il quale l'azione doverosa, ove fosse stata compiuta, sarebbe stata idonea ad impedire l'evento con una probabilità vicina alla certezza” (Cass. pen., 31 ottobre 1991, in *Cass. pen.*, 1994, p.1204). Nello stesso senso Cass. Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 582, cit.

³⁵⁵ A riguardo si veda: “In caso di comportamento omissivo, l'accertamento della responsabilità e, in particolare, la verifica della sussistenza del nesso di causalità sono sottoposti a regole identiche a quelle applicabili in caso di comportamento commissivo, essendo i due tipi di comportamento strettamente connessi, dato che, nella condotta omissiva, nel violare le regole cautelari, il soggetto non sempre è assolutamente inerte, ma non infrequentemente pone in essere un comportamento diverso da quello dovuto, cioè da quello che sarebbe stato doveroso secondo le regole della comune prudenza, perizia, attenzione. L'unica distinzione attiene soltanto alla necessità, in caso di comportamento omissivo, di fare ricorso, per verificare la sussistenza del nesso di causalità, ad un giudizio controfattuale meramente ipotetico (dandosi per verificato il comportamento invece omesso), anziché fondato sui dati della realtà; infatti, nel caso di comportamento omissivo, è solo con riferimento alle regole cautelari inosservate che può formularsi un concreto rimprovero nei confronti del soggetto e verificarsi, con giudizio controfattuale ipotetico, la sussistenza del nesso di causalità” (Cass. pen., 15 novembre 2005, n. 3380, in *Guida al Diritto*, 2006, n. 31, p. 81). Detto passaggio nasconde delle insidie evidenti per il fatto che è agevole comprendere come, ancora in modo più evidente di quanto non avvenga in presenza di un illecito commissivo, non sia possibile arrivare ad un grado di certezza assoluta al di là di ogni ragionevole dubbio relativo al fatto che il danno si sarebbe veramente realizzato o meno in presenza di una condotta, ma solo di probabilità. Il richiedere di arrivare ad un grado di certezza priverebbe completamente il danneggiato della tutela, essendo praticamente impossibile arrivare a tale grado. Allo stesso modo eccessivamente gravoso per la posizione del danneggiante era l'atteggiamento giurisprudenziale altalenante che arrivava a limitarsi a richiedere la semplice possibilità. A livello di diritto penale è intervenuta a dirimere il contrasto della giurisprudenza la Suprema Corte con la famosa sentenza Franzese con la quale ha affermato che non è richiesta una certezza assoluta, né una mera possibilità, ma un'alta probabilità logica o credibilità razionale. In sede civile, la giurisprudenza si è presto distaccata da quanto emerso dalla decisione sopraccitata richiedendo una soglia più bassa: “I criteri di accertamento del nesso causale adottati dalla sentenza "Franzese" delle sezioni unite penali - alto grado di probabilità logica e di credibilità razionale - trovano applicazione nel solo diritto penale e nelle fattispecie omissive. Nelle ipotesi di responsabilità civile, soprattutto se si versa in casi di illecito (anche) commissivo, la verifica probabilistica può arrestarsi su soglie meno elevate di accertamento controfattuale” (Cass., 19 maggio 2006, n. 11755, in *Danno Resp.*, 2006, p. 1238). Le Sezioni Unite intervenute sul punto, rilevate le diverse finalità tra gli istituti, hanno affermato come mentre a livello penalistico si richiede la prova del nesso oltre il ragionevole dubbio, in ambito civilistico ci si accontenta del “più probabile che no” o della preponderanza dell'evidenza: così Cass. Sez. Un., 11

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 repute insolite e non darebbero dunque luogo a pretese risarcitorie³⁵⁶.

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

gennaio 2008, n. 584, in *Giur. It.*, 2008, p. 1115). Secondo L. NOCCO, *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica*, la *Cassazione civile fa retromarcia*, in *Danno resp.*, 2006, p. 1240, la pronuncia della Suprema Corte n. 7997 del 2005 avrebbe riportato alla sufficienza del ricorso ad un criterio di probabilità statistica.

³⁵⁶ In tal senso si vedano: M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 336; P. CENDON, *Il dolo (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)*, cit., p. 38; ID., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 44 ss. Così anche C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 230, secondo il quale quando l'imputazione è a titolo di dolo si reputa causato dal convenuto anche il danno eccezionale verificatosi a seguito di circostanze insolite rispetto alla condotta iniziale se risulta che il soggetto ha agito per produrlo o ha previsto l'esistenza di dette circostanze. Secondo P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 142, sarebbe la stessa analisi economica dell'istituto a spingere a porre un deterrente più forte qualora vi sia dolo: il dolo richiede all'agente, disposto ad una disutilità per arrecare una lesione, un uso positivo di risorse, quali il tempo, il denaro ecc. Per tale ragione non pare sufficiente addossargli solamente le conseguenze di tale lesione avendo questi già messo in conto le stesse. Solo il timore di un fardello maggiore potrebbe disincentivarlo. In molti casi, secondo l'A., l'esigenza di ampliare il *quantum* si radica nell'aspetto sanzionatorio della responsabilità civile. Secondo l'A., l'influenza che il dolo ha sul *quantum* apparirebbe anche per il fatto che consentirebbe al giudice di optare per il risarcimento in forma specifica piuttosto che per il risarcimento per equivalente, facendo venir meno le cautele che normalmente spingono a riconoscere invece il secondo rimedio, essendo il primo eccessivamente gravoso. Sull'influenza dell'elemento psicologico sul nesso causale si rimanda a C. MAIORCA, *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 567 ss.

nesso si interrompe – rendendo così le altre cause giuridicamente irrilevanti - quando interviene una causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare un evento³⁵⁷. 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 fatto³⁵⁸.

La soluzione a detta questione riveste un'importanza pratica notevole: basti pensare all'ipotesi del coniuge che trovandosi ad avere un ambiente domestico all'interno del quale subisce continue umiliazioni e mancanze di rispetto, ma altresì svolgendo un'attività lavorativa alle dipendenze di un datore di lavoro che lo tratta in modo sprezzante e offensivo, 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

³⁵⁷ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, cit., p. 133. In particolare si veda: “In presenza di un evento dannoso tutti gli antecedenti senza i quali esso non si sarebbe verificato debbono essere considerati come sue cause, abbiano essi agito in via diretta e prossima ovvero in via indiretta e remota: a questa regola fa eccezione il principio di causalità efficiente, di cui al capoverso dell'art. 41 c.p., secondo cui la causa, sempre che abbia le caratteristiche della prossimità o sopravvenienza rispetto alle altre cause e sia sufficiente da sola a determinare l'evento, esclude il nesso eziologico tra questo e le altre cause antecedenti, facendole scadere al rango di mere occasioni” (Cass, 7 ottobre 1987, n. 7467, in *Mass. Giur. It.*, 1987). Sul problema dell'interruzione del nesso causale si rimanda a U. BRECCIA, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Napoli, 1975, *passim*.

³⁵⁸ Così A. JANNARELLI, *La responsabilità civile*, in *Lineamenti di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Torino, 2002, p. 603. Si vedano: “Se la condotta della vittima si inserisce in una serie causale avviata da altri, concorrendo alla produzione dell'evento dannoso, il suo apporto non vale ad interrompere quella serie in quanto non è possibile distinguere fra cause mediate o immediate, dirette o indirette, precedenti o successive e si deve riconoscere a tutte la medesima efficacia; l'interruzione si verifica, invece, se la condotta della vittima, pur inserendosi nella serie causale già avviata, dia vita ad un'altra serie causale eccezionale ed atipica rispetto alla prima, idonea da sola a produrre l'evento dannoso, che sul piano giuridico assorbe ogni diversa serie causale e la riduce al ruolo di semplice occasione” (Cass. 22 ottobre 2003, n. 15789, in *I Contr.*, 2004, p. 821; Cass. 10 maggio 2000, n. 5962, in *Danno Resp.*, 2000, p. 1132; Cass. 8 novembre 2002, n. 15704, in *Gius.*, 2003, p. 586). Il criterio di individuazione del fatto interruttivo del nesso causale, che si risolve in criterio di imputazione del danno, è, pertanto, quello della tipicità ed eccezionalità della serie causale sopravvenuta (Cass., 6 aprile 2006, n. 809, in *Riv. giur. Polizia*, 2006, n. 6, p. 739). Sono reputati idonei ad interrompere il nesso causale il caso fortuito e la forza maggiore (C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 228).

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 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.

2.6. Il concorso di colpa del danneggiato (art. 1227 c.c.).

Anche la disciplina di cui all'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, deve essere presa in considerazione per il ruolo che potrebbe rivestire nel delicato contesto in esame. Nello specifico, al primo comma si riconosce 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 danno³⁵⁹. Detta previsione postula che il danneggiato con la sua condotta colposa abbia contribuito causalmente alla produzione dell'evento dannoso e

³⁵⁹ Per P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 118 s., per colpa si intende lo scarto oggettivo da un modello ideale di riferimento che deve essere apprezzato in base all'apporto causale da esso prestato al prodursi del danno. Detta disposizione normativa è applicabile anche se il danneggiato che ha tenuto una condotta contraria alla prudenza e alla diligenza è un soggetto incapace di intendere e di volere (*ex multis* Cass. 10 febbraio 2005, n. 704, in *Nuova giur. civ. Comm.*, 2006, pt. 1, p. 118). In questo modo si verifica un'attenuazione del ruolo della colpa in detta disposizione secondo M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 97.

risponde all'esigenza che il danno sia sopportato dal suo autore³⁶⁰. La condotta di quest'ultimo deve essere antecedente necessario alla causazione del danno³⁶¹, ma non idonea ad interrompere il nesso eziologico tra la condotta del danneggiante e il danno³⁶². 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 pregiudizio: basti pensare al caso emblematico deciso dal Tribunale di Monza³⁶³ che, chiamato a pronunciarsi su una domanda risarcitoria proposta da una madre verso il padre, che non facilitava l'instaurarsi di un rapporto tra questa e il figlio, per ottenere il risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti dalla lesione del suo diritto alla piena realizzazione del rapporto parentale, ha ritenuto sussistente un concorso di colpa. Sebbene il padre, affidatario della prole, avesse determinato la perdita di ogni rapporto tra madre e figlio mediante la sua condotta ostruzionistica, non dando mai nessun reale contributo positivo alla loro relazione ed esplicitando nei confronti del bambino la sua sfiducia verso la figura materna, tuttavia la donna con il suo comportamento, reputato inadeguato, aveva dato un contributo causale alla realizzazione del pregiudizio da lei patito³⁶⁴.

³⁶⁰ Così C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, 1967, Bologna-Roma, p. 335.

³⁶¹ Sebbene non siano mancate le pronunce secondo le quali il comportamento del danneggiato che concorre a causare il danno deve essere necessariamente un'azione (così Cass., 3 dicembre 2005, n. 27010, in *Danno resp.*, 2006, p. 1199), pare preferibile riconoscere che anche mediante una condotta omissiva il danneggiato possa concorrere a cagionare il danno, in conformità a quanto affermato dall'art. 40 c.p., norma fondamentale in tema di causalità, che equipara le omissioni alle azioni, purchè sussista un obbligo giuridico di fare, (così P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 118; M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., pag. 96; A.P. BENEDETTI, *Guidatore ebbro e concorso di colpa del trasportato – danneggiato*, in *Danno resp.*, 2006, p. 1200 ss.).

³⁶² Così Cass. 27 marzo 2007, n. 7403, in *Resp. civ.*, 2008, p. 31.

³⁶³ Trib. Monza, 5 novembre 2004, in *Fam., pers. succ.*, 2005, p. 414.

³⁶⁴ In particolare il Tribunale di Monza ha ridotto l'ammontare del risarcimento dei danni che il padre avrebbe dovuto corrispondere alla madre, tenendo conto della condotta tenuta da quest'ultima: entrambe le figure genitoriali presentavano un atteggiamento conflittuale ed erano reputate inadeguate ad affrontare i gravi problemi derivati al figlio dalla separazione (Trib. Monza, 5 novembre 2004, cit., p. 414 ss.).

Altrettanto interessante è il secondo comma dell'art. 1227 c.c. che esclude la risarcibilità di quei pregiudizi che il creditore avrebbe potuto evitare utilizzando l'ordinaria diligenza³⁶⁵. In questo caso vengono in rilievo i comportamenti del danneggiato tenuti posteriormente al verificarsi dell'evento lesivo che in nessun modo hanno inciso sul nesso causale tra la condotta dell'agente e l'evento dannoso (avendo tuttalpiù operato – secondo quanto ritenuto da taluni – solamente sul nesso di causalità giuridica)³⁶⁶. Il danneggiato, in questo caso, pur essendo estraneo alla produzione dell'evento, eziologicamente imputabile al solo danneggiante, ha omissis - circostanza la cui prova dovrà essere fornita dal danneggiante - la diligenza necessaria a circoscriverne le conseguenze negative³⁶⁷. Detta ipotesi pertanto diverge sia da quella in cui il danneggiato ha con il suo comportamento interrotto il nesso causale tra danno e condotta del terzo, rappresentando così unica causa dell'evento, sia dall'ipotesi nella quale il danneggiato ha con la sua condotta contribuito alla realizzazione dell'evento dannoso.

La diligenza in concreto esigibile da parte del danneggiato è 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 straordinarie³⁶⁸. Tali vengono reputate quelle

³⁶⁵ A riguardo si rimanda a C. ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Padova, 1990, *passim*.

³⁶⁶ Così M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 94; ID., *Il danno risarcibile*, in *Tratt. della responsabilità civile*, Milano, 2004, p. 23 ss.

³⁶⁷ In tal senso Cass. 6 giugno 2007, n. 13242, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce "Danni civili", n. 208. Così Cass. 4 maggio 1990, n. 3729, in *Corr. Giur.*, 1990, p. 717.

³⁶⁸ Per quanto concerne la determinazione della diligenza esigibile si vedano: "Si intendono comprese nell'ambito dell'ordinaria diligenza di cui al secondo comma dell'art. 1227 c.c. solo quelle attività che non siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi e sacrifici" (Cass. 5 luglio 2007, n. 15231, in *Rep. Foro it.*, voce "Danni civili", 2007, n. 205). Si richiede al danneggiato non solo una condotta di astensione volta a non aggravare con il proprio comportamento il pregiudizio già verificatosi ma gli si impone altresì, secondo i principi generali di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c., una condotta positiva diretta a limitare le conseguenze dannose del comportamento del debitore, intendendosi invece escluse dall'ambito dell'ordinaria diligenza all'uopo richiesta al debitore solo quelle attività che siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici" (così Cass. 20 marzo 2005, n. 6735, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce "Danni civili", n. 18). C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, p. 360 s., sottolinea come non possa trattarsi della

che implicano un esborso apprezzabile di denaro, l'assunzione di rischi e la sopportazione di apprezzabili sacrifici³⁶⁹.

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 positivamente³⁷⁰, 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.

Con la precisazione che sarebbe comunque necessario valutare le particolarità del singolo caso concreto, si potrebbe considerare condotta esigibile da parte del coniuge danneggiato la scelta di interrompere la convivenza per evitare il protrarsi dei comportamenti pregiudizievoli tenuti dalla controparte. La soluzione non appare infatti gravosa, eccezionale o tale da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici: nè è ormai possibile reputare che implichi effetti negativi per il discredito sociale che ne potrebbe derivare, dal momento che nella società attuale detti accadimenti sono piuttosto frequenti³⁷¹. La prosecuzione del rapporto, in tale ottica, potrebbe essere considerata comportamento contrario alla diligenza ordinaria,

diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176 c.c., trattandosi di una disposizione che regola la diligenza richiesta al debitore per l'adempimento della prestazione. Pretendere dal creditore la stessa diligenza comporterebbe il far sì che questi venga ad assumere la posizione di obbligato all'interno dello stesso rapporto obbligatorio. Detta costruzione sarebbe inaccettabile in quanto eleverebbe l'interesse di salvaguardia del debitore al grado di interesse creditorio e quindi snaturerebbe la struttura di un rapporto che ha ragione di essere in quanto volto a realizzare l'interesse del soggetto attivo a ricevere la prestazione. Per tale ragione al creditore può farsi carico di non aver evitato il danno, ma solo se l'avrebbe potuto evitare senza un apprezzabile sacrificio. Per riflessioni generali su cosa si debba intendere per diligenza si rimanda a: S. RODOTÀ, voce "*Diligenza (dir. civ.)*", in *Enc. dir.*, Milano, 1964, vol. XII; A. RAVAZZONI, voce "*Diligenza*", in *Enc. giur.*, Roma, vol. XI, p. 1 ss.

³⁶⁹ Così: Cass. 22 agosto 2003, n. 12352, in *Mass. Giur. It.*, 2003; Cass. Sez. lav., 11 maggio 2005, n. 9898, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

³⁷⁰ Si rimanda a A. RAVAZZONI, voce "*Diligenza*", cit., p. 5.

³⁷¹ In tal senso si veda P. CENDON e G. SEBASTIO, *La crisi dell'immunity rule nei torti in famiglia*, cit., p. 2771, secondo i quali nel caso di torti destinati a protrarsi nel tempo, il coniuge che decide di rimanere accanto al coniuge "cattivo", si precluderà, sostanzialmente ex art. 1227 c.c., la possibilità di far valere i danni subiti da un certo momento in poi.

idoneo a far incorrere il danneggiante nelle conseguenze previste dal secondo comma dell'art. 1227 c.c. Una diversa valutazione si potrebbe operare considerando contesti sociali e culturali più chiusi e retrogradi oppure qualora il danneggiato si trovi in una condizione economica così precaria da far considerare la condizione attuale un male minore³⁷².

A riguardo si può richiamare la pronuncia del Tribunale di Milano³⁷³ in cui si è ritenuto addirittura che la moglie, la quale scoperta la totale carenza di mascolinità – taciutale prima del matrimonio - e il totale disinteresse sessuale del marito verso di lei, aveva deciso di non interrompere la convivenza, ma anzi di prostrarla per altri 20 anni, nonostante tali “disfunzioni” le avessero già prodotto pesanti turbe psichiche (quali la frustrazione del suo desiderio di diventare madre, nonché di avere un rapporto di coppia normale), avesse addirittura con la sua condotta dato origine al danno lamentato, non ascrivibile invece in alcun modo alla condotta del marito: secondo il giudicante nulla avrebbe impedito alla moglie di interrompere la convivenza. La scelta di non reagire ha prodotto pesanti conseguenze, che la donna non può che imputare a se stessa³⁷⁴. La condotta della moglie avrebbe dato vita, in quest’ottica, a una serie causale del tutto autonoma rispetto all’evento dannoso, che pertanto non sarebbe eziologicamente legato alla condotta del marito.

Nel caso della relazione genitori - figli, non si potrebbe certo pretendere che un minore interrompa la convivenza con il genitore per

³⁷² In tal senso si rimanda a Trib. Venezia, 18 aprile 2006, in *Fam. dir.*, 2007, p. 932. Nel caso di specie, infatti, il Tribunale, chiamato a pronunciarsi su una richiesta risarcitoria avanzata da un figlio ventiseienne nei confronti del padre che non solo non l’aveva mai riconosciuto, ma non aveva neppure provveduto a prendersi cura di lui, ha ritenuto, per quanto concerne la richiesta di risarcimento dei danni non patrimoniali, che la tardività dell’azione giudiziale non poteva determinare un concorso di colpa, come era invece stato sostenuto da parte convenuta. Il giudicante ha infatti ritenuto che detti pregiudizi si fossero già realizzati nei primi anni di vita: nei primi diciotto la pretesa non era in concreto azionabile e nei successivi il danneggiato non poteva agire per le condizioni ambientali in cui si trovava. Diversamente il Tribunale ha ritenuto sussistente un concorso di colpa nel cagionare i danni patrimoniali.

³⁷³ Trib. di Milano, 10 febbraio 1999, in *Fam. dir.*, 2001, p. 185 ss.

³⁷⁴ Trib. di Milano, 10 febbraio 1999, cit., p. 185 ss. Detta soluzione è condivisa da M. BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 205.

evitare di subire ulteriori pregiudizi derivanti dalla condotta di quest'ultimo in quanto sarebbe richiedere uno sforzo sicuramente superiore a quello esigibile rispetto alla relazione tra coniugi, trattandosi di un soggetto debole che, in quanto sottoposto alla potestà genitoriale e privo dei mezzi economici necessari, non è libero di andarsene; e che, trovandosi in una condizione nella quale deve ancora completare quell'importante processo di crescita psicofisico e affettivo, necessario per poter raggiungere una condizione di "indipendenza" dagli adulti, non ha alternativa al subire.

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 diritto, 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 tempo³⁷⁵. La soluzione tuttavia richiede opportune precisazioni, poichè in molti ambiti l'intraprendere un'azione giudiziale sembrerebbe – in realtà – esorbitare rispetto all'ordinaria diligenza³⁷⁶, tenuto conto non solo del

³⁷⁵ In tal senso: "In tema di risarcimento del danno nei rapporti obbligatori, nella nozione di ordinaria diligenza del creditore di cui all'art. 1227, 2° comma, c.c., rientra anche il tempestivo esercizio del proprio diritto, ossia l'esercizio non differito fino al limite del termine di prescrizione, qualora il trascorrere del tempo possa determinare un incremento del danno; ne consegue che, con riferimento alla disciplina del collocamento obbligatorio, il danno subito dall'invalido, o da altro soggetto appartenente alle categorie protette avviato al lavoro ai sensi della l. 2 aprile 1968 n. 482, a causa dell'ingiustificato rifiuto di assunzione opposto dall'imprenditore, e corrispondente alle retribuzioni non percepite, non è risarcibile, ai sensi dell'art. 1227, 2° comma, c.c., nella misura in cui il danneggiato abbia trascurato di attivarsi per evitarlo, mostrando una negligenza di cui possono essere sintomi, complessivamente considerati, la mancata reinscrizione nelle liste di collocamento e l'aver lasciato trascorrere alcuni anni tra il suddetto rifiuto e l'azione giudiziaria intesa alla realizzazione del diritto all'assunzione ed al risarcimento; in tal caso la misura del danno risarcibile può essere determinata, eventualmente per sottrazione, in via equitativa ex art. 1226 c.c." (Cass., sez. lav., 26 novembre 1994, n. 10072, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce "Danni civili", n. 88). Si veda anche 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. Si veda anche Cass. Sez. lav., 11 maggio 2005, n. 9898, cit., secondo la quale il mancato esperimento dell'azione giudiziale sarebbe contrario al dovere di diligenza poichè i costi e i rischi insiti all'interno dell'iniziativa giudiziale sussistono a prescindere dal fatto che l'azione venga tempestivamente proposta o meno.

³⁷⁶ In tal senso: "L'ordinaria diligenza richiesta al creditore per evitare i danni conseguenti all'inadempimento del debitore non comprende l'esplicazione di

costo, ma anche dello stress che potrebbe comportare, nonché del rischio di avviare una lite che potrebbe durare per anni, con lo spettro di vedersi poi respinte le pretese e subire una condanna alle spese³⁷⁷. 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* - ad esempio, la dichiarazione giudiziale di paternità - che, oltre a non comportare processi di lunga durata, non determinano neppure particolari rischi circa il risultato³⁷⁸.

Allo stesso modo non pare implicare uno sforzo superiore rispetto a quello imposto dal rispetto della diligenza ordinaria la proposizione di un'istanza al giudice. Pertanto, il genitore non affidatario che, di fronte agli ostacoli frapposti dall'altro negli incontri con il figlio, non adisca le vie giudiziali o stragiudiziali, non potrà ottenere il ristoro per il pregiudizio derivante dalla compromissione del suo rapporto con il bambino, in quanto ben avrebbe potuto evitarlo con un comportamento diligente.

attività gravose o straordinarie quali promuovere un'azione giudiziale o dar corso a procedura esecutiva" (Cass., 14 gennaio 1992, n. 320, in *Giur. It.*, 1993, pt. I, c. 156); "Il principio, stabilito dall'art. 1227, 2° comma, c.c., secondo cui «il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza», non può intendersi riferito anche alla sollecitudine nell'agire a tutela del proprio credito; non può ritenersi quindi che il debitore possa pretendere una riduzione del danno da risarcire in ragione della durata per la quale il creditore ha atteso lo spontaneo adempimento prima di agire in giudizio, atteso che la regola dell'art. 1227, 2° comma, c.c. tende ad imporre comportamenti atti a prevenire ulteriori danni facilmente evitabili e non obbliga ad intentare rapide azioni giudiziarie contro il debitore" (Cons. giust. amm., sez. giurisdiz., 8 maggio 2002, n. 267, in *Giust. amm.*, 2002, p. 609). Si veda a riguardo anche C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, cit., p. 148.

³⁷⁷ Di tale avviso M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 23 ss., secondo il quale l'attività che si richiede al danneggiato non deve essere straordinaria, abnorme e particolarmente onerosa e pertanto non si estende fino al punto di obbligare il soggetto ad iniziare giudizi che comportano rischi di soccombenza e spese. Si vedano anche Cass. 15 gennaio 1970, n. 81, in *Mass. Foro it.*, 1970; Cass. Sez. Un., 16 marzo 1970, n. 680, in *Giurt. Civ.*, 1971, pt. I, p. 154.

³⁷⁸ Di questo avviso - come si vedrà parlando di prescrizione dell'azione - G. FACCI, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri coniugali*, cit., p. 216 ss.

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.

3. La prova del danno.

Superata la c.d. "*Differenztheorie*", la nozione di danno quale depauperamento del patrimonio, è tuttora oggetto di dibattito³⁷⁹. 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 evento³⁸⁰ – avvallata da Carnelutti e dalla nota sentenza Dell'Andro -, in base alla quale l'obbligo risarcitorio sussisterebbe in presenza di un evento dannoso, senza la necessità che dallo stesso siano derivate

³⁷⁹ Riguardo alla nozione di danno si rimanda a: M.V. DE GIORGI, voce "*Il danno: I*", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1988, vol. X. Critica la tesi che identificava il danno con la diminuzione del patrimonio R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 469 ss.

³⁸⁰ A favore di detta teoria F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, p. 12 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, p. 23; 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. Il *quantum* da risarcire verrà determinato in tale caso con valutazione equitativa rimessa al prudente apprezzamento del giudice. A favore della teoria del danno evento anche Cass. Sez. Un. 21 febbraio 2002, n. 2515, in *Corr. giur.*, 2002, p. 464, nota come "caso Seveso".

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 danneggiato³⁸¹. Accolta la teoria del danno conseguenza³⁸², il danno risarcibile viene rappresentato dalle conseguenze della lesione dell'interesse³⁸³, l'esistenza delle quali deve

³⁸¹ Criticano la teoria del danno evento P. CENDON e P. ZIVIZ, voce “*Danno: X*”, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 2002, vol. X, p. 2 ss., poiché questa, nel rinunciare alla distinzione tra la nozione di danno e la nozione di illecito, sancisce un allargamento ingovernabile dei confini della responsabilità civile. Una limitazione efficace a riguardo non potrebbe essere ottenuta neppure tramite il riferimento alla rilevanza costituzionale dell'interesse leso. Gli A. non condividono la riconduzione del danno esistenziale all'interno della categoria del danno evento dal momento che la sussistenza del pregiudizio, nel sovrapporsi con la lesione dell'interesse giuridicamente protetto, diviene qualcosa di automatico ed il suo riconoscimento finisce per prescindere da qualsiasi indagine circa i riflessi negativi risentiti in concreto dalla vittima. Pertanto, anche il danno esistenziale andrebbe letto in ottica prettamente consequenzialistica.

³⁸² Di questo avviso: G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, pt. I, c. 151; G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 393.

³⁸³ 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), secondo le quali il nuovo danno non patrimoniale andrebbe ricondotto all'interno della categoria dei danni conseguenza, dovendo sempre essere allegato e provato, non essendo configurabile un danno in *re ipsa*, senza che, peraltro, sia precluso il ricorso a valutazioni prognostiche ed a presunzioni. Si veda anche: “Il danno non patrimoniale, costituendo pur sempre un danno conseguenza, deve essere specificamente allegato e provato ai fini risarcitori, non potendo mai considerarsi “*in re ipsa*” (Cass. 8 ottobre 2008, n. 20987, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, pt. I p. 289). In tal senso: Cass. civ., 16 ottobre 2008, n. 25250, in *Danno resp.*, 2009, p. 97; App. Bologna 16 maggio 2006, in *Resp. Civ.*, 2006, p. 856. Così anche: “In tema di risarcimento del danno da responsabilità aquiliana (sia esso patrimoniale che non patrimoniale) occorre che sia provata l'esistenza di questo danno di cui si chiede il risarcimento, non potendo ritenersi che il danno sia in *re ipsa*, cioè coincida con l'evento, poiché il danno risarcibile è pur sempre un danno, conseguenza anche nella responsabilità aquiliana e non coincide con l'evento, che è invece un elemento del fatto, produttivo del danno” (Cass. 13 febbraio 2007, n. 3086, in *Giudice di pace*, 2008, p. 113). Si veda anche Trib. Trani, 27 settembre 2007, cit., p. 565, secondo il quale non sarebbe possibile risarcirsi un danno che prescinda completamente dalla prospettazione e dimostrazione di qualche conseguenza negativa in capo alla vittima. Un discorso a parte dovrebbe venir effettuato per quanto concerne il danno morale che secondo parte della dottrina e della giurisprudenza sarebbe in *re ipsa*, essendo immanente all'evento lesivo (così M. LIGUORI, *Il danno morale del terzo millennio: storia, evoluzione e prospettive*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 559). In tal senso si vedano: Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2002, n. 2515, in *Giur. it.*, 2003, p. 691; Cass. 30 ottobre 2007, n. 22884, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 80; Cass. 8 ottobre 2007, n. 20987, in *Giust. civ. Mass.*, n. 10. Le sentenze del 2003 avrebbero determinato la morte del danno evento secondo M. BONA, *La morte del danno- evento*, in *Foro it.*, 2004, c. 782. Per l'A., infatti, tale figura sarebbe attualmente anacronistica rispetto agli strumenti ora a disposizione di operatori e interpreti. All'evento danno di natura schiettamente valutativa, dovrebbe seguire necessariamente

sempre essere provata, non potendo queste ritenersi sussistenti *in re ipsa*³⁸⁴: 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 derivare³⁸⁵.

A proposito va ricordata la nota sentenza della n. 7713 del 2000³⁸⁶, – che ha condannato al risarcimento dei danni un padre che si era sempre disinteressato della figlia - nella quale la Suprema Corte aveva affermato che la lesione dei diritti di rilevanza costituzionale della persona comporta l'applicazione del rimedio risarcitorio per il fatto in sé della lesione, facendo rientrare in questo modo il danno, qualificato espressamente come esistenziale, all'interno della categoria del danno evento³⁸⁷. Anche la Corte di Appello di Milano con sentenza del 12 aprile 2006, chiamata a pronunciarsi sulla domanda proposta da un marito nei confronti della moglie che l'aveva indotto a concludere il matrimonio con l'inganno sulla reale paternità del figlio, al fine di ottenere il ristoro del danno da perdita della qualità di padre e del danno esistenziale patito per il fatto che la donna - venendo meno ai suoi doveri di lealtà nei confronti del futuro coniuge - aveva inciso sulla sua libera scelta e determinazione, ha negato la

l'accertamento di un danno-conseguenza di tipo naturalistico, rimanendo escluso che si possa sostenere la sussistenza del danno-evento.

³⁸⁴ Forti critiche alla possibilità di reputare il danno non patrimoniale sussistente *in re ipsa* sono state manifestate da Corte Cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in *Resp. civ. prev.*, 1995, p. 281.

³⁸⁵ Così: “Il danno non patrimoniale, non identificandosi con l'evento illecito, ma costituendone una conseguenza, va sempre allegato e provato, anche nel giudizio di equità davanti al giudice di pace” (Cass. 24 ottobre 2003, n. 16004, in *Foro it.*, 2004, pt. I, c. 782).

³⁸⁶ Cass., 7 giugno 2000, cit., p. 159.

³⁸⁷ Critica fortemente la pronuncia in esame A. D'ADDA, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, in *Foro it.*, 2001, pt. I, c. 200, per il fatto che vi è stata una condanna al risarcimento del danno esistenziale in presenza di una semplice lesione degli interessi del figlio, senza che sussistesse alcun pregiudizio in capo a quest'ultimo: il padre, infatti, seppur in ritardo aveva corrisposto quanto da lui dovuto a titolo di mantenimento e comunque il figlio era sempre stato mantenuto dalla madre e non aveva patito conseguenze particolari dal punto di vista affettivo e relazionale. Si sarebbe dunque risarcito un danno inesistente.

sussistenza del primo tipo di danno in quanto non provato, ed ha invece condannato al risarcimento del secondo, reputando tale tipologia di danno sussistente *in re ipsa*³⁸⁸.

Intendere il danno suscettibile di risarcimento come la violazione dell'interesse in sé e per sé considerata dà luogo a inconvenienti di non scarsa rilevanza, quale uno sproporzionato allargamento dei confini del danno risarcibile³⁸⁹, nonché il rischio di una *overcompensation*³⁹⁰.

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 considerata³⁹¹, tanto che non è mancato chi ha addirittura ritenuto che in questo modo la misura celasse in realtà una vera e propria pena privata³⁹².

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

³⁸⁸ Corte App. Milano, 12 aprile 2006, cit., p. 510.

³⁸⁹ A riguardo si rimanda a G. DE MARZO, *La Cassazione e il danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 873, il quale critica il fatto che in questo caso non si sia proceduto a scrutinare, seppure per via di presunzioni, il profilo del danno poiché così facendo si vengono a incitare pretese pretestuose.

³⁹⁰ A riguardo si rimanda a M. BONA, *La morte del danno evento*, cit., c. 786. Secondo l'A. per recuperare linearità e selettività al sistema è necessario eliminare la discussa categoria del danno evento come danno in sé e per sé risarcibile e ricondurre il sistema alla bipolarità. Inoltre si deve ribadire la regola per cui all'evento di danno, di natura schiettamente valutativa, deve seguire l'accertamento di un danno conseguenza di tipo naturalistico che va sempre allegato e provato, senza che si possa ritenere la sussistenza di danni evento in sé e per sé risarcibili o comunque di danni che conseguano automaticamente all'illecito.

³⁹¹ Di tale avviso G. FACCI, *L'illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 521 ss. Per l'A. l'unico caso in cui si ammette l'esistenza di un risarcimento del danno non patrimoniale *in re ipsa* è rappresentato dalla fattispecie di cui all'art. 2, comma I, l. n. 89 del 24 marzo 2001, la quale, tuttavia, ha natura indennitaria e non risarcitoria.

³⁹² In tal senso G. PONZANELLI, *Il danno esistenziale "arriva" in Cassazione*. *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno resp.*, 2000, p. 842, secondo il quale il riconoscimento del danno esistenziale come danno evento, porta ad escludere una qualsivoglia funzione intrinsecamente riparatoria e conduce a sanzionare civilmente un comportamento che ha leso un diritto costituzionalmente garantito, rappresentando una vera e propria pena privata.

dell'offeso e non la mera violazione di un diritto avverso la quale sicuramente vi sono altri strumenti, quali l'azione inibitoria³⁹³.

A riguardo sono intervenute anche le Sezioni Unite della Suprema Corte nel 2006³⁹⁴ che - nel negare l'ammissibilità di un danno non patrimoniale *in re ipsa* nel caso di demansionamento del lavoratore - 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 appartiene alla tradizione del danno alla persona³⁹⁵.

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 sorgere. Esaustiva in tal senso è una pronuncia del Tribunale di Prato (sentenza 2 dicembre 2008) che ha rigettato le richieste di risarcimento avanzate da una moglie contro il marito in quanto sfordite di prova³⁹⁶.

³⁹³ Così A. D'ADDA, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, cit., c. 200.

³⁹⁴ Cass. Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Dir. giust.*, 2006, n. 17, p. 12 ss. Così anche Cass. 12 giugno 2006 n. 13546, in *Guida al dir.*, 2006, f. 30, p. 41 ss.

³⁹⁵ Di questo avviso M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 10.

³⁹⁶ Trib. Prato, 2 dicembre 2008, in *Pers. fam. succ.*, 2009, p. 215. Dalla lettura della sentenza non è agevole comprendere quale fosse stata la richiesta formulata dalla moglie, ma sembrerebbe essersi trattato di una domanda di risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti dal comportamento sprezzante e lesivo della dignità tenuto dal marito nel corso degli anni. Pur essendo detti atteggiamenti stati confermati dalle risultanze degli esami testimoniali, il giudicante ha rigettato le pretese in quanto i danni conseguenti a detti comportamenti non sarebbero stati debitamente provati. Critico a riguardo è S. GRASSI, *Separazione con addebito e risarcimento del danno*, in *Pers. fam. succ.*, 2009, p. 218, secondo il quale il giudicante avrebbe dovuto ritenere detti danni sussistenti *in re ipsa* una volta provati i comportamenti tenuti dal marito rientranti all'interno della categoria del *mobbing* familiare.

4. Il *quantum*.

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 danni³⁹⁷.

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 – entro certi limiti – 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 sopportare³⁹⁸. Detta soluzione, secondo taluni, non autorizzerebbe una condanna oltre la misura delle perdite sofferte - contrastante con il principio dell'integrale riparazione - ma permetterebbe anzi di ripristinare detto principio³⁹⁹. Il maggior ammontare della riparazione trova, in tale

³⁹⁷ A riguardo si rimanda a M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 160, secondo il quale il dolo e la colpa sarebbero infatti indifferenti ai fini del risarcimento dato che questo dipende solamente dall'entità del danno risarcibile, tranne che nelle ipotesi in cui il risarcimento avviene in via equitativa dove la presenza del dolo potrebbe indurre il giudice a una quantificazione più elevata, con un allentamento del rigore della teoria differenziale del danno.

³⁹⁸ Di questo avviso P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 21. *Contra* V. CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, cit., p. 197 ss., secondo il quale la gravità o meno dell'elemento soggettivo o comunque l'entità dell'elemento soggettivo non rileverebbe ai fini della quantificazione del risarcimento: l'obbligo risarcitorio si commisura infatti allo scopo di riportare il danneggiato, per quanto possibile, allo stato *quo ante* e non certo quello di punire chi ha commesso il preteso illecito.

³⁹⁹ Se, infatti, il soggetto ha agito con colpa il risarcimento è dovuto in una misura ridotta perché lo si tiene indenne dagli incerti e più lontani derivati dalla sua attività per non ridurre eccessivamente la sua libertà: così P. CENDON, *Il dolo*

ottica, la sua origine proprio nella maggiore entità delle conseguenze dannose derivanti da una condotta dolosa piuttosto che colposa⁴⁰⁰.

Inoltre, posto che i danni cagionati da un familiare sono, nella maggior parte dei casi, non patrimoniali⁴⁰¹ – categoria per la quale non è, in generale, possibile fornire la prova del concreto ammontare - il *quantum* da risarcire verrà determinato dal giudice secondo equità, sulla base del combinato disposto degli artt. 2056 c.c. e 1226 c.c.⁴⁰²: tra gli elementi che influiscono in tale giudizio vi è anche il dolo che, come già osservato, molto spesso è sussistente nelle fattispecie in esame⁴⁰³. Nel tentativo di agevolare il giudice nell'opera di quantificazione, così da consentire una sorta di uniformità di giudizio, sia all'interno dell'ordinamento italiano, sia in quello spagnolo, ai fini

nella responsabilità extracontrattuale, cit., p. 324 ss., secondo il quale non si sarebbe dunque di fronte ad un inopinato arricchimento dell'offeso, da spiegarsi con istanze correttive, quanto ad un semplice ripristino del principio del risarcimento integrale: la maliziosità del contegno lesivo ha spento infatti l'esigenza che, per il caso di colpa, giustificherebbe lo scarto tra i due termini.

⁴⁰⁰ In tal senso, P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 82 e p. 264 s. Anche detta soluzione potrebbe nascondere un'ottica sanzionatoria che, tuttavia, lungi dal rappresentare un limite alla tutela del danneggiato, ne permetterebbe una più ampia tutela: se l'illecito è posto in essere con dolo verrebbero infatti risarcite anche le conseguenze indirette che altrimenti rimarrebbero a carico del danneggiato.

⁴⁰¹ La risarcibilità di detti pregiudizi è sempre stata oggetto di dibattito, nonché valutata con cautela dovuta, in particolare, alla circostanza che si va ad attribuire una somma di denaro ad un soggetto per un pregiudizio che si sottrae ad una valutazione economica e dunque la cui quantificazione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice, avente in considerazione una finalità soddisfattoria: in tal senso si rimanda a A. JANNARELLI, *La responsabilità civile*, cit., p. 618.

⁴⁰² Detta incertezza deve riguardare il preciso ammontare del danno, ma non la sua esistenza che invece deve essere certa: così C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, cit., p. 165.

⁴⁰³ Di tale avviso: P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 21; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996; P. CENDON e L. GAUDINO, *Il dolo*, cit., p. 91; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, p. 310; R. SCOGNAMIGLIO, voce "*Risarcimento del danno*", cit., Torino, 1969, p. 13. A riguardo si veda: "[...] Ciò premesso, tenuto conto della durata dell'inadempimento, dell'assenza di ragionevole motivazione alcuna e dell'intensità del dolo, il Tribunale, anche in via equitativa, liquida il danno morale nella somma di [...]" (Trib. di Venezia, 30 giugno 2004, in *Danno resp.*, 2005, p. 548); "[...] essendo inevitabile una valutazione equitativa del danno (art. 2056 c.c.) con riferimento sia alle conseguenze patrimoniali, che a quelle derivanti dalla lesione di un bene di rilevanza costituzionale (bene alla cui protezione mirano anche le norme positive concernenti i doveri verso i figli), tenuto conto del periodo di riferimento (dal maggio 1997 alla domanda giudiziale, quanto ai profili patrimoniali, e da quella stessa data a oggi, quanto al pregiudizio non patrimoniale) e dell'addebito a titolo di dolo, ritiene il collegio di determinare all'attualità (...) il pregiudizio economico sofferto dalla minore [...]" (Trib. Bologna, 30 luglio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 491).

della determinazione dell'ammontare del danno non patrimoniale si fa riferimento - spesse volte - al *quantum* che sarebbe stato liquidato nelle ipotesi di morte del coniuge o del figlio per le quali i diversi Tribunali hanno elaborato delle tabelle orientative.

In proposito, il Tribunale di Trento (22 giugno 2007⁴⁰⁴) - pronunciando sia l'addebito della separazione al marito, che aveva trovato in Malesia un'amante e aveva avuto da quest'ultima due figli, sia la condanna dello stesso al risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti dal suo comportamento lesivo, non solo del dovere di fedeltà, ma altresì della dignità della moglie - per determinare il *quantum* da risarcire ha fatto riferimento a quella che sarebbe stata la somma dovuta nell'ipotesi di morte del coniuge. Allo stesso modo, la giurisprudenza spagnola nel determinare l'ammontare del danno da liquidare al presunto padre in seguito alla scoperta che i figli, creduti per anni suoi, erano in realtà frutto di una relazione adulterina della moglie, aveva equiparato detto pregiudizio al danno che avrebbe patito se qualcuno avesse ucciso i suoi figli e aveva liquidato quella stessa somma⁴⁰⁵.

Sempre secondo equità verrà determinato anche l'ammontare del danno da perdita di *chance*, spesse volte riconosciuto nelle fattispecie oggetto della presente ricerca⁴⁰⁶: tra i criteri utilizzati per svolgere

⁴⁰⁴ Trib. Trento 22 giugno 2006, in *Resp. civ.*, 2009, p. 378 ss.

⁴⁰⁵ In tal senso AP Valencia, 5 settembre 2007 n. 466, in *JUR/2007/340366*, e in www.westlaw.es; AP Valencia 2 novembre 2004 n. 597, in *AC/2004/1994*, e in www.westlaw.es.

⁴⁰⁶ Controversa è la sua natura in quanto secondo taluni sarebbe ascrivibile al lucro cessante: in tal senso F. MALZANI, *La natura e la prova del danno da perdita di chance*, in *Danno resp.*, 2008, p. 781, che reputa detto pregiudizio un lucro cessante derivante da una probabilità non trascurabile di conseguire un risultato utile. Anche secondo M. TESCARO, *Il danno da perdita di chance*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 552, si tratterebbe di un lucro cessante, in quanto la *chance* stessa non rappresenterebbe di per sé un'utilità autonomamente valutabile a prescindere dai vantaggi futuri ai quali preclude. In tal senso: "L'accoglimento della domanda di risarcimento del danno da lucro cessante o da perdita di "chance" esige la prova, anche presuntiva, dell'esistenza di elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità e non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile" (Cass., 19 febbraio 2009, n. 4052, in *Mass. Giur. It.*, 2009). In tale ottica la liquidazione secondo equità avverrebbe nel rispetto di quanto previsto dall'art. 2056, secondo comma, c.c. Diversamente, secondo M. FRANZONI, *La chance nella casistica recente*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 446, si tratterebbe di un danno emergente in quanto con esso si vuole riparare l'occasione perduta e non il mancato risultato

tale operazione entrerà, in particolare, in gioco il calcolo probabilistico circa la possibilità del realizzarsi di un “risultato utile”⁴⁰⁷.

Infine, nella quantificazione del danno – secondo taluni – 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 famiglia⁴⁰⁸.

5. I danni risarcibili⁴⁰⁹.

Come già ricordato, 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 categoria⁴¹⁰. Questi ultimi, in seguito alle pronunce del 2003⁴¹¹, sono stati nuovamente

conseguito. In tal senso anche Trib. Venezia 18 aprile 2006, cit., p. 580, secondo il quale sarebbe una componente del danno emergente, intesa quale danno futuro che consiste nella perdita concreta e attuale possibilità di conseguire un determinato risultato favorevole. A riguardo si R. PUCCELLA, *La causalità “incerta”*, cit., p. 81 ss.

⁴⁰⁷ Secondo F. MALZANI, *La natura e la prova del danno da perdita di chance*, in *Danno resp.*, 2008, p. 781, l’ammontare può solo commisurarsi, ma non identificarsi nella perdita dei vantaggi non conseguiti, in ragione della possibilità di conseguirli.

⁴⁰⁸ C. FAVILLI, *I danni da illecito endofamiliare*, in *I danni non patrimoniali*, a cura di E. NAVARRETTA, 2004, p. 373.

⁴⁰⁹ Per un’analisi delle diverse tipologie di danno e della loro evoluzione si rimanda a A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall’ermeneutica “bipolare” alla teoria generale e “monocentrica” della responsabilità civile)*. *Parte I – Ingiustizia, patrimonialità e risarcibilità del danno nel “law in action”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 9 ss; ID., *Il danno ingiusto (Dall’ermeneutica “bipolare” alla teoria generale e “monocentrica” della responsabilità civile)*. *Parte II – Ingiustizia, patrimonialità, non patrimonialità nella teoria del danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 219 ss.

⁴¹⁰ Sull’evoluzione del danno non patrimoniale si veda M.V. DE GIORGI, voce “*Danno alla persona*”, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 1988, vol. X.

⁴¹¹ Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 e Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, cit., p. 816, e Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, cit., p. 1028.

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 così riuscito a farla franca anche questa volta grazie a un profondo *restyling*, ultima tappa di un processo che è durato nel tempo⁴¹².

⁴¹² L'art. 2059 c.c. nel tempo è stato oggetto di diverse interpretazioni: inizialmente di fronte alla formulazione letterale della disposizione normativa, che prevedeva il risarcimento dei danni non patrimoniali solamente nei casi previsti dalla legge, si riconosceva come ottenere il ristoro di detti pregiudizi fosse possibile solamente laddove fosse sussistente una previsione normativa che espressamente riconosceva detta possibilità. Data la sempre maggiore rilevanza assunta dalla persona all'interno dell'ordinamento, sempre più le maglie dell'art. 2059 c.c. iniziarono ad essere reputate eccessivamente strette. Al fine di superare l'interpretazione restrittiva che veniva data dell'inciso "nei casi previsti dalla legge", in un'ottica di tutela della persona, le tipologie di danni non patrimoniali, diverse dai danni morali soggettivi, erano state fatte fuoriuscire dall'art. 2059 c.c. e ricondotte nell'art. 2043 c.c. Fondamentale in tal senso è stata la già citata sentenza Dell'Andro mediante la quale la Corte Costituzionale, chiamata a valutare la legittimità dell'art. 2059 c.c., aveva affermato che nell'alveo dell'art. 2059 c.c. andasse ricondotto unicamente il danno morale subiettivo, diversamente le altre tipologie di pregiudizio, quali il danno biologico, rappresentante un *tertium genus*, andavano tutelate ex art. 2043 c.c., allo scopo di una maggiore tutela della persona sacrificata dalla lettura data al tempo dell'art. 2059 c.c. In particolare, la sentenza aveva riconosciuto la risarcibilità del danno biologico mediante il ricorso alla tecnica del combinato disposto dell'art. 2043 c.c. con l'art. 32 Cost.: questo stesso meccanismo è stato utilizzato per riconoscere il ristoro anche di altre tipologie di pregiudizio. Solamente la tutela dei danni morali soggettivi rimaneva saldamente ancorata all'art. 2059 c.c.: pertanto il loro risarcimento era possibile solamente qualora la legge espressamente lo prevedeva, come in ipotesi di reato (art. 185 c.p.) oppure nelle ipotesi previste dall'art. 29, 9 comma della legge n. 675 del 1996 sul trattamento dei dati personali, ora art. 15, secondo comma, del Dlgs. 30 giugno 2003 Codice Privacy e dall'art. 2, primo comma, della legge Pinto (24 marzo 2001 n. 89) che riconosce il diritto ad un'equa riparazione dei danni patrimoniali e non patrimoniali qualora non sia rispettato il principio della durata ragionevole del processo. A detta situazione, che consentiva un'eccessiva proliferazione delle tipologie di danni risarcibile si è posto rimedio solamente nel 2003. Secondo 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.

Dalle sentenze emerge un danno non patrimoniale tripartito al suo interno in tre distinte figure: a) il danno biologico, consacrato da parte del legislatore con il dlgs 209/2005 agli art. 138 e 139 (codice delle assicurazioni private), quale lesione, temporanea o permanente, dell'integrità psicofisica suscettibile di accertamento medico-legale; b) il danno morale, tradizionalmente inteso quale *pretium doloris*, patema d'animo transeunte; c) il danno esistenziale⁴¹³, attinente alla sfera del fare areddituale 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,

⁴¹³ Il danno esistenziale si differenzia da quello biologico per il fatto che non comporta una lesione dell'integrità psicofisica e da quello morale perché non attiene alla sfera interiore, ma alla sfera del fare areddituale: non consiste infatti in un *pati*, ma in un *non facere*. Tra i primi contributi a riguardo si vedano, *ex multis*: P. CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998 p. 570; P. ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale* in *Contr. Impr.*, 1994, p. 845 ss.; ID., *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999, *passim*. Sull'evoluzione del danno esistenziale si rimanda a D. VITTORIA, *Un "regolamento di confini" per il danno esistenziale*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 1217 ss.

Contrari a detta figura sono invece: F.D. BUSNELLI, *Il danno alla persona al giro di boa*, in *Danno resp.* 2003, p. 237 ss.; ID., *Il danno biologico dal « diritto vivente » al « diritto vigente »*, Torino 2001 p. 213 ss. e p. 255; cfr. altresì Aa.Vv., *Critica del danno esistenziale*, a cura di G. PONZANELLI, Padova 2003. In tal senso anche M. BOTTON, *Quale e quanto danno nella famiglia*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 547, secondo la quale il danno esistenziale non esisterebbe, o meglio non sarebbe altro che un appellativo del nuovo danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.* Nei confronti di detta categoria anche l'atteggiamento giurisprudenziale – a causa anche della tendenza dei Giudici di Pace di riconoscerlo con eccessiva leggerezza – è stato altalenante: Cass. 15 luglio 2005, n. 15022, in *Dir. giust.*, 2005, n. 40, p. 23, aveva negato la presenza di detta figura all'interno del nostro ordinamento. Diversamente Cass. Sez. Un., 12 giugno 2006, n. 13546, in *Resp. civ.*, 2007, p. 220 ss., ne aveva espressamente riconosciuto la cittadinanza all'interno del nostro ordinamento.

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 terreno per lo sviluppo della controversa figura del danno esistenziale tanto che - secondo quanto già ampiamente affermato - 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 note sentenze delle Sezioni Unite della Suprema Corte dell'11 novembre 2008, 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 risarcitorie⁴¹⁴: il danno non patrimoniale sarebbe dunque una categoria unitaria, non suddivisibile al suo interno in sottocategorie variamente etichettate, quali il danno esistenziale⁴¹⁵ che - secondo la Corte - condurrebbe anche il danno non patrimoniale nell'atipicità⁴¹⁶. Il risarcimento del danno non patrimoniale, in tale

⁴¹⁴ Così Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ.*, 2009, p. 4 ss. Le pronunce a Sezioni Unite non si limitano ad accantonare la figura del danno esistenziale, ma anche quella del danno morale, reputando che la sofferenza, senza ulteriori aggettivazioni, debba considerarsi rientrante nella categoria unitaria del danno non patrimoniale: in particolar modo si esclude la possibilità di continuare a liquidare in automatico detto pregiudizio in base ad una percentuale del danno biologico. Per una più approfondita analisi di quanto emerso dalle sentenze del 11 novembre 2008 si rimanda a C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 261 ss.; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 63 ss.

⁴¹⁵ Nonostante ciò taluni autori non reputano condivisibile il ritenere che detta sentenza abbia sancito la morte del danno esistenziale: P. ZIVIZ, *Le "magnifiche sorti e progressive" dell'impianto teorico disegnato dalle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 775 s., sottolinea come seppure sia vero che le Sezioni Unite hanno mostrato ostilità verso il danno esistenziale, tuttavia non hanno verso questo un totale rifiuto in quanto ad essere stata respinta è solo l'autonomia di tale figura, intesa nel dubbio senso di automatica risarcibilità quale figura sganciata da qualsiasi valutazione in termini di ingiustizia e dalla successiva selezione ai sensi del filtro dell'art. 2059 c.c.. Il danno non patrimoniale andrà ancora scomposto in sottovoci dogmatiche a carattere descrittivo tra le quali continuerà a mantenere fondamentale importanza il danno esistenziale.

⁴¹⁶ A riguardo, F.R. FANTETTI, *Diritto all'autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia a sezioni unite della Cassazione*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 89, sottolinea come secondo la Corte l'elenco delle ipotesi in cui sarebbe ammissibile il risarcimento non sarebbe un *numerus clausus* non essendo la tutela circoscritta ai casi di diritti soggettivi inviolabili delle persone espressamente riconosciuti della Costituzione nel presente momento storico. Al

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 considerato⁴¹⁷.

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, particolarmente "vulnerabili" data la loro "condizione di "dipendenza" dagli adulti

contrario, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un procedimento evolutivo, si consente all'interprete di rinvenire, nel complesso sistema costituzionale, indici idonei a valutare se interessi emersi nella realtà sociale siano di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona. In questa ottica, il danno non patrimoniale risulta essere tipico, nel senso che è necessario rinvenire il referente costituzionale violato, ma aperto a criteri interpretativi estensivi che permetterebbero una sorta di tipicità anomala. Criticano la ricostruzione della Corte secondo la quale la differenza tra danno patrimoniale e non risiederebbe nella atipicità della prima e nella tipicità della seconda: S. PATTI, *Le sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 418 ss., secondo il quale non sarebbe condivisibile il reputare tipico il danno non patrimoniale in quanto la tutela viene estesa anche ai diritti inviolabili previsti dall'art. 2 Cost., norma che, grazie all'elaborazione dei diritti della personalità, ha consentito la tutela risarcitoria di nuovi interessi ritenuti essenziali per lo sviluppo della persona, ancorché privi di espresso fondamento normativo. Perciò, dato che il catalogo delle posizioni soggettive è mutato e si è ampliato appare difficile parlare di tipicità. E per assurdo, se si parla di tipicità del danno non patrimoniale, con il medesimo ragionamento si dovrebbe parlare anche di tipicità del danno patrimoniale. Tutto ciò per dire che non è detto elemento che deve essere richiamato per differenziare le due categorie. Allo stesso modo critico in tal senso è anche C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno resp.*, 2009, p. 6, secondo il quale l'ingiustizia sarebbe sempre tipica sia che si parli di danno non patrimoniale che di danno patrimoniale.

⁴¹⁷ A riguardo però non sempre lineare è l'atteggiamento della giurisprudenza in materia, forse anche a causa della non facile interpretazione di quanto emerso. Si veda: "Il danno c.d. esistenziale non costituendo una categoria autonoma di pregiudizio, ma rientrando nel danno non patrimoniale, non può essere liquidato separatamente solo perché diversamente denominato, richiedendosi, nei casi in cui sia risarcibile come danno non patrimoniale, che sussista da parte del richiedente la allegazione degli elementi di fatto dai quali desumere l'esistenza e l'entità del pregiudizio" (Cass. Sez. Un., 16 febbraio 2009, n. 367, in *Mass. Giur. It.*, 2009).

nonchè individui in formazione, che necessitano di una particolare tutela, finalizzata a metterli nella condizione di poter completare il loro processo di crescita⁴¹⁸.

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'⁴¹⁹. 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 utile⁴²⁰. Non si tratta di un danno ipotetico, ma di

⁴¹⁸ Sulla figura del minore quale individuo in formazione si veda P. PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 14 ss. In tal senso anche M.M. PARINI, *Profili di costituzionalità del provvedimento di revoca dell'assegnazione della casa coniugale*, in *Rass. Dir. civ.*, 2009, p. 202.

⁴¹⁹ A riguardo si veda: "Quando sia stata fornita la dimostrazione, anche in via presuntiva e di calcolo probabilistico, dell'esistenza di una *chance* di consecuzione di un vantaggio in relazione ad una determinata situazione giuridica, la perdita di tale *chance* è risarcibile come danno alla situazione giuridica di cui trattasi indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della *chance* avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato la consecuzione del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione. La idoneità della *chance* a determinare presuntivamente o probabilmente ovvero solo possibilmente la detta consecuzione è, viceversa, rilevante, soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno, da effettuarsi eventualmente in via equitativa, posto che nel primo caso il valore della *chance* è certamente maggiore che nel secondo e, quindi, lo è il danno per la sua perdita, che, del resto, in presenza di una possibilità potrà anche essere escluso, all'esito di una valutazione in concreto della prossimità della *chance* rispetto alla consecuzione del risultato e della sua idoneità ad assicurarla" (Cass., 18 settembre 2008, n. 23846, in *Danno Resp.*, 2009, p. 155); "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). Sul danno da perdita di *chance* si rimanda a M.P. SUPPA, *Danno da perdita di chance e onere probatorio*, in *Giur. it.*, 2003, pt. I, c. 1783 ss.

⁴²⁰ "La " *chance* " non ha la natura di un interesse di fatto, bensì della situazione favorevole al cui conseguimento la *chance* medesima è connessa, sicché essa integra gli estremi di un interesse giuridicamente rilevante quando è rivolta al conseguimento di un interesse rilevante a sua volta, consistendo nella perdita di

un danno concreto e attuale, commisurato non alla perdita del risultato, ma alla possibilità di conseguirlo⁴²¹. 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 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 – non solo dal punto di vista economico - è evidente, nondimeno il soggetto agente deve essere in grado di provarlo.

6. La legittimazione ad agire.

Poichè, il discorso relativo alla responsabilità civile dei genitori nei confronti dei figli riguarda – in particolare – pregiudizi cagionati ai figli minori, secondo quanto precisato in precedenza, si deve tener conto che detti soggetti non possono agire in giudizio per domandare la tutela dei loro diritti, essendo privi, secondo quanto previsto dall'art. 75, primo comma, c.p.c., della capacità di stare in giudizio

una situazione favorevole sperata della quale il danneggiato avrebbe goduto in futuro con un certo grado di probabilità” (Trib. Roma, 27 novembre 2008, in *Danno Resp.*, 2009, 5, 533). “Ai fini della risarcibilità è necessario, quindi, che il soggetto che agisce dimostri la sussistenza di una probabilità non trascurabile di conseguire il risultato utile anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni, ma pur sempre allegando specifiche circostanze di fatto” (Corte d'Appello Roma, 15 febbraio 2005, n. 711, in *Resp. civ.*, 2005, p. 569). Così anche Cass., 18 marzo 2003, n. 3999, in *Giur. it.*, 2003, p. 1783.

⁴²¹ Così Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno resp.*, 2004, p. 1016 ss.

(c.d. capacità processuale). Per tale ragione possono stare in giudizio solamente se rappresentati (art. 75, secondo comma, c.p.c.).

Ai sensi dell'art. 320, primo comma, c.c. la rappresentanza dei figli minori – e dunque la possibilità di stare in giudizio in nome e per conto di questi – spetta, per legge, ai genitori congiuntamente oppure a quello che esercita la potestà in via esclusiva sia per quanto concerne gli atti di natura patrimoniale, sia per gli atti di natura personale. Se si tratta di atti di ordinaria amministrazione i genitori possono agire anche disgiuntamente. Invece per porre in essere atti attinenti alla straordinaria amministrazione sarà necessario, oltre all'agire congiuntamente, anche l'autorizzazione del giudice tutelare e dovrà trattarsi di atti necessari oppure recanti un'utilità evidente per il minore.

La proposizione di un'azione risarcitoria in nome e per conto del minore è da considerarsi atto di amministrazione ordinaria⁴²², in quanto non incide sul patrimonio, modificandone in modo significativo la consistenza, ma tendenzialmente rientra tra gli atti conservativi dello stesso⁴²³. Ciascun soggetto esercente la potestà può

⁴²² Così: "L'azione di responsabilità civile diretta all'ottenimento del risarcimento dei danni patiti dal minore può essere instaurata da ciascun genitore disgiuntamente, in quanto detta azione non rientra tra gli atti di straordinaria amministrazione ai quali potenzialmente potrebbe seguire un pregiudizio o una diminuzione del patrimonio, ma è contemplata tra gli atti di ordinaria amministrazione volti alla conservazione od al miglioramento del patrimonio del minore, poiché l'azione in oggetto è diretta alla reintegrazione del patrimonio del minore a seguito dell'evento dannoso" (Trib. Reggio Calabria, 2 luglio 2003, in www.plurisonline.it, Massima redazionale, 2005). In tal senso anche A. FRASSINETTI, *Rappresentanza processuale del genitore e capacità confessoria*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 51.

⁴²³ Il legislatore non definisce cosa si debba intendere per atti di ordinaria o di *straordinaria amministrazione* in quanto il terzo comma dell'art. 320 c.c. si limita a fornire un elenco di atti che non possono essere compiuti se non per necessità o utilità evidente del minore, previa autorizzazione giudiziaria, ma l'elencazione ha un valore meramente esemplificativo e non tassativo, come si ricava dalla chiusa della lista che indica «altri atti eccedenti l'ordinaria amministrazione» (così F. BOCCHINI, *L'interesse del minore nei rapporti patrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 292). Riguardo a cosa si debba intendere per amministrazione ordinaria e straordinaria si rimanda *ex multis* a F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali*, cit., p. 45 ss. ID., *Lineamenti di diritto di famiglia*, cit., p. 268, sottolinea come la proposizione di una domanda risarcitoria sia da considerarsi atto di ordinaria amministrazione in quanto tesa al recupero di somme o alla reintegrazione del patrimonio leso. La distinzione si fonda su un indice di tipo economico, parametrato all'importanza assunta in concreto dall'atto rispetto all'effettiva consistenza del patrimonio (così V. D'ANTONIO, *La potestà dei genitori*, in *La filiazione. La potestà dei genitori. Gli*

quindi proporre disgiuntamente detta azione senza che sia necessario ottenere l'autorizzazione da parte del giudice tutelare previa verifica della necessità per il minore o dell'utilità evidente dell'atto per lo stesso.

Nelle ipotesi in cui il genitore cagioni un illecito nei confronti del minore è certamente sussistente un'ipotesi di conflitto di interessi, in quanto il minore è portatore di un interesse contrastante con quello del genitore⁴²⁴. Pertanto, secondo quanto precisato dall'art. 320, sesto comma, c.c., se il conflitto di interessi sussiste solo nei confronti di uno dei due genitori - circostanza che si verifica nell'ipotesi in cui la condotta pregiudizievole provenga da solo uno dei due - la rappresentanza in giudizio spetterà in via esclusiva all'altro. Diversamente, ove il conflitto sussista nei confronti di entrambi - come avviene nelle ipotesi in cui il danno venga cagionato da entrambi i genitori o comunque in cui il secondo tenga una condotta omertosa se non addirittura complice - il giudice tutelare procederà con la nomina di un curatore speciale, la funzione del quale è da intendersi limitata alle situazioni nelle quali il minore potrebbe trovarsi in posizione di conflitto di interessi con i genitori. Si dovrà procedere alla nomina di un curatore speciale anche in quelle ipotesi in cui soltanto al genitore che ha cagionato l'illecito spetti l'esercizio della potestà e, conseguentemente, la rappresentanza processuale del minore: basti pensare all'ipotesi in cui un genitore sia deceduto e la rappresentanza processuale spetti in via esclusiva al genitore che ha cagionato l'illecito oppure a quelle in cui, ragionando dell'affidamento esclusivo precedente alla riforma, il genitore danneggiante sia l'affidatario e dunque l'unico soggetto legittimato ad

istituti a protezione del minore, in *Dir. fam. nella dottr. e nella giur.*, a cura di G. AUTORINO STANZIONE, vol. IV, Torino, 2006, p. 537). *Contra* F. BOCCHINI, *L'interesse del minore nei rapporti patrimoniali*, cit., p. 303, secondo il quale il criterio di ripartizione tra ordinaria e straordinaria amministrazione va dunque delineato in funzione della incidenza o meno del singolo atto sulla personalità del minore.

⁴²⁴ Il conflitto di interessi non deve riguardare necessariamente questioni di natura patrimoniale, ben potendo infatti concernere anche questioni non patrimoniali: così A. ANCeschi, *Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità*, Milano, 2007, p. 577 s.

esercitare la potestà, dotato di rappresentanza processuale del minore⁴²⁵. Invece, qualora nessuno dei due genitori eserciti la potestà, in quanto entrambi decaduti o comunque uno decaduto e l'altro, per esempio, deceduto, in tal caso si renderà necessaria la nomina di un tutore per la prole. In tal caso, sarà quest'ultimo legittimato a proporre l'azione risarcitoria nei confronti del genitore decaduto dalla potestà che ha cagionato l'illecito⁴²⁶.

In ogni caso si deve constatare come la scelta di procedere alla nomina di un curatore speciale nasconda una condizione di crisi profonda tra genitori e prole⁴²⁷.

7. La prescrizione dell'azione.

Secondo quanto disposto dall'art. 2946 c.c. il diritto di agire per far valere la responsabilità aquiliana si prescrive nel termine ordinario di 10 anni da quando si è verificato il danno. Tuttavia, parlando di responsabilità endo-familiare dei genitori nei confronti dei figli, si ragiona di illeciti che vedono come soggetto passivo – tendenzialmente – un minore, ovvero un soggetto incapace d'agire e, conseguentemente, dotato di un'incapacità processuale. Per tale ragione il tempo inizierà a decorrere solamente dal momento del compimento della maggiore età, non essendo possibile per questi agire per la tutela dei suoi diritti in precedenza (art. 2935 c.c.). Tuttavia, già prima di allora, i soggetti dotati della rappresentanza processuale di quest'ultimo potrebbero agire in suo nome nel rispetto del termine di prescrizione decennale dal verificarsi del danno.

⁴²⁵ Si veda a riguardo Trib. Roma, 13 giugno 2000, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 60 s.: “In ogni caso, qualora la condotta di cui sopra del genitore affidatario abbia a derivare anche alla prole un danno certo e non indifferente, il genitore non affidatario, privo di *legitimatio ad processum*, non può chiedere per la propria prole alcun risarcimento, ritenuto che su quest'ultima esercita in via esclusiva la potestà parentale il genitore affidatario e che, sussistendo un palese conflitto di interesse, è necessaria la nomina di un curatore speciale”.

⁴²⁶ Si veda Trib. Bologna, 10 luglio 2007, p. 487 ss.

⁴²⁷ In tal senso G.M. RICCIO, *Famiglia e responsabilità civile*, in *Il matrimonio e i rapporti personali*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, a cura di G. AUTORINO STANZIONE, Torino, 2005, Vol. I, p. 408.

Più in particolare, non è agevole comprendere quale sia il momento a partire dal quale inizierebbe a decorre il termine di prescrizione in quelle ipotesi in cui il genitore non abbia riconosciuto il figlio e si sia sempre disinteressato dello stesso, determinando in capo a questi pregiudizi patrimoniali e non.

Controverso è se il termine decorra dal momento del compimento della maggiore età, in cui il figlio acquista la capacità di agire e conseguentemente quella di stare in giudizio, oppure se sia necessario che sia anche intervenuta una sentenza concernente l'accertamento del rapporto di filiazione naturale. Se si optasse per detta seconda opzione, reputando detto accertamento un *prius* logico senza il quale non sarebbe possibile proporre l'azione verso un soggetto che non è ancora stato accertato formalmente essere genitore, allora l'azione risarcitoria potrebbe essere proposta anche dopo molto tempo, in quanto la domanda volta ad ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità naturale è imprescrittibile (art. 270 c.c.). Seppur detta soluzione determini una possibile notevole dilatazione dei termini, pare tuttavia corretta, in quanto in precedenza non si è ancora certi dell'esistenza del legame biologico, fonte dei doveri verso la prole⁴²⁸. Taluni, ritengono che possibile correttivo a tale soluzione che, seppur corretta, esapera il significato dell'istituto della prescrizione - che non mira tanto alla tutela del danneggiato, quanto a tutelare ragioni di ordine pubblico, quali la certezza - possa essere costituito dall'applicazione dell'art. 1227, secondo comma, c.c.: la tempestiva proposizione della domanda volta alla dichiarazione giudiziale di paternità naturale sarebbe, in tale ottica, un comportamento rientrante nella diligenza ordinaria, non presentando particolari rischi quali quello di soccombenza⁴²⁹. Altri invece reputano sussistente un concorso di colpa *ex art. 1227, primo comma, c.c.*⁴³⁰.

⁴²⁸ Di tale avviso Trib. Venezia, 18 aprile 2006, cit., p. 576 ss, che ha respinto l'eccezione di prescrizione sollevata dalla parte convenuta, reputando l'azione risarcitoria non prescritta in quanto il relativo termine decennale non sarebbe iniziato a decorrere che dal giorno del passaggio in giudicato della pronuncia sull'accertamento.

⁴²⁹ Così G. FACCI, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA,

**Cap. IV: Le singole fattispecie di illecito endofamiale nei confronti
dei figli.**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'abbandono da parte del genitore. - 3. Il mancato riconoscimento del figlio e l'inadempimento dei doveri genitoriali. - 4. Il mancato esercizio del diritto- dovere di visita e il rifiuto di occuparsi del figlio. - 5. L'ostruzionismo all'esercizio del diritto di visita e alla continuazione del rapporto con l'altro genitore. - 6. La difformità tra il dato biologico e lo *status*: la responsabilità da perdita del rapporto parentale. - 7. I danni connessi alla procreazione. - 7.1. (*segue*) Il danno in corso di procreazione. - 7.2. (*segue*) Patologie evitabili mediante il ricorso a cure o interventi. - 7.3. (*segue*) Patologie derivanti dal concepimento e conseguente responsabilità da procreazione. - 8.

2008, Torino, p. 216 ss. Per l'A., l'art. 1227, secondo comma, c.c. sarebbe il punto di equilibrio – seppur parziale – tra l'esigenza di garantire al danneggiato il diritto al risarcimento del danno e quella opposta volta ad assicurare la certezza dei rapporti giuridici in modo tale da non esporre l'eventuale responsabile ad azioni giudiziarie troppo lontane nel tempo.

⁴³⁰ Così anche Trib. Venezia, 18 aprile 2006, cit., p. 581, che riguardo al danno patrimoniale reputa: “Non v'è dubbio che la protratta inerzia abbia, se non cagionato, quanto meno senz'altro aggravato il pregiudizio occorso all'attore: nel senso che, se egli avesse agito per ottenere il mantenimento dal padre una volta raggiunta la maggiore età, avrebbe potuto sin da allora contare su di un ausilio quanto meno economico che gli avrebbe garantito seguire il percorso di studi o di lavoro più confacente alle sue capacità ed aspirazioni. Va anche detto, d'altro canto, che l'ambiente in cui il V. era cresciuto non appariva propenso a tal genere di rivendicazioni. *Omissis*. Ora, se si considera che, per neutralizzare un pregiudizio quale quello ricostruito, ogni iniziativa nei confronti del padre sarebbe dovuta intervenire entro un paio d'anni al massimo dopo la maggiore età, perché certo ancor più difficilmente si sarebbe potuto immaginare E.V. iniziare gli studi universitari ben oltre i vent'anni, non può che concludersi che a quell'età, per l'ambiente in cui era cresciuto e per il tipo di educazione che aveva permeato la sua formazione, il concorso di colpa che può imputarsi allo stesso attore è davvero estremamente minimo, così da poter essere quantificato nella percentuale del 5%”. Diversamente per quanto concerne i danni non patrimoniali sancisce che: “Anche con riferimento a detta voce di danno va esaminata la contestazione mossa dal convenuto in ordine alla sussistenza di un concorso di colpa in capo all'attore per la sua tardiva iniziativa giudiziale. La tesi in questo caso non appare convincente: in questa sede si tratta di risarcire un pregiudizio patito dal V. nei suoi primi venticinque anni di vita, quando la possibilità di intraprendere un'iniziativa giudiziale nei confronti del padre naturale era per i primi 18 anni giuridicamente esclusa e per i successivi pochi anni del tutto incompatibile con l'ambiente, che si è denominato di dignitosa rassegnazione, in cui il piccolo E. era cresciuto e della cui configurazione lo stesso B. risulta corresponsabile. Se ne deve concludere che, con riguardo al verificarsi del danno alla serena crescita e alla completa formazione culturale ed educativa, alcuna corresponsabilità può riconoscersi in capo ad E.V”.

Disconoscimento di paternità a seguito del ricorso a tecniche di procreazione assistita eterologa.

1. Premessa.

A questo punto della trattazione è possibile considerare, consapevoli dei presupposti necessari per la loro configurabilità, le fattispecie di illecito endo-familiare.

Come più volte accennato, la condotta che può dar luogo ad un illecito civile è atipica, rilevando unicamente che sia causa di un danno ingiusto. Pertanto, in tale fase, si procederà considerando semplicemente alcune delle fattispecie maggiormente significative in quanto più frequenti o dotate di una potenzialità pregiudizievole particolarmente elevata, senza pretesa di giungere ad una trattazione completamente esaustiva.

In particolare, verranno vagliate le ipotesi che potrebbero astrattamente dar luogo all'applicazione del generale rimedio risarcitorio, senza esaminare invece l'ulteriore profilo del possibile ricorso allo strumento dell'art. 709-ter c.p.c. che invece verrà esaminato nel prossimo capitolo. Allo stesso modo, non si considereranno, in questa fase, i rimedi previsti dalla *ley sull'enjuiciamiento civil* – la legge che all'interno dell'ordinamento spagnolo regola lo svolgimento del processo civile. L'obiettivo è, infatti, limitare l'indagine all'individuazione dei comportamenti che potrebbero - in via astratta e teorica - determinare un pregiudizio alle ragioni della prole e dunque legittimare un ricorso alla generale tutela risarcitoria, senza invece indagare le condizioni di applicazione di tali strumenti. Nel fare ciò, si terrà conto di quanto elaborato non solo dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana e spagnola.

2. L'abbandono da parte del genitore.

L'abbandono operato dal genitore costituisce non solo inadempimento della totalità dei doveri genitoriali, ma altresì

comportamento idoneo a ledere i diritti fondamentali della prole - privata, in una fase della vita nella quale è particolarmente debole e avrebbe bisogno di affetto, del sostegno e della guida delle figure genitoriali - e a recare pregiudizio.

Ora, rilevante è distinguere a seconda che detta situazione si verifichi una volta avvenuta la formalizzazione del rapporto esistente tra genitore e figlio oppure prima di tale momento.

Nelle ipotesi in cui l'abbandono si verifichi dopo l'avvenuto accertamento formale del legame, è agevole constatare come il genitore che, inadempiendo ai doveri genitoriali, abbia altresì determinato una lesione dei diritti fondamentali della prole dalla quale sono conseguite conseguenze pregiudizievoli, potrebbe essere chiamato a risponderne, in presenza dei requisiti esaminati nel capitolo precedente.

Proprio un caso analogo ha portato alla nota sentenza del 2000 mediante la quale la Suprema Corte ha condannato un padre al risarcimento dei danni non patrimoniali in quanto, sebbene fosse intervenuta la dichiarazione giudiziale con sentenza nel 1987, egli si era disinteressato del figlio naturale, inadempiendo la totalità degli obblighi genitoriali e detto atteggiamento aveva determinato una lesione dei fondamentali diritti della persona, collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionali che – secondo la Corte – avrebbe comportato una sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione⁴³¹.

⁴³¹ Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, cit., p. 159: “La condotta del genitore, tale riconosciuto a seguito di domanda giudiziale, che per anni aveva ostinatamente rifiutato di corrispondere al figlio i mezzi di sussistenza, dà luogo ad una “lesione in sé” di fondamentali diritti della persona inerenti alla qualità di figlio e di minore, e conseguentemente può costituire il presupposto per una condanna al risarcimento del danno, indipendentemente dall’esistenza di perdite patrimoniali del danneggiato”. Per approfondimenti a riguardo si rimanda ai commenti alla sentenza: F.G. PIZZETTI, *Il danno esistenziale approda in Cassazione*, in *Giur. It.*, 2000, pt. I, c. 1352; M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l’“altro” diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 159; G. DE MARZO, *La cassazione e il danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 873; P.G. MONATERI, “Alle soglie”: la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale, in *Danno resp.*, 2000, p. 836; G. PONZANELLI, *Il danno esistenziale “arriva” in Cassazione. Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno resp.*, 2000, p. 841.

Anche il Tribunale di Venezia, con sentenza del 30 giugno 2004⁴³², ha condannato al risarcimento dei danni morali e esistenziali un padre che, nonostante l'incontrovertibile pronuncia di accertamento della paternità, non si era mai occupato della figlia, né aveva provveduto ad adempiere i doveri che la sua posizione gli imponeva. Il giudice non si è pronunciato sul danno non patrimoniale, in quanto non allegato, né, conseguentemente, provato dall'attore, e non ha reputato sussistente il danno biologico dato il mancato riscontro, da parte della consulenza medico legale, di conseguenze particolari sul piano psico-fisico.

La fattispecie concreta sottoposta al giudice di merito era anche più grave rispetto a quella considerata dalla Suprema Corte nel 2000 in quanto, mentre in questo secondo caso il padre, seppure con anni di ritardo, aveva corrisposto al figlio quanto a lui dovuto a titolo di mantenimento, nel primo, invece, detta circostanza non si era verificata. Per tali ragioni, il Tribunale di Venezia condannava il padre, data l'astratta configurabilità del reato di cui all'art. 570 c.p., al risarcimento dei danni morali patiti dalla figlia, l'ammontare dei quali veniva determinato in via equitativa nella misura di euro 80.000,00, tenuto conto dell'intensità del dolo e della durata ventennale dell'inadempimento. Per quanto concerne invece la sussistenza di un danno esistenziale da Ctu risulta che la bambina, consapevole fin dalla tenerissima età della esistenza di un padre che non viveva con la famiglia, negli anni ha maturato un senso di diversità rispetto agli altri bambini e un disagio nel riportare il

⁴³² Trib. Venezia, 30 giugno 2004, in *Fam. dir.*, 2005, p. 297. Si vedano a riguardo i commenti di G. FACCI, *Il nuovo danno non patrimoniale nelle relazioni familiari* in *Fam. dir.* 2005, p. 297. Si veda anche M. FINOCCHIARO, *Impossibile riconoscere il risarcimento se non è peggiorata la qualità della vita*. in *Guida al dir.*, 2004, n. 42, p. 66, che critica fortemente detta pronuncia per diverse ragioni: *in primis*, nel caso di specie l'attore non avrebbe fornito la prova del danno patito e il giudice avrebbe pertanto reputato sussistente un danno sulla base delle semplici dichiarazioni rese dell'attore. In secondo luogo, non sarebbe possibile trasferire il principio di responsabilità che caratterizza anche la responsabilità per danno esistenziale al rapporto di filiazione: i figli possono giudicare e criticare i propri genitori e non condividere le scelte di fondo della loro vita, ma certamente non sono titolari di alcun diritto al risarcimento dei danni verso di loro neppure nell'ipotesi estrema in cui il genitore abbia per vent'anni, per propria scelta, rifiutato di avere rapporti con la propria creatura.

cognome della madre. Intenzionata a conoscere il padre naturale, con ansia aveva proceduto alla ricerca di questi fino a giungere ad un breve, quanto poco soddisfacente, colloquio che ha portato al fallimento di ogni tentativo di stabilire un contatto. Nonostante la bambina non avesse sviluppato apprezzabili patologie, né disturbi comportamentali o affettivi, nondimeno il giudicante ha ritenuto sussistente un danno esistenziale in quanto il padre, con il suo comportamento lesivo non solo dei doveri genitoriali, ma anche dei diritti fondamentali della persona, avrebbe determinato il pregiudizio consistente nella consapevolezza raggiunta dalla ragazza di essere stata trattata “come il figlio di un mammifero di specie diversa rispetto a quella umana”⁴³³.

Sulla pronuncia la dottrina è divisa: secondo taluni essa avrebbe ricondotto in tal modo il danno esistenziale nell’alveo dei danni conseguenza e, pertanto, si differenzerebbe dalla precedente sentenza della Suprema Corte del 2000⁴³⁴; secondo altri invece anche questa pronuncia nasconderebbe il pericolo di un ritorno al danno evento dal momento che, in realtà, avrebbe comunque condannato al risarcimento per il fatto in sé della lesione, non essendo presenti nel caso di specie particolari conseguenze pregiudizievoli ⁴³⁵.

Una fattispecie analoga è stata affrontata dal Tribunale di Bologna⁴³⁶ che ha condannato al risarcimento dei danni patrimoniali e

⁴³³ Trib. Venezia, 30 giugno 2004, cit., p. 301.

⁴³⁴ In tal senso G. FACCI, *Il “nuovo danno non patrimoniale” nelle relazioni familiari*, cit., p. 307, sottolinea come detta pronuncia non avrebbe ravvisato il danno in *re ipsa* dalla violazione del diritto. Il giudice di merito avrebbe, infatti, messo in risalto i pregiudizi cagionati dal comportamento omissivo del genitore. In particolare, la consapevolezza raggiunta dalla figlia sarebbe proprio la conseguenza della lesione del diritto.

⁴³⁵ Così R. DE STEFANIS, *Padre “assente” e responsabilità verso il figlio*, in *Danno resp.*, 2005, p. 552. L’A. afferma che la consapevolezza raggiunta dalla ragazza non viene, in questo caso, vista come conseguenza diretta ed immediata della condotta, ma viene in sé considerata.

⁴³⁶ Si veda: “Il padre, che consapevolmente trascuri i doveri di mantenimento, cura ed istruzione del figlio minore, incorre in una responsabilità che, sul piano civile, rileva quale violazione non solo di un mero diritto di contenuto patrimoniale ma anche di sottonsi diritti fondamentali della persona. La violazione di tali diritti, inerenti alla qualità di figlio e di minore, costituisce il presupposto per una condanna al risarcimento del danno sotto il profilo sia patrimoniale, a causa del mancato apporto economico ai bisogni del figlio, sia non patrimoniale conseguente alle ripercussioni della condotta paterna sulla sfera esistenziale del minore”(Trib. Bologna, 10 luglio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 487).

non patrimoniali un padre che, in seguito alla morte della madre, non solo non aveva provveduto al mantenimento della figlia, ma, in un momento particolarmente delicato della vita della bambina, rimasta orfana a soli cinque anni, aveva completamente trascurato - per ben dieci anni - di svolgere la funzione paterna. Dalla lettura della motivazione si evince come il risarcimento venga accordato in quanto l'inadempimento di detti doveri ha determinato una lesione dei diritti fondamentali della minore. L'assenza, infatti, ha inciso non solo sul piano materiale, ma ancor prima sulla formazione e sullo sviluppo della persona.

Nello stesso senso, un padre che, in seguito alla morte suicida della madre, si era occupato solamente di alcuni dei figli, mentre aveva separato due gemelle di un mese, affidandole alle cure di parenti, e si era completamente disinteressato di loro, è stato condannato al risarcimento dei danni non patrimoniali dal Tribunale di Maglie, con sentenza 3 settembre 2008⁴³⁷. L'uomo non solo non aveva adempiuto ai doveri derivanti dal rapporto di filiazione, arrivando così in concreto ad abbandonare le bambine, ma le aveva anche separate, privandole del reciproco rapporto e della relazione con i fratelli, segnando così profondamente lo sviluppo della personalità di queste.

L'atteggiamento di disinteresse di un padre può dar luogo ad una pretesa risarcitoria anche se tenuto nei confronti di figlie oramai maggiorenni secondo una pronuncia del Tribunale di Messina del 31 agosto 2009⁴³⁸: specificatamente, nel caso di specie, si è avuta la condanna del padre al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti dalla lesione dei diritti fondamentali patiti dalle figlie maggiorenni che, in un momento delicato, quale quello della morte della madre, non hanno ricevuto il supporto economico e affettivo. La particolarità del caso consiste proprio nel fatto che, nel

⁴³⁷ Trib. Maglie 3 settembre 2008, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 785 ss. Si veda a riguardo il commento di L. DAVOLI, *Violazione dei doveri genitoriali e risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 785 ss.

⁴³⁸ Trib. Messina, 31 agosto 2009, in *Resp. civ.*, 2009, p. 938: "Deve affermarsi la responsabilità di un genitore che abbia fatto mancare le cure e l'assistenza morale e materiale alle figlie, per quanto maggiorenni ma non ancora autosufficienti economicamente, in un momento molto triste della loro vita, coincidente con la morte della madre".

momento in cui il genitore teneva la condotta che ha determinato pregiudizi in capo alle figlie, queste erano già maggiorenni, anche se non in grado di mantenersi in quanto studentesse. Pertanto, queste ultime, prive del sostegno e dell'affetto paterno e senza il suo aiuto economico, hanno dovuto affidarsi alla carità degli zii che le hanno accolte in casa e mantenute agli studi.

Le ipotesi sino ad ora considerate si riferiscono a fattispecie nelle quali l'abbandono è unilaterale – posto in essere cioè da uno solo genitore; nondimeno, potrebbe persino verificarsi un abbandono bilaterale, realizzato da entrambe le figure genitoriali: detta situazione, caratterizzata da una portata pregiudizievole elevata, potrebbe non solo fare incorrere entrambi i genitori in responsabilità per i danni eventualmente cagionati, ma potrebbe anche giustificare la dichiarazione di adottabilità della prole minorenni.

3. Il mancato riconoscimento del figlio e l'inadempimento dei doveri genitoriali.

Anche l'atteggiamento del genitore che, pur consapevole del legame biologico, scelga di non riconoscere il figlio e – soprattutto - non adempia nei confronti dello stesso i doveri genitoriali è suscettibile di recare pregiudizi⁴³⁹. Dette fattispecie si caratterizzano per il fatto che l'evento dannoso è stato cagionato quando non era sussistente nessun legame formale e, per tale ragione, si differenziano dalle precedenti, nelle quali, invece, i danni si sono verificati in seguito all'accertamento formale dello *status filiationis*. Ancora, mentre nei casi analizzati nel paragrafo antecedente rilevava il totale abbandono, pur in presenza di un formale riconoscimento del legame, in questi invece il disinteresse è spinto al punto che il genitore non ha neppure provveduto al riconoscimento.

È evidente come, ai fini della configurabilità di detto illecito, sia fondamentale riconoscere – secondo quanto già precisato nel

⁴³⁹ Si veda B. BÍSCARO, *La falta del reconocimiento del hijo ¿ es susceptible de generar daños materiales?*, in *Justicia Administrativa*, 2004, pt. IV, p. 637.

capitolo II - che i doveri genitoriali derivino dal fatto stesso della procreazione. Conseguentemente, il figlio potrebbe proporre domanda risarcitoria per i pregiudizi derivanti dal non essere stato assistito e mantenuto dal genitore sin dalla sua nascita, lamentando un danno che si è manifestato ben prima dell'intervenuto riconoscimento giudiziale⁴⁴⁰. Secondo quanto già più volte ricordato è necessario che l'inadempimento dei doveri genitoriali abbia altresì determinato una lesione dei diritti fondamentali della persona del minore, dalla quale devono essere derivate delle conseguenze pregiudizievoli che, in questo caso, potrebbero essere sia patrimoniali, quali il danno da perdita di *chance*, sia non patrimoniali.

Pare opportuno precisare come non sia tanto il mancato riconoscimento, quanto l'inadempimento sistematico dei doveri genitoriali ad essere astrattamente idoneo a comportare una lesione dei diritti inviolabili della persona dalla quale potrebbero derivare conseguenze pregiudizievoli in capo al figlio⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Così Trib. Venezia, 18 aprile 2006, in *Danno resp.*, 2007, p. 579.

⁴⁴¹ La soluzione della questione è legata a quella concernente l'obbligatorietà o meno del riconoscimento. Poiché non pare potersi ritenere il riconoscimento comportamento doveroso, seppure in caso di sua omissione sia possibile procedere ad una dichiarazione giudiziale di paternità, si deve concludere che in presenza di un mancato riconoscimento - non accompagnato però dall'inadempimento dei doveri genitoriali - il soggetto non potrebbe incorrere in responsabilità per mancanza di uno degli elementi costitutivi della stessa: mancherebbe, infatti, l'elemento del fatto dal momento che è possibile venir chiamati a rispondere per i danni derivanti da una propria omissione solamente nel caso in cui si avesse un preciso obbligo giuridico di agire, circostanza che non è presente nel caso di specie. A riguardo si segnala Trib. Trani, 27 settembre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 565: dalla pronuncia, concernente una domanda per il risarcimento dei danni derivanti dal mancato riconoscimento e dall'omesso mantenimento, proposta da una figlia nei confronti del padre, emerge come non si possa ragionare di responsabilità derivante dal mancato riconoscimento, non essendo obbligatorio per il padre optare per tale soluzione. L'attenzione per tale ragione viene spostata sulla domanda di risarcimento dei pregiudizi derivanti dall'inadempimento dell'obbligo di mantenimento che tuttavia viene rigettata per l'assenza di prove a riguardo. In questo senso si pronuncia anche Trib. Venezia, 18 aprile 2006, cit., p. 579: anche in questo caso ciò che assume rilievo ai fini della fattispecie aquiliana invocata non è tanto il mancato riconoscimento, ma il mancato adempimento degli obblighi di mantenimento ed educazione che prescindono dall'avvenuto riconoscimento e trovano la loro origine nell'evento primario della filiazione. Affinchè il mancato riconoscimento volontario possa essere condiderato fonte di responsabilità è necessario che il comportamento omissivo del genitore fosse per lui doveroso. Taluni nondimeno reputano che si tratti di un obbligo giuridico: in tal senso C. PIZARRO WILSON, *Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial*, in *Daños en el Derecho de familia*, coordinato da DE VERDA Y BEAMONTE J. R e

Affinchè il genitore possa incorrere in responsabilità, devono tuttavia sempre sussistere tutti i requisiti indicati nel capitolo precedente: in particolare, il genitore biologico deve essersi disinteressato del figlio, pur conscio della sua esistenza o comunque pur avendo un forte sospetto a riguardo⁴⁴², in quanto deve sussistere l'elemento della colpevolezza⁴⁴³. Non potrebbe, infatti, essere reputato responsabile il padre che, in buona fede, ignorava di avere un figlio: basti pensare all'uomo che, dopo una breve relazione con una donna,

altri, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 105. Reputa difficile sostenere la non obbligatorietà di un comportamento che, se non tenuto, può essere "sostituito" da una pronuncia giudiziale che ne produca identici effetti anche al, R. RUSSO, *Dichiarazione giudiziale di paternità: rimborsi e risarcimenti*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 568: l'A., infatti, dubita che la legge non imponga l'obbligo di riconoscere il figlio naturale dal momento che prevede uno strumento per raggiungere il medesimo risultato al termine di un processo e comunque prevede che una serie di doveri derivino dal fatto stesso della procreazione, non adempiendo i quali si compie un atto *contra ius*. Inoltre alcuni considerano che il mancato riconoscimento volontario potrebbe dar luogo ad un illecito in quanto comportamento lesivo diritto del minore all'identità genetica riconosciuto dalla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo (così A.M. ROMERO COLOMA, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, cit., p. 150) oppure genericamente, del diritto all'identità (così G. MEDINA, *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires, p. 123).

⁴⁴² In tal senso si veda Trib. Venezia, 18 aprile 2006, cit., p. 579: "Orbene tutte le circostanze portano a ritenere che O.B., quand'anche non possa affermarsi che non fosse senz'altro consapevole della propria paternità, certamente doveva avere almeno il forte sospetto che quel bambino fosse il frutto del suo incontro con la donna; in tale ricostruita situazione, limitarsi ad ignorare detto sospetto e prima ancora la madre del piccolo e le sue rivendicazioni, conducendo un'autonoma vita personale e familiare senza porsi il problema, né alla nascita del bambino, né nel proseguo con gli anni, di condurre degli accertamenti al fine di fugare ogni dubbio a riguardo, appare comportamento che non risponde agli standard di condotta adeguata esigibili nel caso di specie. La condotta di un uomo che abbia il forte dubbio di aver procreato un figlio, che peraltro vive in condizioni di estrema indigenza, risponde ad un criterio di adeguatezza allorquando si traduca quantomeno nella verifica della fondatezza delle rivendicazioni materne di richiamo ai doveri genitoriali. Conseguentemente, la scelta di non riconoscere il bambino, di non provvedere in alcun modo al suo mantenimento e, prima ancora, di ignorare qualsiasi richiamo ai suoi obblighi di responsabilità si pone quale consapevole condotta antiggiuridica idonea ad integrare la fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.". Si veda: C. PIZARRO WILSON, *Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial*, cit., p. 106.

⁴⁴³ A riguardo si veda quanto affermato dalla pronuncia della Corte di Appello di Bologna, 10 febbraio 2004, n. 307, in *Resp. civ.*, 2006, p. 131, secondo la quale non è solo all'esito delle prove biologiche che il genitore acquisisce la consapevolezza di avere un figlio: nel caso sottoposto alla Corte, in particolare, il soggetto che in seguito agli esami è stato riconosciuto padre biologico aveva avuto una relazione con una donna sposata dalla quale era nato un figlio. Quest'ultimo era stato disconosciuto dal marito della donna, una volta venuto a conoscenza della relazione adulterina, e la vicenda aveva creato molto scalpore. Per tale ragione, il giudice aveva ritenuto integrato il requisito della colpevolezza necessario per aversi illecito civile e aveva condannato il padre a risarcire il danno esistenziale.

non l'ha più rivista e non è stato da lei informato della condizione di gravidanza, né è stato messo al corrente dell'accaduto da parte di terzi per l'assenza di conoscenze comuni. In tal caso, si potrebbe addirittura prospettare un'eventuale pretesa risarcitoria di padre e figlio nei confronti della madre che, celando all'uomo la gravidanza e la nascita del bambino, li ha privati del fondamentale e rilevante rapporto affettivo che tra gli stessi poteva maturare.

Tornando alle fattispecie in esame, il Tribunale di Venezia, con sentenza del 18 aprile 2006, ha condannato un padre che, pur consapevole di avere un figlio, se n'era sempre disinteressato, a risarcire i danni patrimoniali causati a quest'ultimo (danno da perdita di *chance*) nonché il danno esistenziale.

Nel caso di specie sia la condotta, sia l'evento dannoso si sono verificati prima dell'accertamento formale del rapporto. Il danno da perdita di *chance* è ritenuto sussistente in quanto, essendo le condizioni economiche del padre molto agiate, mentre quelle della madre decisamente umili, la mancanza del supporto economico paterno è stata ostativa al proseguimento degli studi, abbandonati a causa dell'inconciliabilità degli stessi con un'attività lavorativa necessaria per il proprio sostentamento, nonché alla possibilità di ottenere un inserimento in determinati ambienti lavorativi. Sul versante dei danni non patrimoniali invece il giudice ha reputato che il non poter beneficiare delle medesime condizioni di vita degli altri bambini, il dover iniziare a lavorare appena quattordicenne, la necessità di ricoprire così giovane un ruolo da adulto, la delusione nel non riuscire a conciliare studio e lavoro, fossero pregiudizi derivanti dalla violazione dei diritti fondamentali del minore posta in essere dal genitore inadempiente ai suoi doveri. Non si è verificata invece una condanna al risarcimento dei danni morali, in quanto non era astrattamente configurabile la fattispecie criminosa di cui all'art. 570 c.p. per assenza dell'elemento psicologico del dolo, necessario per aversi il delitto in questione.

Un caso analogo è stato affrontato in primo grado dal Tribunale di Modena e in sede di gravame dalla Corte di Appello di Bologna: un

uomo dalle condizioni economiche molto agiate aveva avuto una relazione con una donna sposata dalla quale era nato un figlio, riconosciuto tuttavia come figlio legittimo del marito della madre sulla base delle presunzioni di cui agli art. 231 e 232 c.c. Dopo pochi mesi dalla nascita, il bambino veniva disconosciuto da parte del marito; nonostante ciò il vero padre biologico, conscio della sua paternità, non solo non provvedeva al suo riconoscimento, ma neppure ad adempiere nei suoi confronti gli obblighi genitoriali, quali quello di mantenimento. Per tale ragione il figlio, divenuto adulto, conveniva il padre di fronte al Tribunale di Modena per sentir dichiarare la sua paternità e per vederlo condannare al ristoro dei pregiudizi patiti a causa del suo atteggiamento. Il Tribunale, con sentenza del 25 luglio 2001 n. 723, dichiarava la paternità naturale del convenuto e riconosceva la responsabilità del padre. In particolare, le voci di danno individuate erano il danno esistenziale e il danno patrimoniale, derivanti dalla lesione dei diritti fondamentali della persona, subiti dal figlio che - non disponendo dei mezzi che le elevatissime condizioni economiche del padre gli avrebbero permesso di avere - ha condotto un'esistenza, dal punto di vista sociale e lavorativo, del tutto diversa, e assolutamente deteriore, rispetto a quella che il rapporto di filiazione gli avrebbe consentito. Non era stato invece riconosciuto il danno morale soggettivo per il fatto che, nel caso di specie, secondo il giudicante, non era astrattamente configurabile il reato di cui all'art. 570 c.p. "*Violazione degli obblighi di assistenza familiare*", dal momento che il figlio, essendo mantenuto dalla madre e dal marito di questa, non si trovava in uno stato di bisogno. La sentenza in questione, seppur oggetto di gravame, veniva confermata dalla Corte di Appello di Bologna che rigettava la domanda attorea con pronuncia del 10 febbraio 2004, n. 307⁴⁴⁴.

⁴⁴⁴ Corte App. Bologna, 10 febbraio 2004, n. 307, cit., p. 131.

4. Il mancato esercizio del diritto- dovere di visita e il rifiuto di occuparsi del figlio.

La fase in cui i genitori entrano in crisi è particolarmente delicata per il minore, che vede mutare profondamente la sua quotidianità e, conseguentemente, si trova ad essere ancor più debole e vulnerabile. In detto momento, così critico, sovente accade che uno dei genitori si disinteressa del figlio, non occupandosi di tenerlo presso di sé nei periodi di tempo prestabiliti e non impegnandosi a mantenere con lui un rapporto significativo in modo da rimanere figura di riferimento importante nella sua vita, pur continuando invece a corrispondere quanto dovuto a titolo di mantenimento.

In passato, nella vigenza del regime dell'affidamento esclusivo (art. 155 c.c., testo precedente alla riforma del 2006) – com'è noto – al genitore non affidatario spettava il c.d. "diritto di visita" (art. 155, 2 comma c.c., ora modificato; art. 6, 3 comma, della legge sul divorzio n. 898 del 1970, come modificato dalla l. 6.3.1987, n. 74). Tale diritto, reputato, non senza opinioni contrastanti, un diritto – dovere⁴⁴⁵, seppure non definito all'interno del nostro ordinamento, ricomprendeva il diritto di condurre il figlio in un luogo diverso rispetto a quello in cui ha la sua dimora abituale per un limitato

⁴⁴⁵ In tale senso si veda F. MONCALVO, *Violazione del «diritto di visita» del genitore non affidatario e risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 419, secondo il quale il c.d. diritto di visita del genitore non affidatario, lungi dal soddisfare esclusivamente l'interesse del titolare del diritto, appare configurarsi come un vero e proprio diritto-dovere che assume i connotati di una funzione, dalla cui attuazione discende la realizzazione di un interesse superiore. A riguardo anche U. BRECCIA, voce "*Separazione personale dei coniugi*", in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, Torino, 1998, vol. XVIII, p. 402, che evidenzia come la visita sia soprattutto un dovere. Sulla doverosità della visita: Cass. 8 febbraio 2000, n. 1365, in *Giur. it.*, 2000, p. 1802. Si è anche detto che con l'espressione diritto di visita si vuole indicare la modalità con cui il genitore non affidatario esercita i suoi diritti - doveri nei confronti dei figli, costituendo, lo stesso diritto, una derivazione ed una forma affievolita del fondamentale diritto - dovere del genitore di mantenere, istruire ed educare la prole: così M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, 31. Sul diritto di visita si rimanda a: G. PIGNATARO, *Effetti della separazione legale*, in *La separazione. Il divorzio*, in *Il dir. fam. nella dottr. e nella giur.*, diretto da G. AUTORINO STANZIONE, Torino, 2005, p. 175 ss.; S. MERELLO, *Diritto di visita dei figli da parte del genitore separato (o divorziato) residente all'estero*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 171 ss.; G. GIACOBBE e G. FREZZA, *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in *Famiglia e matrimonio*, Tm. II, in *Tratt. dir. fam.*, a cura di P. ZATTI, Milano, 2002, p. 1326 ss.

periodo di tempo prestabilito (art. 5 della Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori dell’Aja del 25 ottobre 1980, ratificata con legge 15 gennaio 1994, n. 64). Tale diritto-dovere che, pur essendo riconosciuto anche nell’interesse del genitore, mirava a realizzare, *in primis* l’interesse del figlio, poteva tuttavia trovare delle limitazioni nelle ipotesi in cui il suo riconoscimento avesse recato pregiudizio a quest’ultimo⁴⁴⁶.

Attualmente, in seguito alla riforma dell’affidamento condiviso (l. n. 54/2006), pare – secondo taluni - riduttivo parlare di “diritto di visita” non solo in presenza di un affidamento condiviso, che vede i due genitori come coaffidatari, parimenti responsabili nella crescita del minore⁴⁴⁷, ma anche nel caso in cui il giudice disponga un affidamento esclusivo: una volta compresa la rilevanza che il rapporto con entrambe le figure genitoriali ha per il minore, sembra, infatti,

⁴⁴⁶ Si vedano, *ex multis*: “In tema di separazione personale dei coniugi, il diritto del genitore non affidatario a mantenere vivo il rapporto affettivo con i figli, interessandosi anche alla loro educazione e istruzione, essendo sempre finalizzato e subordinato al perseguimento dell’interesse dei minori, può essere legittimamente disciplinato dal giudice della separazione in modo da non recare pregiudizio alla salute psico-fisica dei minori medesimi anche prevedendo particolari cautele e restrizioni agli incontri, ovvero arrivando perfino a sospenderli del tutto se necessario” (Cass. 17 gennaio 1996, n. 336, in *Fam. dir.*, 1996, p. 227); “Qualora un figlio ormai adolescente provi nei confronti del genitore non affidatario sentimenti di avversione o di ripulsa e dia del proprio distacco affettivo e psicologico una motivazione seria e consapevole può il giudice nell’interesse poziore del figlio e allo scopo di evitargli seri e forse irreversibili pregiudizi sospendere totalmente e a tempo indeterminato il diritto di visita del genitore dal figlio rifiutato, tanto più che l’imposizione coattiva di rapporti col genitore stesso potrebbe sortire effetti controproducenti per entrambi dannosi” (Cass. 15 gennaio 1998, n. 317, in *Dir. fam.*, 1999, p. 77). Così anche: Cass. 9 maggio 1985, n. 2882, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2532; Cass., 22 giugno 1999, n. 6312, in *Mass. Giur. it.*, 1999. In tal senso anche U. BRECCIA, voce “*Separazione personale dei coniugi*”, cit., p. 403, che sottolinea come al pari dell’affidamento, anche l’incontro con l’altro genitore possa essere regolamentato allo scopo di non recare pregiudizio all’equilibrio psicologico del minore: a riguardo è possibile prevedere non solo cautele e restrizioni, ma anche spingersi – se necessario – fino alla soppressione degli incontri.

⁴⁴⁷ In tal senso si veda: “In ipotesi di affidamento del minore ad entrambi i genitori, con collocazione privilegiata presso uno di essi, è improprio e riduttivo continuare a parlare di “diritto di visita” del genitore non collocatario, in quanto detta terminologia riconduce ad una posizione di preminenza del genitore collocatario, identificandolo con quello affidatario esclusivo della vecchia disciplina” (Corte App. Napoli Sez. minori, decreto 17 ottobre 2008, in *Fam. Dir.*, 2009, p. 408).

limitativo riconoscere al genitore non affidatario un semplice diritto di visita⁴⁴⁸.

Anche nell'ordinamento spagnolo, nel quale la regola è ancora il ricorso al regime dell'affidamento esclusivo, l'art. 94 *Codigo Civil* prevede che il genitore non affidatario abbia il diritto di visitare il figlio, comunicare con lui e tenerlo in sua compagnia; e anche l'art. 160, dettato all'interno capo I del titolo IV "*Del rapporto genitoriale*", riconosce ai genitori, anche se non esercenti la potestà, il diritto di relazionarsi con i figli minori⁴⁴⁹. Si tratta, anche in questo caso, di un diritto- dovere, riconosciuto nell'interesse del figlio⁴⁵⁰.

Il mancato esercizio del diritto di visita e il rifiuto di tenere presso di sé il bambino e occuparsi personalmente della cura dello stesso non solo determina un inadempimento dei doveri genitoriali, che sopravvivono nonostante la crisi della famiglia, ma è idoneo a compromettere i diritti inviolabili della persona e determinare, conseguentemente, seri pregiudizi alla prole, bisognosa della vicinanza di entrambe le figure genitoriali in questo momento così delicato⁴⁵¹.

Naturalmente, è fondamentale valutare, in ogni caso, che la condotta del genitore sia stata effettivamente la causa del disfacimento del rapporto sussistente con il figlio. Non potrebbe, infatti, incorrere in responsabilità derivante dal mancato esercizio del diritto di visita o

⁴⁴⁸ Di tale avviso E. QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Familia*, 2006, p. 402 s.

⁴⁴⁹ Per un approfondimento sul diritto di visita all'interno dell'ordinamento spagnolo si rimanda a C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El derecho de visitas en la reciente praxis sudicia*, in *Aranzadi Civil*, vol. I (Estudio), 1994, (in www.westlaw.es). L'A., in particolare, (p. 15) sottolinea come detto diritto prescindano sia dalla titolarità che dall'esercizio della potestà. Tuttavia, rileva come molto spesso le ragioni che spingono a privare il genitore della potestà inducono a far venir anche meno il diritto di visita.

⁴⁵⁰ Si veda a riguardo T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del regime de visitas*, in *Daños en el derecho de familia*, a cura di DE VERDA Y BEAMONTE J. R e altri, Navarra, 2006, p. 179 s., e C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El derecho de visitas en la reciente praxis sudicia*, cit., p. 5. Così anche AP Navarra, 24 giugno 1992, AC 1992, 986; AP Toledo 15 gennaio 1993, AC 1993, 567. Detto diritto di visita può, infatti, essere limitato o sospeso dal giudice se si verificano gravi circostanze che suggeriscono tale soluzione o in caso di inadempimento grave o reiterato dei doveri imposti dal provvedimento del giudice secondo quanto previsto dall'art. 94 *Codigo Civil*.

⁴⁵¹ In tal senso T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del regime de visitas* cit., p. 192.

comunque dal non aver tenuto con sé il minore, il genitore che non poteva porre in essere detti comportamenti poiché il giudice aveva posto un divieto a riguardo.

Anche se, a ben vedere, non è escluso – in particolare se si considerano le ragioni per le quali il giudice ha deciso di vietare gli incontri - che residuino possibili profili di responsabilità in relazione a condotte del genitore diverse rispetto al mancato esercizio del dovere di mantenere un rapporto con la prole tenendola con sé.

Lo stesso discorso vale nelle ipotesi in cui la rottura della relazione tra genitore e figlio sia dovuta ad un atteggiamento di rifiuto da parte del figlio. Anche in questo caso, però, è necessario indagare sulle ragioni per le quali il figlio si rifiuta di vedere il genitore ed eventualmente, nel caso in cui detto comportamento sia conseguenza di comportamenti tenuti dal genitore, valutare eventuali responsabilità⁴⁵².

Di fronte alle ipotesi in cui il figlio manifesti un atteggiamento di rifiuto, è tuttavia sempre necessario un atteggiamento cauto e prudente nell'analisi delle cause, in quanto spesso accade che questo risentimento non sia autonomamente sorto in capo al minore, ma gli sia stato invece inculcato da parte dell'altro genitore⁴⁵³. In questo caso, infatti, come si vedrà nel paragrafo seguente, a commettere un illecito potrebbe essere addirittura quest'ultimo.

In ogni caso, l'atteggiamento di disinteresse e disimpegno di un genitore potrebbe cagionare pregiudizi anche in capo all'altro, costretto a dover sempre badare al figlio e tenerlo con sé, e sottoposto ad uno sforzo notevole in quanto privato del supporto di un soggetto che lo aiuti nel duro compito di essere genitori. Questi, infatti, non solo dovrebbe rinunciare ai suoi spazi, situazione che potrebbe comportare – nonostante la netta chiusura manifestata a riguardo dalla

⁴⁵² Così G. FACCI, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, 2008, Torino, p. 224.

⁴⁵³ A riguardo si ricorda che la Germania è stata condannata dal Tribunale Europeo per i diritti umani al risarcimento dei danni nei confronti di un padre dal momento che i suoi giudici avevano escluso a questi il diritto di visita sulla base delle sole dichiarazioni del figlioletto di cinque anni, vittima della sindrome di alienazione parentale (Caso Elholz – Germania decisione n. 25735/2004).

giurisprudenza - una lesione della sua libertà personale dalla quale potrebbero derivare dei pregiudizi per i quali l'altro genitore potrebbe essere chiamato a rispondere, ma soprattutto dovrebbe, in presenza di impegni improrogabili, quali lo svolgimento della attività lavorativa, ricorrere a qualcuno che si occupi del bambino in sua assenza, come *baby sitter*, affrontandone i relativi oneri⁴⁵⁴. Inoltre, potrebbe anche lamentare un danno, sotto il profilo del lucro cessante, nell'ipotesi in cui fosse costretto a rifiutare occasioni lavorative interessanti dovendosi dedicare al figlio in via esclusiva. Pertanto, si potrebbe prospettare l'ammissibilità di eventuali pretese almeno per quanto riguarda il versante dei danni patrimoniali anche a favore dell'altro genitore, nonostante l'opinione contraria di quanti non solo reputano che, in questo caso, non sussisterebbe alcun illecito, ma neppure sarebbe possibile chiedere un rimborso delle spese⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ *Contra*, Cass. 8 febbraio 2000, n. 1365, in *Giur. it.*, 2000, p. 1802, che non ha invece ritenuto l'inadempimento del dovere di visita fonte di responsabilità alcuna verso l'altro genitore, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di secondo grado (la Corte di Appello di Palermo), che invece aveva condannato il padre a risarcire i danni per non aver tenuto con sé la figlia disabile nei giorni pattuiti comportando maggiori spese in capo alla madre che per potersi permettere spazi di libertà aveva dovuto ricorrere a qualcuno che a pagamento si occupasse della figlia, ravvisando nella condotta dell'uomo un illecito da lesione del diritto di libertà della madre. La Suprema Corte, non condividendo la ricostruzione della Corte di merito secondo la quale nel caso di specie sarebbe presente un atto illecito, ha ritenuto che l'accaduto potesse determinare la previsione di un semplice rimborso delle maggiori spese sostenute dalla madre a causa dell'inosservanza dei suoi doveri da parte del padre. Criticano detta soluzione: A. FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 272, dal momento che, secondo l'A., non pare corretto escludere un diritto dell'affidatario, al di là del mero rimborso delle spese sostenute, ad un ristoro delle ripercussioni di tipo esistenziale prodotte dall'inadempimento dell'altro genitore; ID., *La responsabilità dei genitori per i danni arrecati ai figli*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. CENDON, IV, Padova, 2004, p. 1324; G. FACCI, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri coniugali*, cit., p. 222 s. Nello stesso senso: "E' ammissibile la richiesta di risarcimento dei danni patiti dal coniuge separato affidatario, nei confronti dell'altro coniuge che ha mancato l'obbligo morale e giuridico di visitare periodicamente il figlio, ancor più allorché questi sia portatore di handicap" (Trib. Brindisi, 30 ottobre 2001, in *Giur. merito*, 2002, pt. I, p. 391).

⁴⁵⁵ Ritiene che in caso di inadempimento del dovere di visita non sia possibile per l'altro genitore né ottenere un risarcimento dei danni, né avere un rimborso delle maggiori spese subite per aver dovuto tenere per un tempo maggiore il figlio, V. CORRIERO, *Il genitore affidatario ha diritto ad un rimborso in caso di "mancate visite" del non affidatario?*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1802 s. Secondo l'A., infatti, la Corte di Cassazione nella sentenza n. 1365 del 2000 avrebbe compiuto un'aporìa insanabile nel momento in cui ha riconosciuto al genitore affidatario, in presenza dell'inadempimento del dovere di visita da parte dell'altro, un rimborso delle maggiori spese subite, in quanto ha segmentato e limitato nel tempo l'obbligo del

5. L'ostruzionismo all'esercizio del diritto di visita e alla continuazione del rapporto con l'altro genitore.

È piuttosto frequente, purtroppo, che un genitore – di regola l'affidatario in via esclusiva o comunque il coaffidatario presso il quale il minore ha la sua collocazione preferenziale - per ripicca o astio nei confronti dell'altro gli impedisca di vedere e tenere con sé il figlio nei tempi e secondo le modalità previste dal giudice nel provvedimento relativo all'affidamento⁴⁵⁶. Tuttavia, il figlio e l'altro genitore hanno diritto di mantenere un rapporto, nonostante l'intervenuta crisi, e i loro incontri possono venir esclusi solo dal giudice, ove ritenuti in contrasto con il prevalente interesse del minore. Al di fuori di tali ipotesi limite, è nell'interesse stesso del minore mantenere rapporti significativi con entrambe le figure genitoriali, in quanto il rapporto rappresenta un sicuro momento di crescita e di arricchimento. Pertanto, un genitore non può arbitrariamente e ingiustificatamente impedire all'altro di prendersi cura del figlio e di adempiere nei suoi confronti i doveri ai quali è tenuto per legge.

L'ostruzionismo si può realizzare con diverse modalità: la più evidente implica un atteggiamento esplicito da parte del genitore il quale, tramite comportamenti materiali, impedisca fisicamente il realizzarsi degli incontri: basti pensare al rifiuto di consegnare il bambino nei periodi di tempo in cui dovrebbe stare con l'altro; il

genitore affidatario di curare la prole con esclusivo riferimento ai periodi della permanenza di un figlio presso di sé, senza tener conto del fatto che la natura di *munus* del diritto di visita porterebbe a negare la rimborsabilità. Secondo l'A. la Corte, pur non sostenendo la tesi secondo la quale l'inadempimento del dovere di visita comporterebbe un illecito, tuttavia riconoscendo al coniuge presente un diritto al rimborso, implicitamente attribuisce in capo a quest'ultimo un diritto al riposo incompatibile con la natura giuridica dell'affidamento. L'unico interesse guida in tale ambito sarebbe invece quello del minore. Secondo l'A. anche la scelta di riconoscere un rimborso delle spese non sarebbe condivisibile in quanto potrebbe incrementare la conflittualità e l'intento speculativo con un contestuale sminuimento dell'interesse del minore. L'A. conclude nel senso che la rimborsabilità sarebbe possibile, tenendo conto che si ragiona di interessi personali dell'ex coniuge affidatario e data la maggior cura e dedizione che richiede un figlio disabile, sarebbe possibile unicamente nelle ipotesi in cui si fosse ricorso ad un sostituto qualificato nei periodi di mancate visite.

⁴⁵⁶ Si rimanda a T. MARIN GARCIA DE LEONARDO, *Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas*, cit., p. 183 ss.

riprendere e richiamare il figlio o addirittura la sua reclusione nella sua stanza nell'ipotesi in cui questi voglia uscire di casa per andare a trovare il genitore.

Tuttavia, ancora più subdolo e sottile è l'atteggiamento del genitore che non ostacoli materialmente gli incontri tra il figlio e l'altro genitore, ma – peggio ancora – cerchi di influenzare il primo al fine di fargli assumere un atteggiamento di rifiuto verso il secondo: in questo caso è il figlio che in prima persona manifesta di non voler più avere a che fare con il genitore (*síndrome de alienación parental*). La portata potenzialmente pregiudizievole di detta condotta è evidente⁴⁵⁷. Detto atteggiamento può provocare in capo all'altro genitore e al figlio danni di notevole rilevanza – in particolare non patrimoniali – che il genitore ostacolante sarebbe tenuto a risarcire⁴⁵⁸:

⁴⁵⁷ A riguardo si veda Trib. Monza, 5 novembre 2004, in *Danno resp.*, 2005, p. 851. Nel caso di specie il genitore non aveva posto in essere violazioni di quanto stabilito dal giudice nel provvedimento sull'affidamento, ma semplicemente aveva posto in essere un condizionamento tale sul minore da ingenerargli un rifiuto verso la madre.

⁴⁵⁸ A riguardo G. DE MARZO, *Responsabilità civile e rapporti familiari*, in G. DE MARZO, C. CORTESI e A. LIUZZI, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, 2 ed., Milano, 2007, p. 707, sottolinea come accanto all'interesse del minore, criterio guida nell'assunzione delle decisioni del giudice vi è anche una situazione soggettiva del genitore non affidatario che può essere sacrificata solamente qualora entri in collisione con le ragioni della prole: non appare perciò legittimo comprimere l'esplicazione della personalità del genitore nel rapporto con il figlio. Anche all'interno dell'ordinamento spagnolo detti comportamenti potrebbero far sorgere una responsabilità del genitore ostacolante sia verso l'altro, sia verso il figlio: in tal senso si veda T. MARIN GARCIA DE LEONARDO, *Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas*, cit., p. 198, secondo la quale sarebbe possibile aprire una via al risarcimento dei danni e dei pregiudizi *ex art. 1902 Código Civil* nei casi in cui l'inadempimento del regime di visita determini un danno in capo al genitore non affidatario e al figlio per il conseguente deterioramento del rapporto. Di fronte ad una fattispecie concreta caratterizzata dal fatto che la madre impediva al padre di esercitare il suo diritto di visita nei confronti della figlia ha ammesso il risarcimento dei danni patiti da quest'ultimo a causa di detto comportamento, confermando così quanto affermato dal giudice di primo grado, l'Audiencia Provincial di Cadiz con sentenza 8 aprile 2002 (AP Cadiz, 8 aprile 2002, AC/2002/1064). Pur ammettendo astrattamente la possibilità di invocare lo strumento di cui agli art. 1902 e ss *Código Civil* (responsabilità aquiliana) in presenza di un comportamento doloso, ha invece rigettato la pretesa risarcitoria avanzata da un padre nei confronti della madre per i pregiudizi causati dal comportamento ostruzionista all'esercizio del diritto di visita, l'Audiencia Provincial di Valencia con sentenza 2 febbraio 2006, n. 89 (AP Valencia 2 febbraio 2006, n. 89, JUR/2006/207982), per diversi ordini di ragioni: *in primis*, per il fatto che avverso l'inadempimento del regime di visita non sarebbe possibile applicare, come domandato, la disciplina di cui all'art. 1101 *Código Civil* (responsabilità contrattuale), non essendo possibile ricorrere ad essa in caso di inadempimento di obbligazioni che non trovano la loro fonte nell'autonomia delle parti, ma nella

l'ostruzionismo così manifestato, certamente idoneo a minare il fondamentale rapporto, soprattutto di natura affettiva, instauratosi tra l'altro genitore e il figlio o a impedirne l'instaurarsi, potrebbe creare profonde ripercussioni, in particolare sul piano esistenziale⁴⁵⁹. Senza considerare che, nell'ipotesi in cui la condotta sia sorretta dall'elemento psicologico del dolo, non solo si potrebbe ricorrere, in presenza dei requisiti indicati nel capitolo precedente, allo strumento risarcitorio, ma potrebbero anche essere integrati gli estremi dei reati di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice *ex art.* 388 c.p.⁴⁶⁰, di sottrazione dei minori di cui all'art. 574 c.p., oppure – addirittura - di sequestro di persona *ex art.* 605 c.p.⁴⁶¹.

A riguardo, il Tribunale di Monza, con sentenza 5 novembre 2004⁴⁶², ha condannato il genitore affidatario della prole (il padre)

legge stessa. In secondo luogo, non sarebbe stata invece applicabile nel caso di specie la tutela aquiliana per carenza del dolo nella condotta della madre. Infine, non risulta provato il nesso eziologico tra la rottura del rapporto tra padre e figlia e il comportamento della madre, ma piuttosto emergono diversi fattori causali tra i quali anche il comportamento del padre che, pur di arrivare ad una separazione consensuale, ha accettato un accordo che prevedeva che potesse vedere la figlia solamente due volte al mese. Inoltre, non è stata data prova alcuna dei pregiudizi che il padre avrebbe patito.

⁴⁵⁹ Si veda a riguardo, F. MONCALVO, *Violazione del «diritto di visita» del genitore non affidatario e risarcimento del danno*, cit., p. 420. Interessante a riguardo è un'altra pronuncia del Tribunale di Roma, 3 maggio 2000, in *Temi Rom.*, 2000, p. 1157, concernente la condanna del genitore che aveva tenuto una condotta ostruzionistica al risarcimento dei danni biologici cagionati in capo all'altro genitore. La sentenza risulta citata da P. PORRECA, *La lesione endofamiliare del rapporto parentale come fonte di danno*, in *Giur. it.*, 2005, pt. II, c. 1635.

⁴⁶⁰ In tal senso: “In tema di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento giurisdizionale adottato in sede di separazione tra i coniugi, il genitore affidatario ha il dovere di favorire il rapporto del figlio con l'altro genitore, a meno che sussistano contrarie indicazioni di particolare gravità, tenuto conto che entrambe le figure genitoriali sono centrali e determinanti per la crescita equilibrata del minore. Ne discende che ostacolare gli incontri tra padre e figlio, fino a recidere ogni legame con gli stessi, oltre ad avere effetti deleteri sull'equilibrio psicologico e sulla formazione della personalità del secondo, configura esclusione dell'esecuzione del provvedimento giurisdizionale adottato dal giudice civile” (Cass. Pen., 6 luglio 2009, n. 27995, in www.affidamentocondiviso.it).

⁴⁶¹ A riguardo “Al fine di configurare il delitto di sequestro di persona, che può concorrere con il reato di sottrazione di persone incapaci, non è sufficiente la ritenzione del minore degli anni quattordici contro la volontà del genitore esercente la patria potestà, ma è necessaria la limitazione della libertà personale del minore” (Cass. pen., 19 luglio 1991, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 79).

⁴⁶² Trib. Monza, 5 novembre 2004, cit., p.851. In particolare, nel testo della decisione si afferma come: “Nel caso in esame, appare indubbio che la compromissione sofferta dalla sig.ra F. nella sfera dei propri rapporti con il figlio minore, attraverso l'interruzione di ogni apprezzabile relazione negli ultimi dieci

che, inculcando nel bambino sfiducia nei confronti della madre, aveva determinato in quest'ultimo un'ostilità verso la figura materna dalla quale reputava di essere stato abbandonato. In particolare, il padre, non rispettando il fondamentale dovere morale e giuridico di non ostacolare, ma anzi di favorire la partecipazione dell'altro genitore alla crescita e alla vita affettiva del figlio, ha provocato un grave pregiudizio in capo a quest'ultimo e in capo alla madre i quali, privati della possibilità di instaurare un rapporto, hanno perso un'insostituibile relazione affettiva. Tuttavia, dal momento che la domanda concerneva unicamente la condanna al risarcimento dei danni patiti dalla madre, il Tribunale, potendo pronunciarsi solamente sulla domanda (art. 112 c.p.c.), ha riconosciuto l'uomo responsabile dei danni cagionati alla donna.

Anche il Tribunale di Roma con sentenza del 13 giugno 2000⁴⁶³, ha condannato una madre, che impediva – con un'evidente condotta ostruzionistica - al padre l'esercizio del diritto di visita, al risarcimento del danno biologico e di quello morale nei confronti di quest'ultimo. Il giudice del divorzio aveva, infatti, previsto un regime di visita e di permanenza del figlio presso il padre, nondimeno, nonostante quest'ultimo si fosse sempre occupato con cura di adempiere i doveri genitoriali e avesse presentato frequenti richieste di vedere il bambino, la madre si era sempre rifiutata di permettere gli incontri, contravvenendo a quanto previsto dal giudice nel

anni, integri la lesione di un diritto personale costituzionalmente garantito, e rappresenti quindi un fatto costitutivo del diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali sotto l'aspetto sia del danno morale soggettivo (patema d'animo), sia dell'ulteriore pregiudizio derivante dalla privazione delle positività derivanti dal rapporto parentale. Detto danno potrà così trovare congruo risarcimento anche indipendentemente dall'accertamento in via puramente astratta ed incidentale, di una responsabilità penale (e quindi del riconoscimento di una volontà dolosa del sig. R di eludere i provvedimenti che regolavano i rapporti tra il figlio e la madre non affidataria), sulla semplice verifica del connotato colposo delle condotte, idoneo a sostenere l'imputabilità dall'evento lesivo secondo i criteri di cui all'art. 2043 c.c.". Gli interessi fatti valere nel caso di specie sono quello alla intangibilità della sfera degli affetti e della solidarietà in ambito familiare e quello alla libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona nella famiglia previsti negli artt. 2, 29 e 30 Cost.

⁴⁶³ Trib. Roma, 13 giugno 2000, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 60, per quanto concerne la massima, mentre il testo integrale si trova in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 209. Si veda il commento di M. DOGLIOTTI, *La responsabilità civile entra nel diritto di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 61 ss.

provvedimento giudiziale. La donna si era difesa sostenendo che, dopo essere stata abbandonata dal marito, si era ricostruita una vita con un nuovo partner a al suo fianco che si era anche preso cura del bambino; conseguentemente non voleva che padre e figlio si vedessero perché questo avrebbe potuto creare effetti emotivi per il fatto che ora il figlio identificava la figura paterna nel nuovo compagno.

Il Tribunale, reputando astrattamente presenti i presupposti per il reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 c.p.p.), ha condannato la madre al risarcimento del danno morale nei confronti del padre. In secondo luogo, ha reputato sussistente anche un danno biologico in capo al padre, sottoposto a prolungati turbamenti neuro-psichici, dolore, ansia e logorante angoscia per il non aver potuto assolvere i suoi compiti verso il figlio. Non è invece stata pronunciata, seppur astrattamente ipotizzabile, una condanna al risarcimento dei danni verso il figlio, per carenza di legittimazione attiva in capo al padre che aveva proposto la domanda senza però avere la rappresentanza processuale del minore, in quanto genitore non affidatario, non esercente la potestà.

Fino ad ora si è sempre discusso di pregiudizi che il bambino potrebbe patire nell'ipotesi in cui un genitore gli impedisca di incontrare l'altro o lo influenzi al fine di rendergli l'altro sgradito, nondimeno il minore potrebbe subire un danno anche qualora la condotta ingiustificatamente ostruzionistica sia diretta verso altri parenti, quali i nonni. In seguito alla novella introdotta dalla legge sull'affidamento condiviso, l'art. 155 c.c. riconosce, infatti, espressamente il diritto del figlio minore, anche in caso di separazione personale dei genitori, a conservare rapporti significativi con gli ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale⁴⁶⁴. Allo stesso modo, anche l'art. 94 *Codice civile*, concernente la disciplina comune alla separazione, al divorzio e alla nullità del matrimonio, stabilisce che il giudice dovrà, altresì, determinare, previo ascolto dei genitori e dei nonni che dovranno dare il loro consenso, il diritto di comunicare e di

⁴⁶⁴ A riguardo si vedano: L.C. NATALI e P.J. NATALI, *Crisi coniugale: diritto di visita dei nonni e sua tutelabilità*, in *Corr. Merito*, 2009, p. 506 ss.

visitare i nipoti da parte dei nonni, secondo quanto stabilito dall'art. 160 *Codice Civile*. Secondo tale articolo non è possibile impedire, senza giusta causa, i rapporti personali dei figli con i nonni e gli altri parenti.

6. La difformità tra dato biologico e *status*: la responsabilità da perdita del rapporto parentale.

Incorre in responsabilità e dovrà pertanto rispondere dei danni cagionati, il soggetto che, conscio di non essere il padre biologico, comunque provveda al riconoscimento del bambino e, successivamente, impugni il riconoscimento per difetto di veridicità. Ovviamente, si deve trattare di un riconoscimento posto in essere con la consapevolezza della sua non veridicità: non potrebbe, infatti, incorrere in responsabilità l'uomo non consapevole di non essere il padre del bambino che ha riconosciuto come proprio⁴⁶⁵.

Il bambino potrebbe patire diversi pregiudizi – tendenzialmente non patrimoniali – a causa di detta condotta: potrebbe, infatti, entrare in uno stato di vera e propria depressione e provare un forte senso di privazione una volta venuto a scoprire che il soggetto che aveva sempre identificato come padre e del quale era sempre stato reputato figlio nella considerazione sociale in realtà non è tale. Innegabilmente a detti esiti sconcertanti è agevole giungere nelle ipotesi in cui, a seguito dell'impugnazione del riconoscimento, si interrompano anche i rapporti di affetto e la frequentazione tra i soggetti. È infatti questo aspetto, molto più di quello relativo al mutamento di *status*, idoneo a determinare segni negativi indelebili.

Si richiama a riguardo un caso sottoposto al Tribunale di Torino⁴⁶⁶ nel quale un soggetto, in un primo momento aveva riconosciuto una bambina come propria in modo mendace e, dopo

⁴⁶⁵ A riguardo G. FACCI, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, cit., p. 233, sottolinea come sia esclusa la responsabilità se il riconoscimento non veridico sia stato effettuato per errore.

⁴⁶⁶ Si veda a riguardo Trib. Torino, 31 marzo 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 193 ss.

molti anni, aveva impugnato il riconoscimento per difetto di veridicità. Nei confronti dell'uomo che aveva citato in giudizio sia la moglie, sia il curatore speciale della bambina, per sentir dichiarare nullo e inefficace il riconoscimento di quest'ultima per difetto di veridicità, era stata proposta domanda di risarcimento da parte del curatore speciale della bambina. Dall'istruttoria erano emersi sia il difetto di veridicità del riconoscimento, data la carenza di derivazione biologica, sia la piena consapevolezza che il marito aveva, già al momento in cui l'aveva posto in essere, della non paternità di quella bambina, nata precedentemente alla celebrazione del matrimonio. Posta l'astratta configurabilità del reato di cui all'art. 483 c.p. "*falsità ideologica commessa da privato in atto pubblico*", il Tribunale condannava l'uomo al risarcimento dei danni morali verso la bambina. La situazione creatasi avrebbe determinato, infatti, in capo a quest'ultima un pregiudizio psicofisico, consistente nella difficoltà di reinserirsi in un determinato ambiente sociale e scolastico con un altro cognome e nelle sofferenze che, inevitabilmente, patirà una bambina di dodici anni in grado di rendersi conto del mutamento di situazione, a seguito dei commenti delle persone, senza considerare il patimento derivante dallo scoprirsi non più figli di quello che per anni si era reputato padre.

Detti pregiudizi sono senza dubbio causalmente legati alla condotta dell'uomo che in precedenza aveva scelto di riconoscere in modo mendace e successivamente ha provveduto ad impugnare detto riconoscimento in quanto non conforme a verità⁴⁶⁷.

In particolare, dalla pronuncia emerge come i danni siano di una certa rilevanza anche per il fatto che la bambina viene a scoprire la verità e patisce un mutamento di stato proprio in una fase della vita in cui, pur essendo particolarmente debole, è in grado di rendersi conto di quello che sta accadendo. Detta eventualità è possibile per il fatto che,

⁴⁶⁷ In particolare, fondamentale rilevanza causale nel determinare il danno viene riconosciuta al momento dell'impugnazione del riconoscimento, mentre in secondo piano passa il mendace riconoscimento del quale era consapevole anche la madre: in tal senso G. FACCI, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, cit., p. 233.

essendo l'azione di impugnazione del riconoscimento imprescrittibile, secondo quanto precisato dal terzo comma dell'art. 263 c.c., può essere di molto posticipata rispetto al momento dell'avvenuto riconoscimento.

Spostando l'attenzione sulla filiazione legittima, si deve precisare che anche il disconoscimento della paternità, operato da un soggetto che era sempre stato consapevole di non aver alcun legame biologico con la prole, può comportare un illecito.

Indubbiamente, in questo caso, la possibilità che si verifichi un pregiudizio è notevolmente più limitata, per il fatto che si tratta di un'azione sottoposta al ridotto termine di prescrizione previsto dall'art. 244 c.c. Data la brevità del termine, il figlio disconosciuto si troverà, infatti, ancora in un'età tale da non essere in grado di rendersi conto di quanto sta accadendo e da non essere stato ancora inserito in un contesto sociale con il cognome del padre.

Non incorre, invece, in responsabilità l'uomo che, venuto a scoprire solo in seguito alla formalizzazione del rapporto l'assenza di un legame biologico con il bambino, proponga un'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Anzi, in questo caso, questi potrebbe aver patito pregiudizi e profonde sofferenze a causa della scoperta: in quest'ottica, potrebbe agire per ottenere un risarcimento dei danni patrimoniali, ma soprattutto non patrimoniali derivanti dalla perdita del rapporto parentale cagionati dalla madre, qualora questa, consapevole del fatto che il soggetto che stava procedendo al riconoscimento in realtà non aveva alcun rapporto biologico con il bambino, abbia celato la verità.

Lo stesso discorso vale anche per le ipotesi di filiazione legittima: la madre che, pur conoscendo la realtà, l'aveva taciuta, sarebbe responsabile dei pregiudizi derivanti dalla scoperta dell'assenza di legame biologico e dalla conseguente perdita del rapporto, eventualmente patiti dal figlio e dal marito tra i quali si era instaurato *ex lege* un rapporto di filiazione legittima in virtù dell'operare delle presunzioni di cui agli art. 231 e 232 c.c. Astrattamente anche nei confronti del bambino la madre potrebbe

essere chiamata a rispondere dei danni cagionati, anche se un'analisi del caso concreto potrebbe portare ad escludere la sussistenza di un illecito⁴⁶⁸.

Peggior è la situazione di colui che, determinatosi al matrimonio unicamente per la condizione di gravidanza della allora fidanzata, abbia poi scoperto di non essere il padre biologico del bambino: in questa ipotesi diversi potrebbero essere i danni derivanti da detta condotta, non solo il pregiudizio patito dal presunto genitore e dal figlio per la perdita del rapporto, ma anche il danno patito dall'uomo a causa della limitazione della sua libertà e determinazione causati da comportamenti contrari alla lealtà del futuro coniuge⁴⁶⁹.

7. I danni connessi alla procreazione.

Tra gli illeciti che i genitori possono cagionare ai figli rientrano anche quelli che concernono le fasi della procreazione e, in particolare, i momenti della nascita, del concepimento e della gestazione⁴⁷⁰. La questione concernente l'ammissibilità di una pretesa

⁴⁶⁸ In tal senso si veda A. FRACCON, *La responsabilità dei genitori per i danni arrecati ai figli*, cit., p. 1334.

⁴⁶⁹ Così Corte App. Milano, 12 aprile 2006, in *Fam. dir.*, 2006, p. 509 ss.

⁴⁷⁰ A riguardo si rimanda a: A. TRABUCCHI, *Il figlio, nato o nascituro*, inestimabilis res, e non soltanto res extra commercium, in *Riv. dir. civ.*, 1991, pt. I, p. 211 ss.; P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 614 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità per procreazione*, in *Giur. it.*, 1986, pt. VI, p. 113 ss.; M. DOGLIOTTI, "Diritto a non nascere" e responsabilità civile, in *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 1475; E. PALMERINI, *La vita come danno? No..., sì..., dipende*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, pt. I, p. 433 ss. AAVV., *Il bambino non voluto è un danno risarcibile*, a cura di A. D'ANGELO, in *L'alambicco del comparatista*, Milano, 1999. In particolare, si veda P.G. MONATERI, "La marque de Cain". *La vita sbagliata, la vita indesiderata, e le relazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit., p. 284 ss. A riguardo si veda anche AA.VV., *Dalla disgrazia al danno*, a cura di A. BRAUN, in *L'alambicco del comparatista*, Milano, 2002. In particolare A. ADEZATI, *Dalla disgrazia al danno: come risarcire chi nasce con l'handicap? L'arte di giudicare della cassazione francese nell' "affaire Perruche"*, ivi, p. 369 ss.; R. DE MATTEIS, *Wrongful life: problemi e falsi dilemmi*, ivi, p. 455 ss. Ancora si veda: M. FRANZONI, *Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 486 ss.; G. FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 561 ss.; ID., *Il danno da vita indesiderata*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 254 ss.; ID., *La legittimazione al risarcimento in caso di danno da vita indesiderata*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 330 ss.; A. PINNA, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, in *Contr. impr.*, 2005, n. 1, p. 1 ss.; A.M.

risarcitoria del figlio affetto da una malattia o un'infermità, riconducibile, direttamente o in via mediata, a un'azione o un'omissione posta in essere dai genitori prima della sua nascita è particolarmente delicata⁴⁷¹ e, salvi alcuni importanti interventi a riguardo, raramente è stata sollevata dinnanzi ad un giudice⁴⁷². Nondimeno, l'occasione per affrontarla, almeno in via teorica e astratta, è offerta dall'analisi delle tematiche relative ai casi di responsabilità dei sanitari e di c.d. *malpractice* medica: frequenti sono infatti le azioni risarcitorie proposte dai genitori in proprio o/e quali rappresentanti legali del figlio contro il medico che non li ha informati delle eventuali malformazioni del feto, impedendo così di poter scegliere di interrompere la gravidanza⁴⁷³; oppure ancora, quelle

PRINCIGALLI, *Nascere malfermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 67.

⁴⁷¹ Così A. MACÍA MORILLO, *Los problemas planteados por las acciones de "procreación irresponsable" desde el punto de vista de la responsabilidad civil y del derecho de familia*, in *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, diretto da C. LASARTE, Madrid, 2006, p. 609.

⁴⁷² In Spagna non paiono essersi verificati casi in cui i figli nati con malformazioni hanno agito per ottenere il ristoro dei danni nei confronti dei genitori, nondimeno vi sono state diverse azioni proposte contro i medici per non aver diagnosticato la malattia del feto o per non aver informato i genitori in tempo che hanno smosso l'interesse della dottrina a riguardo e hanno fatto sì che si cercasse di dare risposta anche agli interrogativi che ora vengono posti.

⁴⁷³ In tal caso, mentre si accoglie la pretesa verso i genitori, non si ritiene invece che il figlio abbia diritto ad un risarcimento data l'assenza un diritto a non nascere se non sano. Inizialmente, si negava il risarcimento anche nei confronti dei genitori reputando che la malattia del bambino non fosse derivata casualmente dall'operato dei medici. Successivamente, compresi come l'evento dannoso sia da riconoscere nella privazione del diritto di scelta nel decidere se interrompere o meno la gravidanza derivante dall'omessa informazione prestata dal medico si riconobbe invece questa possibilità. A riguardo si vedano: "In caso di omessa diagnosi della patologia infettiva da cui sia affetta la gestante, patologia notoriamente suscettibile di compromettere seriamente le condizioni di salute del nascituro, si deve ritenere che l'inadempimento del debitore abbia cagionato alla coppia di genitori un danno morale e patrimoniale, avendole impedito di compiere una scelta "quella di interrompere la gravidanza" che con rilevante probabilità, ricorrendo tutte le condizioni di legge, sarebbe stata esercitata al fine di impedire la nascita di un figlio handicappato. Diversamente, nessun danno deve essere accordato al bambino nato malformato. Tale negazione è basata sulla duplice constatazione, da un lato, dell'insussistenza del nesso di causalità tra la condotta medica e l'handicap e, dall'altro, dell'impossibilità di ipotizzare l'esistenza di un danno da nascita in senso stretto. Si rileva, infatti, che un comportamento diligente da parte dei sanitari non avrebbe potuto impedire la malformazione congenita, non esistendo, allo stato attuale, dati scientifici sufficienti a provare che l'attuazione di una terapia farmacologia tempestiva avrebbe salvaguardato la salute del nascituro" (Trib. Padova 24 ottobre 2005 in *Nuova giur. civ. comm.* 2006, pt. I, p. 1330); "In mancanza di un intervento del legislatore, deve escludersi il diritto al risarcimento del danno a favore di un minore affetto da una malformazione genetica non diagnosticata nella fase prenatale, a causa di una

in cui la condizione di malattia del bambino è dipesa della condotta tenuta dai medici durante la gravidanza: basti pensare all'ipotesi in cui il medico abbia somministrato alla gestante dei medicinali che in realtà si sono rivelati nocivi per la salute del figlio, e a causa dei quali questi è nato gravemente malato⁴⁷⁴.

negligenza medica” (Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, in *Resp. civ.*, 2006, p. 850); “Va riconosciuta, in via di principio, la risarcibilità dei danni alla salute sia in favore della madre che del padre quando, a seguito della responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, si sono verificati danni incidenti su valori fondamentali della persona, costituzionalmente garantiti, tra i quali il danno biologico, inteso come lesione dell'integrità psico-fisica dell'individuo. Tuttavia la giurisprudenza di legittimità e di merito ha precisato al riguardo che l'omessa informazione da parte del medico non è di per sé sufficiente al risarcimento del danno, poiché è anche necessario accertare la sussistenza delle condizioni previste dagli artt. 6 e 7 della legge n. 194/78 per ricorrere all'interruzione di gravidanza: in altri termini affinché si possa connotare come "ingiusto" il danno prodotto occorre verificare, con valutazione che il giudice deve compiere ex ante, e cioè con riferimento al momento in cui il sanitario ha omesso la corretta diagnosi e la conseguente informazione, se la conoscenza della reale situazione avrebbe ingenerato nella donna un processo patologico con grave danno per la sua salute fisica o psichica” (Trib. Roma, 16 gennaio 2009, Massima redazionale, 2009, in www.plurisonline.it); “In tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, l'inadempimento del medico rileva in quanto impedisce alla donna di compiere la scelta di interrompere la gravidanza. Infatti la legge, in presenza di determinati presupposti, consente alla donna di evitare il pregiudizio che da quella condizione del figlio deriverebbe al proprio stato di salute e rende corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto. Ne consegue che la possibilità per la madre di esercitare il suo diritto ad una procreazione cosciente e responsabile interrompendo la gravidanza assume rilievo sotto il profilo del nesso di causalità, e non anche come criterio di selezione dei (tipi di) danni risarcibili; e che non sono danni che derivano dall'inadempimento del medico quelli che il suo adempimento non avrebbe evitato: una nascita che la madre non avrebbe potuto scegliere di rifiutare; una nascita che non avrebbe in concreto rifiutato; la presenza nel figlio di menomazioni o malformazioni al cui consolidarsi non avrebbe potuto porsi riparo durante la gravidanza in modo che il figlio nascesse sano” (Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, in *Danno resp.*, 2005, p. 380). Si vedano anche Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Danno Resp.*, 2002, p. 1148, e Trib. Pesaro, 26 maggio 2008, in *Giust. civ.*, 2008, pt. I, p. 2273.

⁴⁷⁴ In tal senso si veda una pronuncia della Suprema Corte (Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Resp. civ.*, 2009, p. 706) chiamata a pronunciarsi sulla domanda risarcitoria proposta dai genitori di un minore in proprio e quali rappresentanti del minore contro i sanitari che avevano somministrato in fase di gestazione un farmaco che ha causato gravi malformazioni in capo al figlio: “il nascituro ha soggettività giuridica ed ha diritto a nascere sano, con il conseguente obbligo dei sanitari di risarcirlo (diritto al risarcimento che per il nascituro, avente carattere patrimoniale, è condizionato, quanto alla titolarità, all'evento nascita ex art. 1, secondo comma, c.c., ed azionabile dagli esercenti la potestà) per mancata osservanza sia del dovere di una corretta informazione (ai fini del consenso informato) in ordine alla terapia prescritta alla madre (e ciò in quanto il rapporto instaurato dalla madre con i sanitari produce effetti protettivi nei confronti del nascituro), sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso. Il nascituro, diversamente, non ha diritto al risarcimento

Tornando agli eventuali profili di responsabilità dei genitori, bisogna tuttavia distinguere alcune fattispecie. La prima è caratterizzata dal fatto che la malattia insorge a causa di una condotta dei genitori tenuta successivamente al concepimento (danno in corso di procreazione o *post* concepimento). Il bambino in tali casi avrebbe potuto nascere sano se non fosse stato per la condotta tenuta durante la gravidanza dai genitori. In queste ipotesi, il diritto la cui lesione potrebbe dar luogo ad un danno ingiusto è il diritto a nascere sano o a non vedere lesionata la salute⁴⁷⁵.

Un'altra fattispecie riguarda, invece, i casi, che propriamente vengono detti di procreazione irresponsabile, nei quali la malattia genetica o comunque la grave infermità viene trasmessa con il concepimento stesso (danno da procreazione). In questi casi, il bambino non avrebbe potuto nascere se non malato.

Infine, vi sono quelle situazioni nelle quali il bambino, pur avendo contratto il morbo al momento del concepimento, avrebbe potuto nascere sano, se solo la madre si fosse sottoposta a cure o ad un intervento.

Immediatamente si comprende la complessità della materia per cui è necessario tener conto del fatto che, tradizionalmente, l'ostacolo all'ammissibilità di una pretesa risarcitoria in detti ambiti, è stata l'assenza di un soggetto passivo al momento della lesione⁴⁷⁶. Il problema concerne l'interpretazione dell'art. 1 c.c. che al primo comma, afferma che la capacità giuridica si acquista al momento della

qualora il consenso informato necessiti ai fini dell'interruzione della gravidanza (e non della mera prescrizione di farmaci), stante la non configurabilità del diritto a non nascere (se non sano). In senso difforme G. FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 565 s., ritiene possibile riconoscere anche al figlio nato malato una pretesa risarcitoria verso il medico che, non informando i genitori della sua condizione, non aveva permesso di scegliere di abortire. Secondo l'A., infatti, sarebbe contraddittorio consentire il risarcimento dei danni verso i genitori che per colpa del medico hanno un figlio handicap e non consentire invece un'azione al figlio. Il dover convivere con una gravissima malattia sarebbe un danno ingiusto indipendentemente dalla circostanza che l'unica alternativa sarebbe stata il non vivere. Una vita in condizioni di menomazione sarebbe negativa, indipendentemente dalle alternative possibili.

⁴⁷⁵ Secondo S. LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 253, tutto ciò permetterebbe di riconoscere in capo all'embrione un diritto a nascere sano, che andrebbe tuttavia inteso nella sua portata positiva e non in quella non negativa.

⁴⁷⁶ Si veda Cass., 28 dicembre 1973, n. 3467, in *Foro it.*, 1974, pt. I., c. 668.

nascita, coincidente con il distacco del feto dal corpo della madre, tuttavia, al secondo comma, riconosce l' idoneità ad essere titolare di diritti e obblighi anche al concepito, seppur subordinata all' evento nascita⁴⁷⁷.

Senza entrare nella delicata e discussa questione relativa al riconoscimento di una capacità giuridica generale in capo a chi non è ancora nato, si può tuttavia constatare che diverse previsioni contenute nel nostro ordinamento inducono ad individuare specifici contesti nei quali è possibile attribuire una certa soggettività in capo al concepito: l' art. 1 della legge sulla procreazione medicalmente assistita, indica tra le finalità della legge la tutela della salute di tutti i soggetti coinvolti compreso il concepito⁴⁷⁸; l' art. 1, primo comma, lettera c della legge n. 405 del 29 luglio 1975 "Istituzione dei

⁴⁷⁷ Tra le diverse interpretazioni fornite a riguardo, taluni - reputando il momento della nascita requisito essenziale per l' acquisto della capacità giuridica e non pura condizione - sostengono, partendo dal presupposto di una coincidenza tra capacità giuridica e soggettività, che il concepito in quanto privo della capacità giuridica non potrebbe neppure essere considerato soggetto di diritto: prima della nascita non vi sarebbe persona, ma soltanto speranza di uomo, parte delle viscere materne (M. TORTORA, *Istituzioni di diritto privato. La persona e l' ordinamento giuridico*, 1977, p. 140); Cass. 28 dicembre 1973 n. 3467, cit., c. 668). A riguardo si vedano le considerazioni di F. SALARIS, *Il tema di danno ingiusto al nascituro*, *Giur. it.*, 1974, pt. I, p. 1929 s. Taluni invece reputano il nascituro concepito titolare di una capacità giuridica provvisoria destinata a divenire definitiva con la nascita o a risolversi retroattivamente nel momento in cui questa non dovesse verificarsi: di tale avviso M. CONTE, *Dovere d' informazione e danno biologico: uno strano connubio*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 670; C. M. BIANCA, *Diritto civile I. La norma giuridica. I soggetti*², Milano, 2002, p. 221 ss. Altri ancora invece ritengono i diritti riconosciuti in capo al concepito sospensivamente condizionati all' evento nascita, verificatosi il quale detti diritti retroagirebbero fin dall' epoca del concepimento: in tal senso Cass. 1 agosto 1958, n. 2844, in *Giust. civ.*, 1958, pt. I, p. 1856. Secondo C. SIANO, *Malpractice e tutela del nascituro*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 822, la soggettività giuridica si dovrebbe riconoscere ogniquale sia possibile individuare un centro autonomo di interessi meritevoli di tutela per l' ordinamento giuridico e alla luce del quadro normativo non v' è dubbio che tale qualità debba essere accordata al nascituro.

Per un' analisi delle diverse considerazioni a riguardo si rimanda a G. ALPA e A. ANSALDO, *Le persone fisiche, Artt. 1 -10*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1996. Sul rapporto tra capacità giuridica e soggettività si veda P. STANZIONE, voce "Capacità", in *Enc. giur.*, Roma, 1988, Vol. V, p. 5 s.

⁴⁷⁸ Reputa detta previsione fondamentale nel riconoscimento di una soggettività al concepito: C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell' embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pt. II, p. 457 ss. In generale sulla possibilità di riconoscere una soggettività al concepito si veda F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, p. 96 s. Sul tema si rimanda a P. ZATTI, *Maschere del diritto e volti della vita*, Milano, 2009, p. 163 ss. A riguardo anche ID., *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, fs. 3, p. 149 ss.

consultori familiari” riconosce che il servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità ha come scopo la tutela della salute della donna e del prodotto del concepimento; l’art. 1 della legge 22 maggio 1978, n. 194 “Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza” prevede che lo Stato riconosca il valore sociale della maternità e tuteli la vita umana dal suo inizio. Un chiaro segno in tal senso proviene anche dalla Dichiarazione sui diritti del fanciullo del 1959 nel cui preambolo si afferma che al fanciullo va riconosciuta una protezione appropriata sia prima, sia dopo la nascita⁴⁷⁹.

Da queste disposizioni emerge che il concepito è titolare di alcuni diritti, *in primis* quello alla salute⁴⁸⁰, tutelato autonomamente

⁴⁷⁹ Tutto ciò solo per limitarsi a considerare i profili personali, ma anche per quanto concerne quelli patrimoniali vi sarebbe da dire: il nascituro già concepito, secondo quanto previsto dall’art. 462 c.c., è infatti dotato di una capacità successoria.

⁴⁸⁰ Si veda: “Il concepito, pur non avendo una piena capacità giuridica, è comunque un soggetto di diritto, perché titolare di molteplici interessi personali riconosciuti dall’ordinamento sia nazionale che sovranazionale, quali il diritto alla vita, alla salute, all’onore, all’identità personale, a nascere sano, diritti, questi, rispetto ai quali l’avverarsi della “*condicio iuris*” della nascita è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio ai fini risarcitori” (Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, cit., p. 707). Secondo L. VIOLA, *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 716, alla luce del presente quadro normativo i concepiti devono considerarsi soggetti giuridici titolari di interessi protetti, quali il diritto alla vita e alla salute, all’integrità psicofisica, rispetto ai quali l’avverarsi della *conditio iuris* della nascita *ex art. 1*, secondo comma, c.c. è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio a fini risarcitori. A riguardo interessante è la sentenza della Corte Costituzionale 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, pt. I, c. 515, nella quale si afferma che la tutela del concepito, già rilevante a livello di Codice Civile (art. 320, 339, 687 c.c.), ha fondamento costituzionale. L’art. 31, secondo comma, Cost. impone espressamente la tutela della maternità e l’art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo fra i quali non può non collocarsi, seppure con le sue particolarità, la situazione giuridica del concepito. Anche coloro che sostengono che il concepito sia privo della capacità giuridica, arrivano a riconoscere che, in virtù delle disposizioni contenute all’interno del nostro ordinamento, quali la legge sulla procreazione assistita, almeno potrebbe essergli riconosciuta la titolarità di alcuni diritti: si vedano a riguardo P. ZATTI e V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*¹⁰, Padova, 2005, p. 139. Sul tema anche G. BALDINI, *Il nascituro e la soggettività giuridica*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 334 ss., sottolinea come il diritto alla salute, posto al vertice della gerarchia dei valori, sia bene ancestrale strettamente necessario all’essere e mezzo diretto per la garanzia della vita. Ha valore prioritario perché costituisce il presupposto per poter usufruire degli altri beni a cominciare da quelli inviolabili e se spetta alla persona, spetta anche all’embrione riguardo al quale l’unica tutela possibile è quella attinente alla salute in quanto condizione indispensabile per consentirgli di nascere sano o addirittura la venuta ad esistenza *tout court*.

rispetto a quello della madre⁴⁸¹. In particolare, un “diritto a nascere sano”, locuzione che va intesa esclusivamente nella sua portata positiva e non negativa, in quanto significa soltanto che, sotto il profilo privatistico della responsabilità, nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso) e sotto il profilo - in senso lato - pubblicistico, che debbano essere predisposti istituti normativi o strutture di tutela, di cura ed assistenza della maternità, idonei a garantire nell’ambito delle umane possibilità, la nascita sana⁴⁸².

Ciò posto, è possibile riconoscere la sussistenza di un soggetto passivo per quanto riguarda i danni cagionati durante il concepimento. Ove invece la trasmissione della malattia sia avvenuta con il concepimento, pare arduo sostenere la presenza di un soggetto dal momento che, in questo caso, al momento della condotta reputata illecita (l’atto generativo) non sarebbe stato presente neppure un concepito titolare di un diritto a nascere sano⁴⁸³. Tale ultima obiezione può tuttavia venir superata sulla base di diversi assunti: *in primis*, le situazioni soggettive possono esistere anche se momentaneamente prive di un titolare⁴⁸⁴. In secondo luogo, la disciplina generale della responsabilità civile ci porta a riconoscere come, da un lato, non sia necessaria la contestualità tra condotta lesiva e danno, quest’ultimo

⁴⁸¹ In tal senso N. COVIELLO, *La tutela della salute dell’individuo concepito*, in *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 252 ss e p. 264, secondo il quale il concepito è tutelato nella sua salute. L’aborto è possibile solo laddove si debba salvaguardare la salute della madre. Così anche: “In assenza di condizioni che, ai sensi della legge n. 194 del 1978, permettono l’interruzione della gravidanza, il nascituro è titolare di una legittima aspettativa a nascere come individuo sano. Pertanto costituisce danno ingiusto quello ad esso derivante da una errata valutazione delle condizioni della partorientente, che gli abbia causato lesioni gravissime e irreversibili” (Trib. Verona, 15 ottobre 1990, in *Giur. merito*, 1992, p. 329). In particolar modo si veda P. GIAMMARIA, *Cenni sul danno al concepito*, in *Giur. merito*, 1992, p. 342, secondo il quale stante i progressi fatti dalla scienza nel campo in questione risulterebbe assai poco al passo con i tempi una chiusura che insistesse con la non risarcibilità dei pregiudizi patiti dal concepito: sarebbe inoltre necessaria una rilettura dell’intera normativa sulla capacità giuridica alla luce delle norme costituzionali.

⁴⁸² Di tale avviso, Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., p. 380. Così pure, A. LISERRE, *In tema di danno prenatale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pt. I, p. 103.

⁴⁸³ In tal senso M. ELIA, *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?*, in *Foro it.*, 1951, pt. I, c. 988.

⁴⁸⁴ Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, tm. II, Napoli, 2006, p. 672.

ben potendosi manifestare a distanza di tempo, e, dall'altro, come non sia fondamentale la sussistenza di un soggetto passivo al momento in cui si è manifestata la condotta: l'affermazione trova conferma nella riconosciuta risarcibilità dei danni morali derivanti da un'ingiuria subita prima della nascita⁴⁸⁵. A ben vedere però si è di fronte ad un falso problema dal momento che il danno (la vita malata) si verifica soltanto in seguito alla nascita del bambino, istante nel quale sicuramente sussiste un soggetto, a nulla rilevando che al momento in cui è stata tenuta la condotta non fosse rinvenibile un soggetto passivo⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Si veda a riguardo P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, cit., p. 633.

⁴⁸⁶ Di tale avviso anche: F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 538; M. FRANZONI, *Errore medico, diritto a non nascere, diritto a nascere sano*, cit., p. 487. In particolare, P. RESCIGNO, voce "Nascita", in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, vol. XI, p. 11, afferma che la responsabilità verso il minore per il danno prenatale può essere dichiarata sulla base del richiamo alle norme sulla responsabilità aquiliana, senza bisogno di costruire una improbabile capacità parziale o anticipata del nascituro. Ancora sul punto si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il danno morale al concepito, ovvero il "già e il non ancora" nella responsabilità civile*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 357 ss., secondo il quale non v'è una reale necessità logica di riconoscere al concepito una capacità giuridica anticipata rispetto al momento della nascita al fine di riconoscere al nato il diritto al risarcimento del danno alla salute derivante da atti compiuti prima che egli venisse alla luce. In tal senso M.L. ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural*, in *Daños en el derecho de familia*, a cura di DE VERDA e BEAMONTE J. R e altri, Navarra, 2006, p. 47. Per quanto concerne la giurisprudenza si veda: Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro it.*, 1994, pt. I, c. 2479: la Corte ha enunciato il principio secondo il quale al fine del risarcimento del danno extracontrattuale, non è necessaria la permanenza di un rapporto intersoggettivo tra danneggiante e danneggiato e che dunque quest'ultimo sia dotato di capacità giuridica essendo sufficiente che il soggetto passivo – nel caso di specie, un nascituro – sia centro di interessi giuridicamente tutelati. Nello stesso senso, Cass. Pen., 21 giugno 2000, n. 11625, in Cass. Pen., 2001, p. 2765: "E' titolare di un autonomo diritto al risarcimento il minore che abbia subito danni dalla commissione di un reato e che, al momento di tale commissione, benchè ancora non nato, fosse già stato concepito; per quanto concerne il danno morale, esso decorrerà dal momento in cui venga accertato il suo verificarsi (ad esempio, dal momento in cui il minore abbia acquisito la consapevolezza, con conseguente sofferenza, della mancanza di una figura genitoriale, venuta meno, nella specie, a seguito di omicidio colposo), dovendosi peraltro escludere la risarcibilità del danno morale relativamente alla vita intrauterina, per mancanza di una valida dimostrazione scientifica in proposito, mentre, per quanto concerne il danno biologico, esso andrà risarcito ove venga in concreto accertata una stabile compromissione psico-fisica del minore determinatasi a seguito dell'evento delittuoso". Ancora si veda: "Ai fini della imputazione della responsabilità civile, il necessario nesso di causalità tra la condotta e l'evento e tra detto evento e le conseguenze dannose che ne derivino prescinde da qualunque criterio di contemporaneità, purché sussista l'adeguatezza causale. Pertanto è risarcibile, iure proprio, il danno morale subito dal figlio

Si può dunque procedere all'analisi delle singole specifiche fattispecie.

7.1. (segue) Il danno in corso di procreazione.

All'interno di questa categoria possono essere ricondotte tutte quelle ipotesi in cui a causa di un comportamento dei genitori successivo al momento del concepimento, ma anteriore alla nascita, il concepito ha contratto una malattia. Basti pensare alle ripercussioni negative sulla salute del bambino determinate dalla condotta sregolata della madre che, nonostante la gravidanza, abusi di sostanze alcoliche o stupefacenti o continui a fumare; ancora, non si alimenti in modo adeguato, pur conscia del suo stato. Allo stesso modo si possono considerare le conseguenze derivanti da atteggiamenti violenti del padre contro la madre oppure dalla abitudine di questi di fumare sempre in presenza della donna.

È evidente che i comportamenti tramite i quali il padre potrebbe cagionare dei danni al concepito, tendenzialmente, potrebbero essere tenuti da qualsiasi altro soggetto, non rilevando in detto caso la qualifica di familiare: chiunque potrebbe fumare in presenza della donna incinta o usare violenza verso la stessa, pregiudicando le condizioni di salute del feto.

Quanto alla donna, nella fase della gravidanza essa si trova in una situazione del tutto particolare nella quale dovrebbe addirittura mutare le sue abitudini di vita, limitando conseguentemente la sua libertà personale, per preservare la salute del concepito⁴⁸⁷: il suo stato

della persona offesa che, alla data dell'incidente mortale, era stato già concepito ma non era ancora nato. In tal caso, il momento iniziale del verificarsi del danno è successivo alla nascita" (Cass. Pen. 13 novembre 2000, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 348). *Contra*, Cass., 28 dicembre 1973, n. 3467, cit., p. 668. La Corte ha, infatti, reputando il concepito privo di capacità giuridica che si acquisisce solamente al momento della nascita, ha reputato che non fosse possibile fondare la risarcibilità del danno facendo leva sul fatto che, seppure non sia necessaria la contemporaneità tra evento lesivo e danno, nondimeno è sempre necessaria una relazione intersubiettiva da ritenersi inesistente se il danneggiato non è ancor nato al momento in cui viene compiuto il fatto illecito.

⁴⁸⁷ Così A.M. ROMERO COLOMA, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil.*, cit., p. 161. Anche M.L. ATIENZA

le impone, infatti, di assumere un comportamento adeguato a tutelare la salute del figlio, con la conseguenza che, in caso di condotta sregolata, essa potrebbe incorrere in responsabilità⁴⁸⁸.

Nel giudizio di bilanciamento di interessi il diritto alla salute del figlio prevale, infatti, sulla libertà della madre: è vero che quest'ultima può anche interrompere la gravidanza ricorrendo all'aborto, ma tutto ciò è possibile soltanto in presenza di determinati presupposti diretti a salvaguardare la salute della donna - reputata nel giudizio di comparazione maggiormente meritevole di tutela rispetto alla vita e alla salute del feto - in mancanza dei quali anche la madre è dunque tenuta a salvaguardare la salute del concepito.

Ovviamente, una pretesa risarcitoria può essere fondata allorchè siano presenti i presupposti della responsabilità civile: in *primis* è necessaria la colpevolezza dei genitori, per la sussistenza della quale i comportamenti devono essere accompagnati dalla consapevolezza dell'esistenza di uno stato di gravidanza. Detto stato avrebbe dovuto suggerire loro di tenere comportamenti prudenti per non nuocere alla salute del concepito. Inoltre, la malattia deve essere conseguenza della condotta dei genitori e devono essere provati sia il danno, l'ingiustizia del quale emerge dal rango dell'interesse leso, sia il nesso causale. Una volta dimostrato che senza la condotta incriminata il bambino avrebbe potuto, con ogni probabilità, nascere sano, il genitore potrebbe incorrere in responsabilità⁴⁸⁹.

Nell'ordinamento spagnolo, tali fattispecie non solo possono dar luogo ad una pretesa risarcitoria, ma sono anche perseguibili penalmente, stante l'introduzione nel 1995 del delitto di cui all'art.

NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural*, cit., p. 52, ritiene questa soluzione corretta purchè la condotta della madre sia dolosa.

⁴⁸⁸ In tal senso G. FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 563, secondo il quale lo stato di gravidanza vincola la gestante, a tutela del nascituro, ad una limitazione della propria libertà di autodeterminazione soprattutto nel caso in cui questa si espliciti in comportamenti disdicevoli e pericolosi. A riguardo si veda A. LISERRE, *In tema di danno prenatale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pt. I, p. 103.

⁴⁸⁹ Favorevole a riconoscere una pretesa risarcitoria in tal senso al nascituro è S. LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, cit., p. 253.

157 del *Código Penal* che punisce chiunque, con qualsiasi mezzo o procedimento, cagioni al feto una lesione o un'infermità che pregiudichi gravemente il suo normale sviluppo - provocando nello stesso una grave tara fisica o psichica - con la pena della reclusione per un periodo da uno a quattro anni e un'inabilitazione speciale dall'esercitare qualsiasi professione sanitaria o per prestare servizio di qualsiasi tipo in cliniche, stabilimenti o consultori ginecologici, sia pubblici che privati, per il periodo di due anni⁴⁹⁰. Trattandosi di delitto, l'elemento psicologico richiesto è quello del dolo. Il soggetto attivo di detto reato può essere qualsiasi persona, compresi la madre e il padre. Qualora le lesioni derivino, invece, da comportamenti imprudenti potrebbe sussistere il delitto previsto all'art. 158 *Código Penal*⁴⁹¹. Integrati gli estremi di detti reati, la fattispecie darà altresì luogo ad una pretesa risarcitoria sul piano civile, secondo il disposto di cui all'art. 109 *Código penal*, in base al quale il compimento di un atto descritto dalla legge come delitto o atto criminale obbliga chi lo ha commesso a riparare i danni e i pregiudizi derivanti da esso e secondo l'art. 116, primo comma, *Código penal* in base al quale tutte le persone che sono responsabili di un delitto o di un atto criminale sono anche responsabili civilmente se dal loro atto sono derivati danni o pregiudizi.

⁴⁹⁰ Seppur taluni reputino necessario per aversi detto delitto il superamento del terzo mese di gravidanza, secondo la dottrina che parebbe maggioritaria in realtà dato che la norma non fa espressamente riferimento al feto, si dovrebbe riconoscere tutela anche all'embrione, in un'ottica in base alla quale la tutela dovrebbe essere riconosciuta a partire dal completo annidamento dell'ovulo fecondato all'interno dell'utero materno: così M.L. ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural*, cit., p. 49.

⁴⁹¹ Taluni escludono però che la madre possa rientrare tra i soggetti attivi dal momento che non potrebbe esigersi dalla gestante un obbligo di cura penalmente imposto sull'andamento della gravidanza: a riguardo C. SUÁREZ GONZÁLES, *Comentario al artículo 158 del Código penal*, in *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, diretto da RODRIGUEZ MOURULLO, Madrid, 1997, p. 451, sottolinea come in questo caso la madre incorrerebbe già in una pena naturale per il suo comportamento.

7.2. (segue) Patologie evitabili mediante il ricorso a cure o interventi.

Interessante è anche l'ipotesi di bambino che nasce affetto da una malattia che poteva evitarsi ove la madre si fosse sottoposta a determinate cure o interventi chirurgici durante la gestazione. In questo caso, lo stato di malattia non è derivato da un comportamento tenuto dalla madre durante la gravidanza, nondimeno la stessa avrebbe potuto evitarlo con un intervento o con delle terapie specifiche.

Per comprendere se possano sorgere in capo al figlio pretese risarcitorie verso la madre, è opportuno chiedersi se vi è in capo alla questa un obbligo di agire per la tutela della salute del feto in mancanza del quale non sarebbe possibile chiamarla a rispondere⁴⁹². La madre indubbiamente si trova rispetto ai figli in una posizione di garanzia, che le impone di agire a loro tutela, ma si tratta di comprendere quali comportamenti siano da essa esigibili. In ogni modo, il caso di specie presenta anche evidenti problemi nella ricostruzione del nesso causale⁴⁹³. In realtà, la soluzione preferibile è

⁴⁹² Un atteggiamento critico a riguardo è espresso da T.M. MANNSDORFER, *Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, wrongful life y tendencias. Especial atención al derecho suizo*, in *Revista de derecho y genoma humano*, 2001, n. 93, secondo il quale la madre non può essere equiparata ai terzi per gli eventuali comportamenti posti in essere nei confronti del figlio che abbiano comportato in capo allo stesso l'insorgere di una malattia. Questo perché nei suoi confronti sussiste una particolare condizione di privilegio per il particolare rapporto che esiste tra lei e il figlio. La madre è titolare di diritti della personalità e non si può negare alla stessa la possibilità di svolgere particolari attività durante la gravidanza. Per tale ragione non dovrebbe essere chiamata a rispondere per i comportamenti caratterizzati da una lieve negligenza. Diversamente il padre per i comportamenti tenuti nei confronti del figlio non ancora nato risponde come un terzo dal momento che non condivide con il figlio l'unità di destino che giustificherebbe un privilegio in suo favore. Nondimeno, l'A. individua (p. 110 ss.) diverse ipotesi all'interno delle quali si dovrebbe poter procedere per la salute del bambino anche contro la volontà della madre in presenza di interventi che per la stessa sarebbero insignificanti, ma che invece avrebbero un'alta possibilità di miglioramento delle condizioni del figlio: basti pensare alla possibilità di effettuare una trasfusione contro la volontà della madre. Di tale avviso anche M.L. ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural*, cit., p. 53 s., sempre che venga provato che l'omissione della madre è stata causa dell'infermità.

⁴⁹³ Non si può, infatti, determinare se non in via ipotetica quella che sarebbe stata la condizione di salute del bambino a seguito della cura o dell'intervento. Secondo taluni sarebbe comunque possibile imputare il risultato dannoso sulla base del criterio dell'incremento del rischio, ossia constatando con sicurezza o

quella di distinguere a seconda dell'incisività dell'intervento che la donna avrebbe dovuto subire e della probabilità di eliminare con esso la patologia. Qualora si tratti di semplici terapie o di interventi poco invasivi, grazie ai quali il bambino potrebbe con ogni probabilità nascere sano, sembrerebbe possibile ritenere la donna, consapevole dello stato di salute del feto e delle cure necessarie per far sì che la condizione dello stesso potesse migliorare, responsabile dei danni cagionati con il suo comportamento omissivo.

7.3. (segue) Patologie derivanti dal concepimento e conseguente responsabilità da procreazione.

Questione problematica⁴⁹⁴, considerata tra le più inquietanti della responsabilità civile⁴⁹⁵, è quella che attiene al c.d. danno da vita indesiderata (*wrongful life*). In questi casi il nato malformato o affetto da gravi malattie contratte al momento stesso del concepimento agisce nei confronti dei genitori che l'hanno messo al mondo in quelle condizioni oppure verso il medico che non ha informato, nel corso della gravidanza, i genitori del suo stato di salute, affinché questi potessero decidere, eventualmente, di interromperla. L'attore lamenta

comunque con una probabilità che rasenta la certezza che quel danno non si sarebbe verificato qualora la madre avesse tenuto la condotta omessa: così F. PANTALEÓN PRIETO, *Comentarios al Código Civil*, t. II, *M. Justicia*, Madrid, 1993, p. 1981 ss.

⁴⁹⁴ A riguardo A. MACÍA MORILLO, *Los problemas planteados por las acciones de "procreación irresponsable" desde el punto de vista de la responsabilidad civil y del derecho de familia*, cit., p. 615, si chiede a cosa servirebbe in questo caso la condanna al risarcimento del danno, oltre al trasferimento della titolarità di una somma di denaro da un soggetto ad un altro. Comunque l'amministrazione della somma spetterà ai genitori fino alla maggiore età del figlio. Ciò posto, non servirebbe ragionare sull'ammissibilità o meno di una condanna al risarcimento, data anche la difficoltà nell'accertarne i presupposti. In questo caso, i doveri del genitore di assistere, curare e mantenere il figlio malato sono già sufficienti a emendare questa situazione sia dal punto di vista giuridico, sia da quello sociale. In seno negativo si veda anche T.M. MANNSDORFER, *Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, wrongful life y tendencias. Especial atención al derecho suizo*, cit., p. 94, secondo il quale poiché per aversi responsabilità civile è necessario che il danno scaturisca da un comportamento colpevole del soggetto, in questo caso non vi può essere dal momento che il concepimento è un fenomeno naturale che in nessun caso può essere colpevole o meritare disapprovazione.

⁴⁹⁵ Così G. FACCI, *La legittimazione al risarcimento in caso di danno da vita indesiderata*, cit., p. 326.

dunque di aver dovuto patire, a causa del comportamento di detti soggetti, una vita malata.

Tali azioni non vanno confuse con quelle di *wrongful birth*, nelle quali sono invece i genitori che domandano il risarcimento dei danni patiti a causa di una gravidanza indesiderata o non interrotta contro i sanitari che hanno operato un intervento abortivo o di sterilizzazione non riuscito, in seguito al quale, tuttavia, è nato un figlio sano⁴⁹⁶.

Tornando alle azioni di *wrongful life*, aveva fatto scalpore una risalente pronuncia del Tribunale di Piacenza che aveva riconosciuto alla figlia, nata con una lue (sifilide) congenita, contratta al momento del concepimento, il risarcimento dei danni derivanti dall'essere stata messa al mondo malata nei confronti dei genitori che, consapevoli della loro condizione di malattia, avevano deciso di procreare⁴⁹⁷. Dalle risultanze dell'attività istruttoria era emerso, intatti, come i genitori già tempo prima del concepimento mostrassero sintomi evidenti, tali da renderli consapevoli della loro malattia e fossero in cura. Pertanto,

⁴⁹⁶ Si vedano: “In caso di fallito intervento di sterilizzazione e conseguente nascita di un bambino non desiderato, è ammissibile il risarcimento del danno patrimoniale, rappresentato dal costo del mantenimento del figlio fino al compimento degli studi o al raggiungimento dell'indipendenza economica” (App. Roma, 14 novembre 2006, in *Resp. civ.*, 2007, p. 568); “La nascita indesiderata determina una radicale trasformazione delle prospettive di vita dei genitori, i quali si trovano esposti a dover misurare (non i propri specifici «valori costituzionalmente protetti», ma) la propria vita quotidiana, l'esistenza concreta, con le prevalenti esigenze della figlia, con tutti gli ovvi sacrifici che ne conseguono: le conseguenze della lesione del diritto di autodeterminazione nella scelta procreativa finiscono per consistere proprio nei «rovesciamenti forzati dell'agenda» di rilievo come danno non patrimoniale, secondo la lettura costituzionale dell'art. 2059 c.c. (nel caso di specie i genitori di una bambina nata affetta da agenesia totale di un arto inferiore e da focomelia dell'altro hanno chiesto la condanna al risarcimento dei danni subiti in dipendenza della tardiva diagnosi della menzionata malformazione fetale, nei confronti del medico e dell'Asl)” (App. Perugia, 28 ottobre 2004, *Resp. civ.*, 2005, p. 796); “Nell'ipotesi di sterilizzazione maschile non riuscita per colpa del medico sono risarcibili ai genitori del figlio indesiderato il danno evento, consistente nella lesione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile, e il danno conseguenza immediatamente collegabile all'evento (compromissione della libertà di autodeterminazione della coppia), da individuarsi solo in quella parte di reddito e di consumi diretti degli attori che la nascita del nuovo figlio verrà irrimediabilmente a compromettere” (Trib. Milano 20 ottobre 1997, in *Danno resp.* 1999, p. 82).

⁴⁹⁷ Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, pt. I, c. 987: “I genitori, siano essi legittimi o naturali, sono responsabili per il fatto illecito nei confronti dei figli, quando abbiano loro trasmesso, attraverso il concepimento, una condizione morbosa che ne menomi l'efficienza fisica”.

– secondo il Tribunale - da questo elemento sarebbe ricavabile la sussistenza di una condotta quantomeno colpevole in capo a questi che, nonostante le loro condizioni, non si sono astenuti dal mettere al mondo un bambino. Il giudicante era giunto alla sentenza di condanna sulla base del presupposto per il quale se è un illecito trasmettere la lue ad una persona già esistente, non si vede per quale ragione non dovrebbe essere tale anche la trasmissione di una malattia ad una persona futura, né si potrebbe ritenere ostativa a detta possibilità la circostanza che l'azione non si rivolga verso una persona già esistente, ma si compia nell'atto stesso di dare la vita al futuro soggetto di diritto. Seppure il dono della vita sia grande, nondimeno la trasmissione di una malattia attraverso la generazione trasformerebbe questo dono in una grande infelicità e sarebbe, pertanto, un illecito. La pronuncia del giudice di prima istanza venne riformata dalla Corte di Appello di Bologna, chiamata a decidere in secondo grado⁴⁹⁸, per ragioni di carattere processuale attinenti alla carenza di legittimazione processuale della madre che, pur avendo la rappresentanza processuale della figlia, si trovava in una condizione di conflitto di interessi⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ Corte App. Bologna, 7 giugno 1951, in *Riv. dir. civ.*, 1952, pt. II, p. 338 ss.

⁴⁹⁹ Secondo S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 116, nel caso di specie i genitori non avrebbero dovuto essere riconosciuti responsabili per il fatto che il danno non si sarebbe verificato trattandosi di una malattia curabile, non influente sulla normalità del rendimento lavorativo e data l'assenza del nesso di causalità perché la malattia non sarebbe una conseguenza sicura del contagio.

Seppur una parte minoritaria della dottrina italiana e spagnola⁵⁰⁰ condivide quanto statuito dal Tribunale di Piacenza⁵⁰¹, continua tuttavia a sussistere un atteggiamento di forte chiusura a riguardo⁵⁰². Nonostante l'ostacolo rappresentato dall'assenza di un soggetto passivo nel momento in cui è stata posta in essere la condotta che ha cagionato il danno⁵⁰³ sia superabile, nondimeno la carenza, nel caso in

⁵⁰⁰ Parte della dottrina spagnola reputa, infatti, possibile in questo caso invocare la tutela di cui all'art. 1902 *Código Civil*: di tale avviso, A.M. ROMERO COLOMA, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, cit., p. 158 s. L'A., infatti, ritiene possibile l'azione dei figli verso i genitori per ottenere il ristoro dei pregiudizi qualora la vita che questi gli hanno donato sia insopportabile a causa di una serie di malformazioni o deficienze psicofisiche che menomano in tutto la possibilità di godere di una minima qualità della vita. L'A. critica anche la tesi in base alla quale non sarebbe possibile aversi un illecito civile in quanto, essendo stata trasmessa la malattia con il concepimento, al momento del prodursi del danno il figlio non sarebbe ancora titolare di alcun diritto all'integrità psicofisica o alla salute spettanti solamente colui che è già stato concepito dal momento che le conseguenze dannose del danno si verificano comunque solamente con la nascita e dunque al momento dell'acquisizione della "personalità giuridica". Favorevole a riconoscere un risarcimento al figlio nato malato contro i genitori che consci delle loro condizioni hanno comunque deciso di metterlo al mondo è P.N. RUIZ LAURREA, *El daño de procreación: ¿ un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?*, in *La ley*, 1998, D-62, t. 1, p. 2040 ss. M.L. ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural*, cit., p. 47.

⁵⁰¹ Si veda a riguardo A. MUSATTI, *Ancora sulla responsabilità della procreazione*, in *Foro it.*, 1952, pt. IV, c. 15 ss., per il quale al momento dell'atto di concepimento che coincide con quello del contagio, un soggetto di tutela può essere in *fieri* sia pure subordinatamente all'evento nascita. L'art. 1 c.c. segna, infatti, il concepimento come momento a partire del quale vengono riconosciuti alcuni diritti, sia pure subordinati all'evento nascita.

⁵⁰² Così LENER, *Mero delitto civile la paternità?*, in *Foro it.*, 1952, pt. IV, c. 18 ss. G. COFANO, *Intangibile la libertà sessuale?*, in *Foro it.*, 1952, pt. IV, c. 12 ss. Per l'A. in particolare nel caso prospettato al Tribunale di Piacenza, constatato come la sifilide sia una malattia agevolmente curabile, sarebbero mancati due presupposti per aversi illecito risarcibile: la lesione di una norma e la lesione di un diritto. Si tratta di una malattia che anche se non curata non incide particolarmente sulle capacità di produrre reddito. Infine comunque non sarebbe riscontrabile alcuna alterazione dal momento che, non essendosi verificata la cessazione di utilità preesistenti, non vi sarebbe danno, inteso quale alterazione del mondo esterno: il mondo del figlio non è, infatti, mai stato diverso. L'A., in risposta a Musatti, afferma come il legislatore consapevolmente non abbia previsto all'interno del codice penale un reato per il contagio anche del figlio ripugnando l'idea di un figlio che si erge contro un genitore per ottenere una compensazione pecuniaria del male trasmessogli con la sangue offendendo l'universale senso di *pietas*.

⁵⁰³ A riguardo si rimanda a G. GLIATTA, *Il danno da procreazione: i soggetti legittimati a chiedere il risarcimento e la natura della responsabilità del medico*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 847, secondo il quale il diritto a non nascere sarebbe un diritto adespota ossia privo di un titolare dal momento che il nostro ordinamento riconosce la capacità giuridica solamente al momento della nascita. Per tale

questione, di importanti elementi costitutivi della responsabilità civile porta a negare la sussistenza di qualsivoglia pretesa del figlio verso i genitori.

Un passo alla volta: anzitutto, considerando il profilo della colpevolezza, bisognerebbe chiedersi se i genitori fossero consapevoli di poter trasmettere una malattia al bambino. Se questi ne erano consapevoli e, nonostante ciò, hanno deciso di avere rapporti non protetti, si potrebbe valutare sussistente almeno detto requisito e si dovrebbe passare a considerare gli altri presupposti dell'illecito. Se invece non ne erano consapevoli, in quanto la malattia non era stata precedentemente diagnosticata e non vi erano stati antecedenti sospetti in famiglia, ci si deve chiedere se fosse esigibile da parte loro il sottoporsi a tutti gli esami medici necessari prima di porre in essere un atto generativo.

La risposta pare negativa nel senso che non è esigibile che i futuri genitori prima di procreare si sottopongano a tutti gli accertamenti possibili, nè si può pretendere che questi, scoperta la condizione del concepito, scelgano il ricorso dall'aborto, sussistendo a riguardo precisi presupposti.

Pertanto, il soggetto che ha concepito il figlio nella mancata consapevolezza di poter trasmettere una determinata patologia non può essere chiamato a rispondere, data la carenza dell'elemento della colpevolezza⁵⁰⁴: si potrà dunque ragionare di un'eventuale responsabilità solo ove questo, nella consapevolezza della sua condizione, abbia comunque deciso di avere rapporti non protetti.

Anche superando detto profilo, l'ostacolo maggiore al riconoscimento di tali pretese consiste nella difficoltà nell'individuare

ragione si dovrebbe escludere che il nascituro sia titolare di diritti, tantomeno di un diritto a non nascere.

⁵⁰⁴ Ritiene che il genitore che ha messo al mondo un bambino non essendo consapevole della sua infermità, non possa essere chiamato a rispondere non essendo infatti esigibile da parte di questi il sottoporsi a diversi esami medici opportuni per scoprire se aveva quella malattia, M.L. ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural*, cit., p. 54 s. Così P.N. RUIZ LAURREA, *El daño de procreación: ¿ un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?*, cit., p. 2040.

la presenza di un danno ingiusto. La vita anche se malata può essere considerata un danno? Taluni rispondono positivamente alla domanda, reputando che coloro che la pensano diversamente pongano in essere un'assurda *compensatio lucri cum danno*, dove il lucro sarebbe la vita e la malattia il danno⁵⁰⁵. Tuttavia, si deve giungere ad una risposta negativa, sorretta da ragioni non solo giuridiche, ma anche di opportunità, volte a scongiurare il pericolo di aumentare il ricorso all'aborto: si consideri, infatti, come sempre più spesso i medici, per evitare possibili profili di responsabilità, manifestino, di fronte a casi sospetti, dubbi sulle condizioni di salute del concepito in presenza dei quali i genitori potrebbero - per il timore di dare la vita ad una persona malata che successivamente potrebbe dolersi di essere stata messa al mondo - optare per la via dell'aborto.

L'aspetto più rilevante, tuttavia, concerne il fatto che giuridicamente, nel caso di specie, non sussiste un danno: essendosi verificato il contagio al momento del concepimento, il feto non è mai stato in una condizione di salute ottimale. La malattia sussisteva già all'inizio della vita umana embrionale, non è sorta successivamente: nessuna alterazione in *peius* dell'integrità fisica e nessun peggioramento delle condizioni si sono perciò verificate⁵⁰⁶. In questo caso, non è stata resa malata una vita sana, non vi è mai stata, infatti, una condizione di salute ottimale.

Ciò nonostante taluni, comparando la situazione del bambino, nato malato, con quella degli altri, ne ricavano una situazione

⁵⁰⁵ Di tale avviso P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, cit., p. 633. Così anche M.L. ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nascen sus hijos en el ámbito de la procreación natural*, cit., p. 46. Anche F. PANTALEÓN PRIETO, *Procreación artificial y responsabilidad civil*, in *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, I Congresso Mundial Vasco, Madrid, 1988, p. 266, reputa assurdo considerare la vita come uno dei benefici che deve essere computato nel calcolo della *compensatio lucri cum damno*, perchè si entrerebbe in disquisizioni morali concernenti il fatto che sia meglio nascere con problemi piuttosto che non nascere.

⁵⁰⁶ A riguardo si rimanda a F. CARNELUTTI, *Postilla*, in *Foro it.*, 1951, pt. I, c. 990, secondo il quale, in un'ottica per la quale il danno si compone di una perdita subita o di un mancato guadagno, in questo caso, il bambino nato malato non avrebbe perso nulla a causa della condotta dei genitori, né avrebbe qualcosa in più. Semplicemente non avrebbe nulla.

deteriore e, pertanto, reputano sussistente un danno: la vita da malato sarebbe, dunque, una vita dannosa e per il soggetto sarebbe condizione preferibile la mancata nascita rispetto ad una vita segnata dalla malattia. Detta posizione, tuttavia, suppone di stabilire i criteri in base ai quali valutare la qualità della vita e i suoi standard di normalità, nonché l'individuazione dei soggetti che dovrebbero effettuare tale giudizio⁵⁰⁷. Procedere per questa via non solo porta alla pericolosa affermazione in base alla quale la vita sarebbe meritevole di essere vissuta solamente in presenza di determinati presupposti⁵⁰⁸, ma soprattutto conduce nel campo della soggettività⁵⁰⁹.

Senza considerare che in tal modo si aprirebbe il campo a tutta una serie di pretese risarcitorie avanzate dal bambino nato in una condizione svantaggiosa rispetto a quella degli altri⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Per quanto attiene alle implicazioni etico giuridiche sottese a questa impostazione del problema così come ai paradossi logico argomentativi che essa presenta si rimanda a F. REGGIO, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di "diritto a non nascere"*, in *Il filo delle Parche: opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, a cura di F. ZANUSO, Milano, 2009, p. 159 ss.

⁵⁰⁸ Fortemente critica a riguardo è C. SIANO, *Medical malpractice e tutela del nascituro*, cit., p. 822. La patente retorica di queste valutazioni mette ancor più in risalto – secondo l'A. – il principio incontrovertibile che la vita, bene supremo su cui si fonda l'intero ordinamento, non può mai costituire di per sé stessa un'ipotesi di danno risarcibile.

⁵⁰⁹ Critica a riguardo è S. LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, cit., p. 255, secondo la quale dire che ogni vita "anormale" è una vita dannosa pare eccessivo e finisce per proporre un nuovo problema consistente nello stabilire i confini della normalità muovendosi sul crinale di una rischiosa commistione tra il concetto di normalità e quello di dignità. Cercare, invece, una soluzione nell'idea di vita preferibile avrebbe il difetto della soggettività. Chi, se non il soggetto della cui vita si tratta, potrebbe affermare che la sua esistenza non sia preferibile ad una non esistenza?

⁵¹⁰ All'interno della categoria appena esaminata, potrebbero essere accomunate altre azioni sempre dirette dai figli nei confronti dei genitori per il fatto di essere venuti al mondo all'interno delle quali però non si fa valere l'essere nati con patologie ecc., ma l'essere venuti al mondo in un contesto familiare sfavorevole (*disadvantaged o dissatisfied life*). Si ricorda un caso verificatosi negli Stati Uniti dove la Corte di appello dell'Illinois del 1963 (*Zepeda versus Zepeda*) aveva accolto la pretesa risarcitoria del figlio verso il padre per il fatto che era stato concepito fuori dal matrimonio: il padre aveva, infatti, sedotto la madre con promessa di matrimonio per poi abbandonarla prima della celebrazione. Il comportamento del padre aveva privato il figlio della possibilità di avere una famiglia normale e aveva fatto sì che fosse sempre etichettato come "bastardo". La Corte, pur riconoscendo la sussistenza di tutti i presupposti per aversi un *tort*, rigettò la pretesa per il timore che si sarebbe altrimenti dato luogo a conseguenze sociali disastrose. Condivide la valutazione fatta dalla Corte, A.M. ROMERO COLOMA, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, cit., p. 16, secondo la quale, dato il grande numero di figli

Anche reputando - per assurdo - presente un danno, in ogni caso, si dovrebbe escludere la presenza dell'elemento dell'ingiustizia, mancando nel caso di specie una situazione soggettiva lesa prevalente, nel giudizio di bilanciamento, rispetto all'interesse del soggetto attivo: non è, infatti, sussistente un diritto a non nascere se non sano⁵¹¹. L'inesistenza di un tale diritto è ricavabile dal fatto che

adulterini negli Stati Uniti, accogliendo la pretesa si sarebbe dato il via ad una serie di processi con un conseguente collasso del sistema processuale americano.

⁵¹¹ Si veda a riguardo G. FERRANDO, *Nascita indesiderata e danno risarcibile*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di A. D'ANGELO, Milano, 1999, p. 243, che sottolinea come all'interno del nostro ordinamento non sia tutelata l'aspirazione del figlio a nascere visto che la legge sull'interruzione della gravidanza affida esclusivamente alla madre la decisione e la scelta tra la tutela della propria salute e quella del nascituro, ma non tutela neppure il diritto a non nascere dal momento che il medico ha sempre l'obbligo di salvare la vita al feto quando questo sia capace di sopravvivere in modo autonomo e questo anche nel caso in cui il feto presenti qualche patologia (art. 7 u.c.). Non sarebbe dunque possibile individuare in capo al feto un interesse meritevole di tutela. In tal senso si veda anche: "L'ordinamento positivo tutela il concepito e l'evoluzione della gravidanza solo verso la nascita, e non anche verso la "non nascita", essendo pertanto configurabile un "diritto a nascere" e a "nascere sani", suscettibile di essere inteso esclusivamente nella sua positiva accezione: sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale o extracontrattuale o da "contatto sociale", nel senso che nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivi doloso o colposo; sotto il profilo à latamente - pubblicistico, nel senso che devono venire ad essere predisposti tutti gli istituti normativi e tutte le strutture di tutela, cura e assistenza della maternità idonei a garantire che (nell'ambito delle umane possibilità) al concepito di nascere sano. Non è invece in capo a quest'ultimo configurabile un "diritto a non nascere" o a "non nascere se non sano", come si desume dal combinato disposto di cui agli art. 4 e 6 l. n. 194 del 1978, in base al quale si evince che: a) l'interruzione volontaria della gravidanza è finalizzata solo ad evitare un pericolo per la salute della gestante, serio (entro i primi novanta giorni della gravidanza) o grave (successivamente a tale termine); b) trattasi di un diritto il cui esercizio compete esclusivamente alla madre; c) le eventuali malformazioni o anomalie del feto rilevano esclusivamente nella misura in cui possano cagionare un danno alla salute della gestante, e non già in sé e per sé considerate (con riferimento cioè al nascituro). E come emerge ulteriormente: a) dalla considerazione che il diritto di "non nascere" sarebbe un diritto adespota (in quanto ai sensi dell'art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista solamente al momento della nascita e i diritti che la legge riconosce a favore del concepito - art. 462, 687, 715 c.c. - sono subordinati all'evento nascita, ma appunto esistenti dopo la nascita), sicché il c.d. diritto di "non nascere" non avrebbe alcun titolare appunto sino al momento della nascita, in costanza della quale proprio esso risulterebbe non esistere più; b) dalla circostanza che ipotizzare un diritto del concepito a non nascere significherebbe configurare una posizione giuridica con titolare solamente (e in via postuma) solamente in caso di sua violazione, in difetto della quale (per cui non si fa nascere il malformato per rispettare il suo diritto a "non nascere") essa risulterebbe pertanto sempre priva di titolare, rimanendone conseguentemente l'esercizio definitivamente precluso. Ne consegue che pertanto è da escludersi l'ammissibilità del c.d. "aborto eugenetico", prescindente dal pericolo derivante dalle malformazioni fetali alla salute della madre, atteso che l'interruzione della gravidanza al di fuori delle ipotesi di cui agli art. 4 e 6 l. n. 194 del 1978 (accertate nei termini di cui agli art. 5 e 8), oltre a risultare in ogni caso in

all'interno del nostro ordinamento non è previsto l'aborto eugenetico, essendo invece regolato unicamente un aborto terapeutico⁵¹², possibile in presenza di determinati presupposti strettamente legati alle condizioni di salute della madre. Quest'ultima, non solo non è tenuta ad abortire una volta resa edotta delle condizioni di salute del nascituro, ma neppure potrebbe farlo in mancanza dei presupposti richiesti dalla legge.

Inoltre, il diritto a non nascere sarebbe un diritto "adespota" in quanto non avrebbe un titolare fino al momento della nascita, ma, in seguito ad esso, sarebbe definitivamente scomparso. Si tratterebbe dunque di un diritto che, solo se violato avrebbe un titolare, mentre laddove si dovesse ricorrere all'aborto, non ne avrebbe mai uno⁵¹³. Senza considerare che, secondo taluni, il riconoscimento di detto diritto implicherebbe l'ammissibilità di un'eutanasia prenatale in

contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e di disponibilità del proprio corpo *ex art. 5 c.c.* costituisce reato anche a carico della stessa gestante (art. 19 l. n. 194 del 1978), essendo per converso il diritto del concepito a nascere, pur se con malformazioni o patologie, ad essere propriamente – anche mediante sanzioni penali – tutelato dall'ordinamento" (Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giust. civ.*, 2005, pt. I, p. 121 s.). L'ordinamento tutela solo un diritto a nascere sani dal quale non è possibile ricavare a contrario l'esistenza di un diritto a non nascere se non sani: la tutela del concepito è inudibilmente legata alla nascita in quanto unica possibile evoluzione del suo diritto (V. LUBELLI, *Brevi note sul diritto a non nascere*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1925 s.). A riguardo si vedano anche: A. BITETTO, *Diritto a nascere sani*, in *Foro it.*, 2004, c. 3329; E. PALMERINI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, pt. I, p. 209; V. CARBONE, *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 97.

⁵¹² In tal senso D. AMOROSO, *Sulle conseguenze risarcitorie della colposa mancata diagnosi prenatale della malformazione del nascituro*, in *Giust. civ.*, 2008, pt. I, p. 2281; V. CARBONE, *Ammissibilità del c.d. aborto eugenetico*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 1209. In tal senso: "L'aborto eugenetico non è previsto dal nostro ordinamento, infatti, non è giuridicamente configurabile il diritto a non nascere, neppure in presenza di gravi patologie invalidanti; qualora, a seguito d'inadempimento del ginecologo, che non informi la gestante della malattia del nascituro, non possa essere esercitata, ricorrendone i presupposti, la facoltà d'interrompere la gravidanza, spetta ai soli genitori il diritto al risarcimento dei danni subiti, compresi quelli patrimoniali. È inadempiente il ginecologo che, pur potendo verificare – per mezzo di esami clinici o mediante la richiesta di esibizione di referti – la verità di circostanze riferitegli dal paziente, rilevanti ai fini della valutazione medica, ometta di compiere l'accertamento" (Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Resp. civ.*, 2005, 591).

⁵¹³ Così. Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

contrasto con i principi dell'ordinamento giuridico⁵¹⁴, volti alla tutela della vita, non della morte⁵¹⁵.

Pertanto, il fatto che il concepito sia titolare di un diritto a nascere sano va letto esclusivamente in chiave positiva, mentre non è possibile dedurre a contrario un diritto a non esistere o comunque a non nascere se non sano⁵¹⁶: Inoltre, i genitori decidendo di procreare, hanno esercitato un loro diritto di autodeterminazione, che è espressione del diritto alla libertà personale, previsto dall'art. 13 Cost.⁵¹⁷, prevalente all'interno del giudizio di bilanciamento rispetto ad un ipotetico interesse del figlio a non nascere se non sano⁵¹⁸: in tale

⁵¹⁴ Di tale avviso E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*, in *Giust. civ.*, 2005, pt. I, p. 137 ss., secondo la quale, in particolare, detto riconoscimento sarebbe in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e di indisponibilità del proprio corpo. Se si ritiene, infatti, che il concepito sia una persona, allora si deve riconoscere che egli non può essere titolare di alcun diritto alla sua soppressione così come non può esserlo un individuo già nato. Nello stesso senso A. PINNA, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, cit., p. 33 ss.

⁵¹⁵ Non esisterebbe un interesse giuridicamente protetto a non nascere poichè la vita è un bene costituzionalmente protetto secondo M.L. ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural*, cit., p. 65.

⁵¹⁶ Così Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

⁵¹⁷ In tale ottica la condotta dei genitori non potrebbe ritenersi *contra ius* secondo G. FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*, cit., p. 563. A riguardo sostiene che la libertà di procreare è una manifestazione del principio del libero sviluppo della personalità (art. 10.1 ce), M.L. ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural*, cit., p. 59.

⁵¹⁸ Così G. FACCI, *La legittimazione al risarcimento in caso di danno da vita indesiderata*, cit., p. 329. *Contra*, a riguardo non manca chi - con senso critico - osserva come i genitori non avrebbero un'indiscussa libertà di procreare, ma potrebbero farlo solo in modo responsabile in virtù di strumenti in grado di prognosticare e prevenire le malattie del neonato o interrompere la gravidanza in caso di accertare la malformazione. La possibilità di procreare sarebbe, in tale senso, da considerare solamente una modalità di espressione del diritto alla libertà che potrebbe essere soggetto a limitazioni per l'esigenza di tutelare la salute della prole. Si dovrebbe dunque portare avanti l'idea di una procreazione responsabile che consenta ai genitori di essere chiamati a rispondere dei danni derivanti dalla loro decisione relative alla procreazione. In tale ottica, qualora i genitori coscienti della loro condizione decidessero di procreare si avrebbe un illecito secondo P.N. RUIZ LAURREA, *El daño de procreación: ¿ un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?*, in *La ley*, 1998, D- 62, t. 1, p. 2041. Di detto avviso è G. SEBASTIO, *La responsabilità civile endo-familiare*, in *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, a cura di R. TORINO, 2004, Torino, p. 197, secondo la quale la indiscussa libertà dei genitori di procreare non può reputarsi illimitata e incontrollabile in base al principio della maternità responsabile e del progresso delle indagini diagnostiche che consentono di prognosticare e spesso prevenire patologie prenatali o post natali o anche interrompere la gravidanza se sussiste

ottica, non potendosi reputare il danno ingiusto, non si può parlare di illecito dei genitori⁵¹⁹.

Pertanto, l'aver generato consapevolmente un figlio malato non può essere considerato un fatto illecito, fonte di un'obbligazione risarcitoria: un profilo di responsabilità potrebbe eventualmente sussistere, invece, nel momento in cui i genitori, una volta messo al mondo un figlio malato non gli apprestassero le cure necessarie non adempiendo in questo modo i loro doveri⁵²⁰.

8. Disconoscimento di paternità a seguito del ricorso a tecniche di procreazione assistita eterologa.

La legge 19 febbraio 2004 n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" all'art. 4, terzo comma, vieta – come è noto - il ricorso a tecniche di procreazione assistita di tipo eterologo, meccanismo in base al quale l'ovulo della donna viene fecondato non con il gamete del marito, ma con quello di un terzo estraneo, in modo tale da permettere ad una coppia di ricorrere alla fecondazione assistita nell'ipotesi di sterilità del marito. Il legislatore, pur vietando il ricorso a detta tecnica, all'art. 9, intitolato "divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre", consapevole del fatto che comunque gli aspiranti genitori potrebbero aggirare detto ostacolo in diversi modi, in *primis* recandosi all'estero, prevede che, qualora si ricorra a tecniche di procreazione

probabilità di malformazioni del neonato. L'omissione di tale dovere è, secondo l'A., fonte di danno esistenziale.

⁵¹⁹ Così A. MACÍA MORILLO, *Los problemas planteados por las acciones de "procreación irresponsable" desde el punto de vista de la responsabilidad civil y del derecho de familia*, cit., p. 610 s.; ID., *La responsabilidad medica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Valencia, 2005, p. 64 ss. L'A. ritiene che chiara prova della non contrarietà a diritto del comportamento dei genitori che, pur consapevoli di avere una malattia genetica, decidano di procreare, il fatto che lo Stato non vieti, né limiti le pratiche sessuali tra soggetti portatori di dette malattie. Si veda anche M. ELIA, *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?*, cit., c. 988, secondo il quale per ritenere ammissibile la pretesa risarcitoria in detta ipotesi bisognerebbe presupporre esistente nel nostro diritto un divieto di procreare a carico della persona affetta da malattia trasmissibile in modo ereditario in quanto solo vietando la procreazione si potrebbe impedire la trasmissione del morbo.

⁵²⁰ Così G. COFANO, *Intangibile la libertà sessuale?*, cit., c. 13.

medicalmente assistita di tipo eterologo, in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente, il cui consenso è ricavabile da atti concludenti, non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, n. 1 e 2, c.c., nè impugnare il riconoscimento *ex art.* 263 c.c. Analogamente, il secondo comma prevede che la madre del nato a seguito dell'applicazione di detta tecnica di procreazione non può dichiarare la volontà di non essere nominata.

Detta previsione mira a evitare i gravi inconvenienti che potevano verificarsi in passato, quando – in assenza di regolamentazione - era possibile, non solo ricorrere a detta tecnica, ma anche successivamente scegliere di non riconoscere il figlio oppure impugnare il riconoscimento o, ancora, disconoscerlo⁵²¹. Il bambino si sarebbe così trovato a dover subire i pregiudizi derivanti dal non venir accompagnato nella sua crescita da un soggetto che, pur non essendo biologicamente genitore, aveva comunque dato il suo consenso e programmato la sua nascita.

A riguardo, interessante è una fattispecie concreta che vedeva un marito, in un primo momento, consentire alla scelta della moglie di sottoporsi ad una inseminazione eterologa e, successivamente alla nascita del bambino, agire in disconoscimento. La madre si opponeva all'accoglimento della domanda ribadendo di aver agito col consenso del marito e chiedeva, in via subordinata, la condanna di questi al risarcimento dei danni cagionati dalla sua condotta incoerente. Il Tribunale di Cremona con sentenza del 7 febbraio 1994, in assenza di una previsione normativa, accoglieva la richiesta di disconoscimento presentata dal marito, nonostante il consenso prestato al ricorso alla tecnica, in quanto risultavano sia l'*impotentia generandi* al momento del concepimento, sia l'assenza di un legame biologico tra il padre e il figlio. Nessun riconoscimento veniva, invece, prestato alla pretesa

⁵²¹ Vi erano tuttavia alcune voci in senso difforme: "In tema di fecondazione assistita eterologa, il marito che ha validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito e partorito in esito a tale inseminazione" (Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Fam. dir.*, 1999, p. 233).

risarcitoria della donna dal momento che il marito si sarebbe limitato a far valere la situazione reale, a nulla valendo il consenso precedentemente manifestato.

La Corte di Appello di Brescia, chiamata a decidere sul gravame, confermava, con sentenza del 10 maggio – 14 giugno 1995, quanto precisato in primo grado⁵²². Della questione veniva investita anche la Suprema Corte che con sentenza del 16 marzo 1999, n. 2315, ritenendo inapplicabile l'art. 235 c.c. in presenza di un'inseminazione artificiale, voluta e realizzata di comune accordo, non vietata, ma anzi consentita dalla scienza e accettabile anche moralmente, ha accolto il ricorso.

In particolare, l'impossibilità di procedere al disconoscimento in questo caso troverebbe la sua ragione nel fatto che tramite detto meccanismo si costituirebbe un rapporto di "filiazione civile", che deve venir regolato dalle norme dettate in materia di adozione dei minori le quali non ammettono che i coniugi istanti, dopo l'emanazione del provvedimento giudiziale che dispone l'adozione, rivedano o mutino proposito⁵²³. Secondo la Suprema Corte non sarebbe, infatti, possibile attribuire un'azione di disconoscimento ad

⁵²² In particolare sono interessanti alcuni passaggi della sentenza: in *primis*, infatti, la Corte considera come la pratica dell'inseminazione eterologa non sia assimilabile all'accordo diretto ad adottare un bambino, pertanto non giustifica l'utilizzo delle regole in materia, ma vada regolata sulla base della disciplina dettata in materia di filiazione alla quale sarebbe invece assimilabile per la sussistenza del rapporto procreativo. Inoltre il consenso prestato per il ricorso all'impianto non costituirebbe fatto impeditivo al successivo disconoscimento dato che sono indisponibili le azioni attinenti allo stato della persona e che pertanto il diritto a far valere l'azione non può venire meno in virtù di pregressi comportamenti di tipo abdicativo. Per tali ragioni secondo la Corte la scelta di revocare il proprio consenso da parte del marito e pertanto di disconoscere il figlio non rappresenterebbe un illecito pertanto sarebbe esclusa qualsivoglia pretesa risarcitoria.

⁵²³ Prima dell'emanazione della legge sulla procreazione assistita e l'introduzione dell'espresso divieto di disconoscere il figlio, il problema era rappresentato dalla disciplina applicabile qualora i soggetti fossero ricorsi alla fecondazione eterologa: da un lato, si poteva ritenere applicabile, analogicamente quanto previsto in materia di filiazione (e in particolare quanto previsto negli artt. 235 c.c. ss) alla quale sarebbe assimilabile dal momento che entrambe implicano un atto procreativo vero e proprio, seppure nel primo caso disancorato da un precedente rapporto sessuale uomo- donna; dall'altro, si poteva considerare invece la fecondazione eterologa fenomeno maggiormente simile ad un'adozione e applicare analogicamente la disciplina prevista per questa con la conseguente negazione della possibilità di mutare la posizione che si è scelto di assumere volontariamente nei confronti del bambino una volta formalizzata.

un soggetto che ha manifestato il consenso all'inseminazione eterologa in quanto, così facendo, oltre a permettere un atteggiamento ondivago, si priverebbe il bambino, nato per l'effetto di tale assenso, di una delle due figure genitoriali e del connesso apporto affettivo ed assistenziale, trasformandolo in figlio di nessun padre, stante l'impossibilità di ricercare ed accertare la reale paternità a fronte del programmato impiego di seme di provenienza ignota. Permettere tutto ciò contrasterebbe con il principio di solidarietà. Si realizza in tal modo un sacrificio del *favor veritatis* analogo a quello che caratterizza l'adozione legittimante, volto a tutelare l'interesse del bambino ad avere un genitore.

Cap. V: L'introduzione dell'art. 709-ter c.p.c.

SOMMARIO: 1. La legge sull'affidamento condiviso (*cenni*). - 2. Il nuovo art. 709-ter c.p.c. - 3. I presupposti per l'applicazione delle misure introdotte dalla norma. - 4. Le singole misure tipizzate dal secondo comma dell'art. 709-ter c.p.c. - 5. La natura dei rimedi definiti risarcitori. - 6. Considerazioni conclusive.

1. La legge sull'affidamento condiviso (*cenni*).

La legge n. 54/06⁵²⁴, novellando codice civile e codice di rito, ha introdotto nel nostro ordinamento l'affidamento condiviso dei figli minori, senza tuttavia precisarne il contenuto. Il testo della legge, a tratti piuttosto ambiguo, sconta il fatto di essere frutto di diversi disegni di legge e progetti provenienti dagli organismi più diversi, portatori di esigenze differenziate, e d'essere stato approvato di tutta fretta sul finire della legislatura in seguito al ritiro di tutti gli emendamenti presentati⁵²⁵. A seguito della riforma, l'affidamento condiviso è divenuto la regola, mentre l'affidamento esclusivo è stato relegato a modalità residuale, da applicarsi qualora il giudice ritenga l'affidamento condiviso contrario all'interesse del minore (art. 155-*bis* c.c.)⁵²⁶: a tal fine il giudice nel pronunciare, eventualmente, un

⁵²⁴ Per un'approfondita analisi della riforma si rimanda a: F. RUSCELLO, *Crisi della famiglia e affidamenti familiari; il nuovo art. 155 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 265 ss.; ID., *La dinamica coniugale nel farsi e nel disfarsi del legame. Separazione personale e affidamento condiviso della prole*, in *Vita not.*, 2007, p. 57 ss.; ID., *La tutela dei figli nuovo "affido condiviso"*, in *Famiglia*, 2006, p. 625 ss.; C.M. BIANCA, *La nuova disciplina in tema in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 676; S. PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 300 ss.; P. SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 301 ss.

⁵²⁵ Critico sulle modalità con le quali si è arrivati all'emanazione della legge è P. SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, cit., p. 301 ss. Pur riconoscendo le ambiguità della legge e le occasioni mancate L. D'AVACK, *L'affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice*, in *Famiglia*, 2006, p. 609, constata il merito per le finalità che intende perseguire e per il messaggio educativo che vuole portare ai destinatari.

⁵²⁶ Sul rapporto tra affidamento monogenitoriale e condiviso P. SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare*

provvedimento di affidamento esclusivo dovrà accompagnare la sua decisione non solo con una valutazione in positivo sull'idoneità del genitore affidatario, ma anche e soprattutto in negativo circa l'inidoneità educativa dell'altro⁵²⁷.

importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo, cit., p. 302, osserva come il legislatore abbia ritenuto l'affidamento ad entrambi come conforme all'interesse del minore, e dunque in linea di principio preferibile. Pertanto solo gravi e specifici motivi potrebbero legittimare una propensione per l'affidamento esclusivo. A riguardo F. RUSCELLO, *La tutela dei figli nel nuovo "affido condiviso"*, cit., p. 645 ss., sottolinea come dalla normativa in questione emerga chiaramente un disfavore verso l'affidamento esclusivo, divenuto ormai l'eccezione, applicabile solamente in casi specifici e particolarmente gravi che, non soltanto impediscono il normale svolgimento dei rapporti, ma che portano a sconsigliare l'affidamento ad un genitore in quanto la relazione tra quest'ultimo e il figlio sia strumento incapace di portare ad una serena vita familiare. A riguardo si veda anche M. MANTOVANI, *(Presunta) omosessualità di un genitore, idoneità educativa e rilievo della conflittualità ai fini dell'affidamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pt. I, p. 72, secondo la quale il fatto che il legislatore abbia ancorato la scelta di ricorrere all'affidamento esclusivo non al requisito della semplice maggiore conformità di questo all'interesse del minore, ma al requisito della vera e propria contrarietà dell'affidamento condiviso alle ragioni della prole, manifesta che è possibile detta soluzione solamente in presenza di situazioni estreme, tali da travalicare i limiti di una seppur aspra conflittualità tra i genitori. Secondo l'A., si deve trattare di situazioni tali da fare apparire l'affidamento ad entrambi i genitori non solo sconsigliabile o inopportuno, ma proprio pregiudizievole per l'interesse del figlio. In particolare è stato disposto l'affidamento esclusivo nell'ipotesi di totale disinteresse manifestato da uno dei genitori nei confronti del figlio (Trib. Bologna, 17 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, pt. I, c. 1914). Altresì, si è ricorsi all'affidamento esclusivo in presenza di un genitore con una perdurante tendenza all'aggressività, fonte di possibile pregiudizio per la prole (Trib. Nicosia, (decr.) 22 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, pt. I, c. 1914). Non pare invece sufficiente una mera conflittualità tra i genitori per poter escludere l'affidamento condiviso. Se bastasse tale circostanza per escluderlo, in modo condivisibile, osserva S. NARDI, *Affidamento condiviso e conflittualità tra genitori*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 240, l'affidamento condiviso sarebbe residuale in quanto, trattandosi di soggetti che hanno scelto di separarsi essendo divenuta intollerabile la loro convivenza, una situazione di conflittualità è normale. Anche M. FINOCCHIARO, *Disfavore per l'assegnazione esclusiva*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 11, p. 37, ritiene che non sia sufficiente la mera intollerabilità tra i genitori per escludere l'affido condiviso. Se bastasse invocare la presenza di un contrasto sarebbe frustrata la volontà della legge in quanto non esiste una separazione non accompagnata da dissapori. Sul rapporto tra affido monogenitoriale e condiviso si rimanda a M. SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 379 ss.

⁵²⁷ In tal senso: "In tema di separazione personale dei coniugi, alla regola dell'affidamento condiviso dei figli può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore", con la duplice conseguenza che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo dovrà essere sorretta da una motivazione non solo più in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore, e che l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi precluso dalla mera conflittualità esistente tra i coniugi, poiché avrebbe altrimenti una applicazione solo residuale, finendo di fatto con il coincidere con il vecchio affidamento congiunto" (Cass., 18 giugno 2008, n. 16593, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pt. I, p. 68).

In questo modo si è cercato di superare il fenomeno, largamente diffuso in passato, per il quale, essendo l'affido esclusivo la regola, il genitore non affidatario, tendenzialmente il padre, subiva una sorta di deresponsabilizzazione, venendo così a ricoprire il ruolo di "genitore del tempo libero". Assodato che la crisi del rapporto tra i genitori non può, né deve investire anche il rapporto con i figli, con l'attuale previsione si è cercata una maggiore responsabilizzazione di entrambi i genitori nella crescita del minore, titolare del diritto alla bigenitorialità ovvero al mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con entrambe le figure genitoriali (art. 155 c.c.)⁵²⁸: a tal fine è necessario un atteggiamento maggiormente collaborativo dei genitori nel consentire il perseguimento del superiore interesse del minore.

Un'altra novità consiste nel fatto che la potestà genitoriale verrà esercitata da entrambi i genitori secondo quanto previsto dall'art. 155, terzo comma, c.c.: secondo taluni detta circostanza si verificherà sia che venga adottato il regime dell'affidamento condiviso, sia che venga invece prescelto quello dell'affidamento esclusivo dal momento che il terzo comma è collocato di seguito al secondo, il quale fa riferimento ad entrambe le forme di affidamento⁵²⁹. In questo modo anche l'affido esclusivo risulterebbe mutato rispetto al passato sempre in un'ottica di maggiore responsabilizzazione dei genitori⁵³⁰.

In estrema sintesi, gli aspetti maggiormente significativi della riforma concernono dunque l'esaltazione del principio della bigenitorialità, la priorità della valutazione della possibilità che i figli

⁵²⁸ Il richiamo al diritto alla bigenitorialità porta alla mente la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata con legge 179/91, che all'art. 9 prevede il diritto del fanciullo di intrattenere rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, salvo che questo sia contrario al suo interesse.

⁵²⁹ Secondo detta disposizione normativa le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni dei figli. Diversamente, limitatamente alle decisioni concernenti questioni attinenti all'ordinaria amministrazione, il genitore può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.

⁵³⁰ In tal senso S. PATTI, *Rilievi introduttivi*, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2006, p. 2.

minori vengano affidati ad entrambi i genitori e l'esercizio da parte di entrambi della potestà.

2. Il nuovo art. 709-ter c.p.c.

Tra le tante novità di questa legge, di fondamentale rilevanza ai fini della presente ricerca è l'introduzione dell'art. 709-ter c.p.c. "Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze e violazioni", che, con un testo di non facile interpretazione⁵³¹, contiene previsioni concernenti fattispecie sì diversificate, ma tutte volte a garantire una corretta attuazione dei provvedimenti del giudice relativi alla prole minorenni. Detta disposizione, frutto di una scarsa tecnica legislativa, rappresenta, secondo i più, un vero e proprio *rebus processuale*⁵³².

Innanzitutto, attribuisce al giudice, qualora sussistano controversie tra i genitori sulle modalità dell'affidamento o sull'esercizio della potestà, il potere di adottare i provvedimenti reputati più opportuni. In secondo luogo, riconosce allo stesso, nel caso in cui un genitore commetta gravi inadempienze o atti che comunque arrecano pregiudizio al minore o che ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, il potere di modificare i provvedimenti sull'affidamento e, anche congiuntamente, di ammonire il genitore inadempiente, disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori a favore del minore oppure a favore dell'altro, condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende.

La disposizione normativa in questione individua perciò provvedimenti diversificati a seconda delle esigenze⁵³³. La prima

⁵³¹ Le critiche in ordine all'infelice formulazione della disposizione normativa mettono d'accordo la dottrina: in tal senso, *ex multis*, G. FINOCCHIARO, *Procedimento ad hoc per le liti sulla potestà*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 11, p. 53, per il quale l'art. 709-ter c.p.c. conteneva al suo interno espressioni atecniche se non proprio scorrette.

⁵³² L'espressione è di G. OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 90.

⁵³³ In tal senso G. CASABURI, *Affidamento condiviso e inadempimento degli obblighi di mantenimento*, in *Giur. merito*, 2007, n. 10, p. 2531, secondo il quale

osservazione è che, mentre nelle ipotesi in cui si siano verificate gravi inadempienze o atti che comunque recano pregiudizio al minore o ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, il legislatore ha provveduto a tipizzare le misure applicabili, in presenza di “controversie” la disposizione normativa attribuisce al giudice il potere di adottare i provvedimenti reputati opportuni senza porre astrattamente paletti circa i possibili contenuti⁵³⁴. Pertanto, i poteri del giudice in tali situazioni sono connotati da atipicità e discrezionalità, ma dovranno tener conto della particolarità e delle esigenze del caso concreto, sempre nell’ottica del perseguimento dell’interesse del minore. In tal senso, detta previsione riecheggia, pur con le particolarità delle diverse fattispecie, quanto disposto dall’art. 316 c.c.⁵³⁵.

si tratterebbe di due procedimenti diversificati che possono interferire (o sovrapporsi) ma che sono in realtà profondamente diversi. *Contra*, B. DE FILIPPIS, *Il Nuovo articolo 709-ter c.p.c.*, in *La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra i genitori separati*, a cura di B. DE FILIPPIS, A. MASCIA, A.N. MANZIONE, S. RAMPOLLA, Padova, 2009, p. 222.

⁵³⁴ A riguardo M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull’affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1097, considera che il giudice, nel decidere quali provvedimenti opportuni adottare non sia vincolato all’osservanza del principio dispositivo e al rispetto della regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Per E. D’ALESSANDRO, *Profili di interesse processuale*, in *L’affidamento condiviso*, a cura di L. ROSSI CARLEO, Milano, 2006, p. 304, il giudice dovrebbe risolvere la controversia nel modo suggerito dalla parte istante, anche se il tenore dell’articolo non sembrerebbe escludere la possibilità che l’autorità giudiziaria, nell’interesse del minore, dirima il contrasto in un modo diverso a patto che però, nel rispetto del principio del contraddittorio, venga preventivamente sottoposta tale soluzione alle parti per sapere la loro opinione. Secondo L. NAPOLITANO, *L’affidamento dei minori nel giudizio di separazione e divorzio*, 2006, Torino, p. 273 s., prima di adottare i provvedimenti opportuni, il giudice dovrebbe cercare di far arrivare i genitori ad un accordo, suggerendo le soluzioni che ritiene utili nell’interesse dei figli. Solamente nell’ipotesi in cui i genitori non dovessero arrivare ad una soluzione condivisa, il giudice adotterà i provvedimenti reputati opportuni. Diversamente, per C. PADALINO, *Confronto aperto in giurisprudenza per assicurare in tempi rapidi un accordo sulle scelte “strategiche”*, in *Fam. minori*, 2008, n. 3, p. III, il giudice dovrà limitarsi ad attribuire il potere di decisione a quello tra i genitori che, nella specificità del caso concreto, riterrà maggiormente idoneo a curare l’interesse del minore come accade *ex art.* 316, terzo comma, c.c.

⁵³⁵ Le differenze attengono, in particolare, al fatto che l’art. 709-ter c.p.c. non è applicabile in caso di controversie su questioni attinenti alla potestà sorte tra genitori uniti dal vincolo coniugale. Altresì, il potere riconosciuto al giudice di adottare i provvedimenti opportuni non è limitato, diversamente da quanto previsto nell’art. 316, terzo comma, c.c., alle ipotesi in cui le controversie riguardino questioni di particolare importanza. L’art. 709-ter c.p.c. si applica, infatti, non solo in presenza di controversie aventi ad oggetto questioni di particolare importanza, secondo il disposto dell’art. 155, terzo comma, c.c., ma in presenza di qualsiasi controversia, non essendo diversamente precisato (così

Le controversie che danno luogo all'adozione di “*provvedimenti opportuni*”, di cui alla prima parte della disposizione, concernono questioni attinenti l'affidamento o la potestà e, tendenzialmente, riguarderanno aspetti non specificatamente e puntualmente disciplinati all'interno dei relativi provvedimenti⁵³⁶. Qualora, infatti, la questione controversa sia già stata puntualmente e precisamente risolta nel provvedimento sull'affidamento non parrebbe, almeno astrattamente, potervi essere discordia circa le modalità di attuazione dei provvedimenti: eventualmente, in tal caso, il genitore non soddisfatto dalle soluzioni prospettate nel provvedimento potrebbe piuttosto chiedere una modifica delle condizioni *ex art. 710 c.p.c.*⁵³⁷, qualora ne ricorrano i presupposti. Ne conseguirebbe che il giudice nell'adottare i provvedimenti opportuni non potrebbe spingersi fino alla revisione dei provvedimenti, dovendosi invece limitare a precisazioni e specificazioni⁵³⁸.

anche G. CASABURI, *Commento al decreto del Tribunale di Napoli 27 febbraio 2007*, in *Foro it.*, 2007, pt. I, c. 1611). Per un approfondimento sulla disposizione dell'art. 316 c.c. terzo e quinto comma si rimanda a F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*², Milano, 2006, p. 175 ss.

⁵³⁶ Riguardo alle controversie che possono dar luogo all'adozione dei provvedimenti opportuni in senso restrittivo si veda Trib. Pisa, (decr.), 19 dicembre 2007, in *Fam. minori*, 2008, n. 2, p. VI, secondo il quale le controversie possono configurarsi solo su quelle questioni che non sono già puntualmente previste e disciplinate dal giudice e che il genitore si trova quotidianamente ad affrontare. Per quelle questioni invece già stabilite in modo chiaro e inequivoco non potranno sorgere controversie circa le modalità di attuazione avverso le quali si potrà ricorrere ai rimedi dell'art. 709-ter c.p.c., ma andrà eventualmente richiesta una modifica del provvedimento adottato *ex art. 709*, quarto comma, c.c. In senso conforme Trib. di Napoli, (decr.) 27 febbraio 2007, in *Foro it.*, 2007, pt. I, c. 1610, che ha adottato i provvedimenti opportuni a dirimere una controversia *ex art. 709-ter c.p.c.* tra i genitori in ordine all'istituto scolastico al quale iscrivere la figlia minore in quanto detta questione non era specificatamente risolta nel provvedimento sull'affidamento e i genitori non riuscivano ad arrivare ad un accordo. Un caso analogo è stato affrontato dal Trib. di Ravenna, (ord.) 16 aprile 2009, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 856, che, in presenza di due genitori che, pur concordi sulla necessità del figlio di ricorrere a psicoterapia, non arrivavano ad un accordo riguardo alla scelta di rivolgersi al sistema sanitario pubblico o a un istituto privato, in quanto uno prediligeva detta seconda opzione, mentre l'altro, che al momento non poteva permettersi detto esborso, reputava preferibile la prima soluzione, ha risolto la controversia pronunciando un provvedimento opportuno *ex art. 709-ter c.p.c.*

⁵³⁷ Così anche C. PADALINO, *Confronto aperto in giurisprudenza per assicurare in tempi rapidi un accordo sulle scelte “strategiche”*, cit., p. V.

⁵³⁸ Riguardo al possibile contenuto dei provvedimenti opportuni: G. BALENA, *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di BALENA e BOVE, Bari, 2006, p. 421 s., considera come tale modifica non possa mai portare ad una vera e propria revisione del contenuto,

Generalmente si riconosce come le “controversie” che danno luogo ai “provvedimenti opportuni” sottendano una condotta connotata da minore gravità rispetto alle ipotesi di gravi inadempienze, o atti che comunque recano pregiudizio o che ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento⁵³⁹. In realtà, non è tanto questa differenza a rappresentare il discrimine tra le diverse previsioni, quanto le differenti situazioni alle quali si riferiscono: la prima previsione si riferisce alle ipotesi nelle quali si verificano disaccordi e dissapori tra genitori nel dare attuazione ai provvedimenti sull'affidamento o sulla potestà spesso dovuti al margine di azione e di scelta lasciata da detti provvedimenti ai genitori, che questi ultimi

ma solamente ad aggiustamenti, modificazioni o integrazioni delle originarie statuizioni, al fine di risolvere i contrasti e le incertezze sorte in sede di attuazione ed esecuzione dei provvedimenti tra le parti, diversamente rispetto alle controversie *ex art. 155-ter c.c.* aventi ad oggetto la revisione delle disposizioni riguardanti l'affidamento dei figli o l'attribuzione della potestà su di essi. *Contra* G. FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 11, p. 58, ritiene che il giudice tendenzialmente, mediante i provvedimenti opportuni, tenderà a specificare o precisare il contenuto dei precedenti provvedimenti adottati in materia di potestà o affidamento, arrivando fino ad modificare i provvedimenti stessi. Così anche, G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam., pers., succ.*, 2007, p. 594, per la quale tra i provvedimenti “opportuni” è compresa anche la possibilità di modificare i provvedimenti in vigore; nello stesso senso G. MANERA, *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2007, p. 307. Per C. ONNIBONI, *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 826 ss., il giudice potrà provvedere a specificare o rivedere gli originari provvedimenti, ma anche, semplicemente, a fornire una sorta di interpretazione autentica per consentire la rimozione degli ostacoli che hanno impedito il funzionamento dei provvedimenti nella fase della loro concreta attuazione.

⁵³⁹ Di questa opinione è E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediario introdotto dall'art.709-ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 65, per la quale le violazioni e le gravi inadempienze sarebbero da ritenere più gravi rispetto alle semplici controversie e, pertanto, giustificerebbero l'adozione di misure più forti e incisive già predeterminate dalla legge. L'A. ritiene conseguentemente che, data la diversa gravità tra controversie e violazioni, si dovrebbe considerare che tra i provvedimenti opportuni e i rimedi tipizzati sussista un rapporto di consequenzialità e gradazione. L'eventuale reiterazione delle condotte che danno luogo alle controversie potrebbe pertanto rendere necessaria l'adozione di misure più gravi. Così anche G. FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, cit., p. 59. *Contra*, C. PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006, p. 241, secondo il quale mentre le controversie che danno luogo ai provvedimenti opportuni riguardano aspetti fisiologici del rapporto genitori-figli, tendenti ad una diversa regolamentazione dello stesso, le controversie aventi ad oggetto le gravi inadempienze, gli atti che recano pregiudizio o che comunque ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento riguarderebbero aspetti patologici.

non riescono a colmare di comune accordo. La seconda previsione reagisce invece contro una situazione di crisi all'interno della quale il genitore non abbia rispettato quanto stabilito dai provvedimenti sull'affidamento o sulla potestà e abbia determinato una tra le diverse ipotesi prospettate.

L'introduzione delle misure dell'art. 709-ter, secondo comma, c.p.c., in particolare di quelle tipizzate, risponde all'esigenza di colmare il vuoto di tutela presente nel nostro ordinamento, data la mancanza di strumenti in grado di assicurare l'effettivo rispetto dei provvedimenti del giudice sull'affidamento, difficilmente eseguibili coattivamente: i diritti e gli obblighi sussistenti tra componenti della famiglia hanno, infatti, caratteristiche peculiari che li rendono inidonei ad essere eseguiti nelle forme ordinarie. Avverso l'inottemperanza a detti provvedimenti non vi erano, dunque, strumenti opportuni⁵⁴⁰, salvo il ricorso alla tutela penale con tutte le problematiche connesse⁵⁴¹, oppure alla richiesta di modifica delle condizioni dell'affidamento con finalità punitiva: tutto ciò naturalmente andava a discapito dell'interesse del minore.

Efficaci provvedimenti potevano essere applicati unicamente laddove a venir inadempito fosse l'obbligo di mantenimento, poiché, in questo caso, sarebbe stato possibile ricorrere ad un sequestro conservativo *ex art. 671 c.c.* o chiedere che fosse ordinato ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, che una parte di esse fosse versata direttamente agli aventi diritto *ex art. 156, sesto comma, c.c.* Diversamente, in caso di inadempimento degli altri obblighi, per loro natura incoercibili, non

⁵⁴⁰ In realtà la Suprema Corte ha ritenuto possibile un'attuazione coattiva del diritto di visita nelle forme dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare (Cass. 15 dicembre 1982, n. 6912, in *Giust. civ.*, 1983, pt. I, p. 792). Detta soluzione non sarebbe tuttavia realizzabile in concreto per A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, cit., p. 889, nota n. 20.

⁵⁴¹ Il mancato rispetto dei provvedimenti riguardanti l'affidamento poteva e può far incorrere il genitore inadempiente nel reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice *ex art. 388, secondo comma c.p.* Si tratta, tuttavia, di una previsione che ha trovato un'applicazione molto ridotta perché richiede la procedibilità a querela della persona offesa e si scontra con la remora alla denuncia in sede penale di un componente della famiglia.

sussistevano adeguati strumenti di reazione. La finalità di una siffatta previsione sarebbe allora quella di creare un quadro di misure di coercizione indiretta del genitore, spinto in questo modo ad adempiere al meglio agli obblighi imposti dai provvedimenti del giudice⁵⁴², secondo quanto già ampiamente suggerito e prospettato dalla dottrina⁵⁴³. Le forme dell'esecuzione indiretta finalizzate a ottenere l'adempimento da parte dell'obbligato di quanto disposto nel provvedimento del giudice attraverso la minaccia dell'irrogazione di sanzioni⁵⁴⁴ parrebbero lo strumento più adatto al fine di ottenere

⁵⁴² In tal senso si vedano: F. DANOVI, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 611; L. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 372, per il quale l'art. 709-ter c.p.c. avrebbe previsto una serie di misure coercitive indirette che rappresentano l'ingresso all'interno della materia matrimoniale di vere e proprie astreintes. A riguardo F. TEDIOLI, *Art. 709-ter c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, a cura di A. ZACCARIA, 2008, p. 2113, rileva come sia stato introdotto un quadro di misure coercitive indirette in quanto la norma prevede sanzioni come conseguenza dell'inadempimento di obbligazioni allo scopo di indurre l'obbligato ad adempiere prefigurandogli, con la possibile irrogazione della sanzione, un male maggiore rispetto al vantaggio che riuscirebbe a conseguire protraendo il suo contegno inottemperante. In tal senso anche A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, cit., p. 881 s. e p. 894, che tuttavia rileva come il dispositivo processuale previsto all'art. 709-ter c.p.c. sia tutt'altro che ben congegnato e sia approssimativo dal punto di vista della tecnica processuale e che, pertanto, difficilmente riuscirà ad assolvere l'importante funzione alla quale sarebbe preordinato. In tal senso anche F. FAROLFI, *L'art. 709-ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 613, secondo il quale il legislatore avrebbe introdotto l'art. 709-ter c.p.c. proprio per la necessità di dotare il giudice di strumenti idonei a coartare la volontà del genitore inadempiente per reagire alle note carenze del processo esecutivo in materia di attuazione degli obblighi personali in ambito familiare, ambito nel quale le ordinarie forme di esecuzione hanno mostrato lacune di non poco conto.

⁵⁴³ Si rimanda a F. CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 110 ss. e A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, pt. V, c. 1 ss.

⁵⁴⁴ A riguardo si veda: "Per misure coercitive indirette si intende qualsiasi istituto che abbia la funzione di costringere un soggetto a ciò obbligato giuridicamente, ad adempiere alla obbligazione. In questa sede, peraltro, tale definizione va subito ulteriormente limitata con riferimento agli obblighi stabiliti in un provvedimento giurisdizionale dotato di efficacia esecutiva" (E. SILVESTRI e M. TARUFFO, *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. Giur.*, vol. XIII, Milano, 1989, p. 4). Sul tema si rimanda a: L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915, *passim*; G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 800 ss.; E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 727; A. PROTO PISANI, *Condanna (e misure coercitive)*, in *Foro it.*, 2007, pt. V, c. 1 ss. Nel nostro ordinamento non esiste una categoria generale di misure coercitive indirette, sono previste unicamente singole ipotesi: es. art. 18, ult. comma, St. Lav.; art. 86, 1 comma, R. D. 29 giugno 1939, n. 1127,

l'attuazione dei diritti non eseguibili tramite la tecnica della sostituzione nelle forme regolate dal libro III del codice di rito⁵⁴⁵.

In tale ottica, le misure tipizzate formerebbero un quadro di strumenti con funzione sanzionatoria⁵⁴⁶, volti a garantire l'osservanza e la corretta attuazione dei provvedimenti del giudice. Tuttavia, se tale ricostruzione pare condivisibile per quanto riguarda i rimedi indicati ai nn. 1 e 4⁵⁴⁷, diversamente una più ampia riflessione sulla natura delle due misure "risarcitorie" indicate ai nn. 2 e 3, rivela come non sia possibile ricostruire un quadro unitario.

L'introduzione dell'art. 709-ter c.p.c. ha suscitato reazioni contrastanti: accanto a quanti hanno accolto positivamente la

sui brevetti per i marchi industriali e all'art. 66, secondo comma, R. D. 21 giugno 1942, si brevetti per marchi di impresa.

⁵⁴⁵ In tal senso si rimanda a A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 882 ss. Il legislatore della famiglia non è nuovo a misure dirette alla coercizione indiretta: basti pensare al sequestro (art. 156, sesto comma, c.c. e art. 8, settimo comma, l. div.) e alla distrazione dei redditi dell'obbligato di cui all'art. 156, sesto comma, c.c.: a riguardo si rimanda a M. ACONE, *La tutela dei crediti di mantenimento*, Napoli, 1985, *passim*.

⁵⁴⁶ In tal senso si veda, *ex multis*, a F. DANОВI, *Provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1017; ID., *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 613, secondo il quale le misure avrebbero quindi segnatamente una valenza sanzionatoria di tipo pubblicistico. Tale carattere trasparirebbe con assoluta evidenza in relazione alla misura di cui al n. 4 della norma, che di fatto introdurrebbe una vera e propria *astreinte* nell'ordinamento; esso sarebbe altresì proprio della misura di cui al n. 1, nonchè nelle misure di cui ai nn. 2 e 3. Reputa tutte le misure introdotte di natura sanzionatoria pure G. DE MARZO, *Interruzione volontaria di gravidanza, addebito della separazione e responsabilità risarcitoria per lesione del diritto alla paternità*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 203. Così anche G. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, cit., p. 61, che, tuttavia, considera come l'applicazione di ciascuna di dette misure non possa prescindere dalla tutela dell'interesse del minore: il giudice, pur accertata la presenza delle gravi inadempienze potrebbe non applicare alcuna misura qualora questo fosse conforme all'interesse del minore.

In tal senso anche A. COSTANZO, *Commento a Tribunale di Reggio Emilia, (decr.) 27 marzo 2008*, in *Fam., pers., succ.*, 2008, p. 469, che, pur riconoscendo natura sanzionatoria ai rimedi tipizzati, non esclude che il giudice adito, anche in presenza di violazioni oggettivamente accertate, nonostante la domanda di parte volta, potrebbe ritenere di non applicare i rimedi in questione in quanto inopportuni e non conformi all'interesse del minore a seguito di un'analisi della situazione concreta. Detta soluzione è stata accolta anche nella pronuncia in esame.

⁵⁴⁷ Così Trib. Messina, 5 aprile 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 60: "abbastanza evidente appare la natura sanzionatoria del provvedimento di ammonizione e dell'applicazione della pena pecuniaria, definita amministrativa con una qualifica di per sé impropria, ma verosimilmente intesa a distinguerla dalla sanzione penale in senso stretto".

previsione di un sistema di misure coercitive volte a rendere il provvedimento del giudice attuale e efficace⁵⁴⁸, stanno quanti, invece, hanno fin da subito manifestato un atteggiamento critico, ritenendo maggiori gli svantaggi che si potrebbero verificare rispetto ai vantaggi⁵⁴⁹ e considerando come dietro all'affermazione dell'agire per la tutela del minore si nascondano intereventi eccessivamente invasivi⁵⁵⁰. Tuttavia, se il ricorso a detti strumenti potrebbe rivelarsi puramente strumentale e fondato unicamente su ragioni guidate astio e recriminazioni, nondimeno detto effetto sfavorevole troverebbe un ostacolo nel risarcimento del danno per lite temeraria al quale potrebbe venir condannato il genitore istante (art. 96 c.p.c.)⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ Si tratta di misure dirette alla rapida soluzione delle controversie insorte tra i genitori per evitare che l'inutile protrarsi del tempo possa cagionare un serio pregiudizio al benessere psicofisico della prole (C. PADALINO, *Confronto aperto in giurisprudenza per assicurare in tempi rapidi un accordo sulle scelte "strategiche"*, cit., p. II). A riguardo: "l'art. 709-ter c.p.c. [...] dota il giudice investito del difficile, ma anche essenziale compito dell'attuazione del provvedimento di un potere coercitivo diretto e indiretto (quest'ultimo fondato cioè sull'efficacia intimidatoria della norma) che conferisce, non necessariamente in alternativa – anche congiuntamente recita la norma e quindi tutti i provvedimenti previsti dai nn. 1, 2, 3, 4 hanno funzione analogo- facoltà di ammonire, sanzionare, condannare al risarcimento dei danni. Si tratta dunque di una lettura sistematica e coerente della norma, ma anche conforme alla sua *ratio* della costituzione di un sistema di poteri di coercizione, che uniti al potere di modificare, sono tutti rivolti al medesimo fine, e cioè quello di rendere il provvedimento di affidamento attuale, efficace e in ultima analisi di realizzare nella realtà dei fatti l'interesse del minore" (Trib. Messina, 5 aprile 2007, cit., p. 60).

⁵⁴⁹ Sul tema M.A. LUPOI, *Art. 709- ter*, in *Codice commentato*, a cura di CARDI, COLESANTI, TARUFFO, Padova, 2006, p. 2019, è critico nei confronti dell'introduzione di tale misura ritenuta di dubbia opportunità in un contesto in cui potrebbe creare meccanismi di rivalsa e ritorsioni tra i genitori a danno dei figli. Sottolinea come vi sia il rischio di una strumentalizzazione di detti mezzi sottoforma di iniziative pretestuose che possono avere ripercussioni negative anche sotto il profilo di una prevedibile recrudescenza dei livelli di conflittualità che certamente non giova agli interessi della famiglia anche, F.A. MONCALVO, *L'udienza presidenziale nei procedimenti contenziosi di separazione personale dei coniugi e di divorzio*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 458. Secondo l'A., per scongiurare detto rischio è forse ipotizzabile un ponderato ricorso allo strumento della condanna ex art. 96 c.p.c., nei confronti di ricorsi palesemente infondati, integranti i profili della lite temeraria.

⁵⁵⁰ Per M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, cit., p. 1103, dalla legge sull'affidamento condiviso emergerebbe una visione esasperatamente pubblicistica e paternalistica dei rapporti tra genitori e figli in cui l'interesse prevalente del minore diviene il pretesto per interventi giudiziari molto invasivi con un forte ampliamento dell'iniziativa officiosa del giudice.

⁵⁵¹ In tal senso B. LENA, *La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, 2008, Torino, p. 257.

Il nostro ordinamento non è l'unico all'interno del quale sono state introdotte misure coercitive indirette al fine di influenzare i genitori ad adempiere i doveri altrimenti non eseguibili coattivamente: ad es., anche all'interno dell'ordinamento spagnolo sono stati previsti strumenti per garantire l'attuazione dei provvedimenti adottati in tale ambito: l'art. 776 della *ley de enjuiciamiento civil* (l. n. 1 del 7 gennaio 2000), collocato all'interno del Titolo I “*de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores*” del Libro IV “*de los procesos especiales*”, rubricato “*ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas*”, prevede, infatti, al numero 1, che il genitore che non adempie in modo reiterato agli obblighi di mantenimento potrà essere sottoposto a multe coercitive secondo quanto stabilito dall'art. 711 (quantità delle multe coercitive), senza che ciò precluda la possibilità di aggredire il suo patrimonio nei limiti di quanto non corrisposto. Inoltre, al punto due, si prevede che, in caso di inadempimento degli obblighi dal contenuto non patrimoniale di “carattere personalissimo”, non si proceda alla sostituzione automatica con l'equivalente pecuniario previsto nel terzo comma dell'art. 709 (condanna ad un fare personalissimo), ma siano mantenute le multe coercitive mensili tutto il tempo che sarà necessario per un periodo massimo di un anno. Gli obblighi in questione vengono identificati nei doveri genitoriali. L'introduzione di detti strumenti, quali le multe coercitive, in grado di rappresentare uno strumento per la coercizione indiretta dell'obbligato è stata tuttavia criticata da quanti ritengono che il rimedio verso l'inadempimento di detti doveri non potrebbe venir individuato nell'imposizione di dette multe coercitive⁵⁵².

Inoltre, l'inadempimento reiterato delle obbligazioni derivanti dal regime di visita potrà costituire ragione di modifica del regime

⁵⁵² In tal senso P. GONZÁLEZ POVEDA, *Processos sobre capacidad, filiación y menores*, in *Ley de enjuiciamiento civil*, coordinato da J.M. MARTINES PARDO D. LOSCERTALES FUENTES, Vol. II, Madrid, 2000, p. 1545. L'A. sottolinea anche quanto stabilito dal giudice nei provvedimenti si fonda su quello che è il prevalente interesse del minore che tuttavia non può essere sufficientemente protetto con l'imposizione di dette sanzioni pecuniarie in caso di inadempimento dei genitori.

secondo quanto previsto dal n. 3. Detta modifica viene ritenuta da taluni, non senza critiche, una sanzione⁵⁵³, tuttavia, si deve osservare come un automatismo nel modificare il regime di affidamento potrebbe essere non rispettoso dell'interesse superiore del figlio⁵⁵⁴.

Certamente il legislatore spagnolo, mediante tale previsione, ha voluto introdurre una serie di strumenti di esecuzione indiretta⁵⁵⁵, la cui natura è discussa: secondo taluni, infatti, si tratterebbe di vere e proprie sanzioni di carattere punitivo di dubbia costituzionalità⁵⁵⁶; secondo altri invece di *astreintes*⁵⁵⁷. Lascia invece perplessi la scelta di individuare il beneficiario delle somme irrogate nel Tesoro pubblico⁵⁵⁸.

⁵⁵³ Di tale avviso A.J. PÉREZ MARTÍN, *Art. 776 Ley dell'enjuiciamiento civil*, in *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tm. IV, diretto da L. NAVARRETE, Valladolid, 2000, p. 4158.

⁵⁵⁴ A riguardo, infatti, P. ORTUÑO MUÑOZ, *Separación y divorcio consensual*, in *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, coordinato da M. ANGEL FERNANDEZ-BALLESTEROS, J.M. RIFÁ SOLER, J.F. VALLS GOMBARU, tm II, 2000, Barcellona, p. 3610, sottolinea come la possibilità di modificare il regime in sede di procedimento speciale per l'esecuzione in materia di famiglia deve essere utilizzata con prudenza dai Tribunali, perciò questa facoltà discrezionale deve essere soppesata e razionalizzata. L'inadempimento deve essere reiterato. In secondo luogo, prima di arrivare a ciò dovranno essere impiegati mezzi giudiziali tendenti a favorire l'adempimento e solamente qualora l'atteggiamento del genitore sia di contumacia implicita o esplicita e rappresenti un rischio reale per il minore si procederà a modificare il regime seguendo il principio dell'interesse del minore.

⁵⁵⁵ Per P. ORTUÑO MUÑOZ, *Separación y divorcio consensual*, cit., p. 3606, si tratta di un sistema di multe coercitive di carattere civile volte a sanzionare l'inadempimento reiterato degli obblighi di corrispondere un pagamento o comunque di quelle non pecuniarie. In particolare, l'A. sottolinea come sia una facoltà per il giudice scegliere se irrogarle o meno. Per il fatto che dette misure potrebbero non riuscire a svolgere la loro funzione diretta a influire sulla psicologia dell'autore per indurlo ad adempiere nelle ipotesi in cui l'autore dell'inadempimento non abbia mezzi economici oppure nell'ipotesi inversa in cui abbia una condizione molto agiata, secondo l'A. il giudice dovrebbe applicare una multa proporzionata alla condizione economica dell'obbligato in modo che effettivamente serva come elemento che dissuada un futuro inadempimento.

⁵⁵⁶ In tal senso P. GONZÁLEZ POVEDA, *Processos sobre capacidad, filiación y menores*, in *Ley de enjuiciamiento civil*, coordinato da J.M. MARTINES PARDO D. LOSCERTALES FUENTES, Vol. II, Madrid, 2000, p. 1544, secondo il quale dietro il termine multe coercitive si nasconderebbero in realtà vere e proprie sanzioni di carattere punitivo di dubbia costituzionalità. L'identità delle condotte incriminate nell'art. 227 Código penal e dall'art. 776 *Ley en. Civil* pare evidente e può dare luogo a possibili infrazioni del principio del *ne bis in idem*.

⁵⁵⁷ Secondo M^a PAZ GARCÍA ABURUZA, *Sobre el régimen de ejecución del artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num. 20/2004*, 2005, p. 3.

⁵⁵⁸ Così P. GONZÁLEZ POVEDA, *Processos sobre capacidad, filiación y menores*, in *Ley de enjuiciamiento civil*, coordinato da J.M. MARTINES PARDO D. LOSCERTALES FUENTES, Vol. II, Madrid, 2000, p. 1544.

3. I presupposti per l'applicazione delle misure introdotte dalla norma.

Per quanto riguarda i requisiti necessari per l'accoglimento del ricorso *ex art. 709-ter*, secondo comma, c.p.c., è richiesta la preesistenza di provvedimenti (quantomeno provvisori o urgenti) sull'affidamento o sulla potestà⁵⁵⁹. Deve perciò trattarsi di figli minorenni in quanto solamente detti soggetti sono sottoposti alla potestà genitoriale, secondo il disposto dell'art. 316 c.c., e a un regime di affidamento in ipotesi di crisi della famiglia. Più complessa è l'applicabilità dei provvedimenti in questione in presenza di figli maggiorenni portatori di handicap grave, ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 10⁵⁶⁰. Nonostante l'art. 155-*quinquies*, secondo comma, c.c. estenda interamente a tali soggetti l'applicazione delle disposizioni previste in favore dei figli minori, si tende ad escludere che la disciplina prevista dall'art. 709-*ter* c.p.c. sia rivolta anche ad essi, poichè il maggiorenne, anche se portatore di un handicap grave, non sarebbe sottoposto a provvedimenti sull'affidamento o sulla potestà. Tuttavia, detta soluzione restrittiva non pare condivisibile in quanto tali soggetti, pur non essendo formalmente sottoposti ad un provvedimento sull'affidamento o sulla potestà, in ogni caso si trovano in una situazione di particolare debolezza che in occasione della crisi della famiglia si acuisce ancor di più. Inoltre, anche con riferimento ad essi si potrebbero verificare le medesime problematiche che hanno spinto ad introdurre i rimedi in

⁵⁵⁹ A riguardo si veda B. DE FILIPPIS, *Il nuovo articolo 709-ter c.p.c.*, in *La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra i genitori separati*, a cura di B. DE FILIPPI, A. MASCIA, A. NELLA MANZIONE, S. RAMPOLLA, Padova, 2009, p. 216 ss. Diversamente C.M. CEA, *L'affidamento condiviso. Profili processuali*, in *Foro it.*, 2006, pt. V, c. 101, pur condividendo l'assunto per il quale le misure dell'art. 709-*ter* c.p.c. presuppongono un precedente provvedimento che fissi lo statuto della coppia in crisi, ritiene che si potrebbe anche prescindere dall'esistenza di tali provvedimenti in caso di genitori non coniugati che entrano in conflitto sulla potestà. In tale particolare caso, in virtù della clausola di estensione, si dovrebbe potere estendere la disciplina in esame.

⁵⁶⁰ In tal senso Trib. di Reggio Emilia, 5 novembre 2007, n. 1435, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 74 s.: "l'art. 709-*ter*, n. 2, c.p.c. non si applica al figlio maggiorenne portatore di handicap grave rispetto al quale non può operare un regime di affidamento".

questione a tutela dei figli minori: anche detti soggetti si trovano in una condizione nella quale non sono indipendenti economicamente ed emotivamente ed hanno necessità del supporto del genitore⁵⁶¹.

Per tali ragioni anche in riferimento ad essi sarà necessario disporre di strumenti in grado di far sì che entrambi i genitori si occupino attivamente del figlio oppure che non impediscano all'altro di stare con lui.

In secondo luogo, i provvedimenti previsti possono essere adottati in presenza di genitori separati, essendo l'art. 709-ter c.p.c. collocato all'interno del libro IV del Codice di rito, titolo II, capo I "Della separazione personale tra i coniugi", oppure, in virtù dell'art. 4, secondo comma, della legge n. 54/06, anche nei casi di scioglimento, cessazione degli effetti civili e annullamento del matrimonio, nonché in caso di genitori non coniugati. Dal momento che l'art.709-ter c.p.c. nell'indicare il giudice competente si riferisce a quello del procedimento in corso, le misure saranno applicabili anche in pendenza dei procedimenti di separazione personale tra i coniugi, qualora siano già stati adottati i provvedimenti presidenziali sull'affidamento o sulla potestà. Ciò posto, i provvedimenti di cui al 709-ter c.p.c. possono essere emanati in presenza di qualsiasi tipo di rapporto di filiazione.

Per quanto riguarda l'applicabilità di dette misure in presenza di genitori naturali sorge l'interrogativo circa la necessità o meno della cessazione della convivenza *more uxorio* tra gli stessi. Vi è, infatti, chi ritiene estendibile tale disciplina anche ai figli di genitori naturali conviventi *more uxorio*, considerando come l'art. 4 della legge

⁵⁶¹ Secondo alcuni autori, infatti ad essi sarebbe estendibile la disciplina dell'art. 709-ter c.p.c. in virtù dell'art. 155-quinquies, secondo comma, c.c. per il quale a tali soggetti sarebbe integralmente applicabile la disciplina sull'affidamento riservata ai figli minori: così G. FINOCCHIARO, *Procedimento ad hoc per le liti sulla potestà*, cit., p. 53; M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, cit., p. 1092; E. VULLO, *Art. 2. – Modifiche al codice di procedura civile*, in *Commentario*, a cura di M. MANTOVANI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 226; I. ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 405, nota n. 2. Per A. ARCIERI, *L'affidamento condiviso*, Milano, 2007, p. 280, le misure in questione sarebbero applicabili anche a tali soggetti data la completa equiparazione degli stessi ai figli minori e data la possibilità che anche riguardo ad essi si verificano controversie sulle modalità di affidamento.

sull'affidamento condiviso, nel determinare l'estensione della disciplina, si limiti a far riferimento ai genitori non coniugati senza far cenno alcuno alla presenza o meno di una convivenza tra gli stessi⁵⁶². Diversamente, si potrebbe anche considerare l'applicabilità di detti rimedi limitatamente alla situazione di cessazione della convivenza tra genitori naturali, essendo la situazione di convivenza regolata già secondo il disposto dell'art. 317-*bis* c.c., che rimanda all'art. 316 c.c.⁵⁶³.

Tale soluzione parrebbe condivisibile in un'ottica per la quale questa disciplina non mira a regolare l'intero contenzioso familiare, ma si rivolge unicamente alla crisi della famiglia, seppur considerata nel suo complesso. Se così non fosse, si potrebbe forse prospettare una discriminazione rispetto ai figli di genitori coniugati a tutela dei quali non sarebbe possibile il ricorso agli strumenti dell'art. 709-*ter* c.p.c. Le misure tipizzate, previste al secondo comma, richiedono presupposti ulteriori, quali gravi inadempienze, oppure atti che comunque rechino pregiudizio al minore o che ostacolino le corrette modalità dell'affidamento.

Per delimitarne l'ambito di applicazione, è necessaria un'operazione ermeneutica al fine di comprendere il significato di tali espressioni⁵⁶⁴. Ciò si rivela di fondamentale importanza posto che il legislatore non ha determinato con precisione i comportamenti che possono dare luogo all'adozione delle misure in questione. Essi possono consistere sia in una condotta attiva, sia in una omissiva, dal momento che la previsione generica utilizzata non consentirebbe una diversa soluzione. Sarebbe, infatti, riduttivo escludere dalla gamma

⁵⁶² Di tale avviso è G. CASABURI, *Commento al decreto del Tribunale di Napoli 27 febbraio 2007*, cit., p. 1611.

⁵⁶³ Così, E. D'ALESSANDRO, *Profili di interesse processuale*, in *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI e L. ROSSI CARLEO, 2006, Milano, p. 295, per la quale, sul presupposto che in caso di controversie di tal fatta tra genitori non coniugati ma pur sempre conviventi si applichi, in virtù del richiamo operato dall'art. 317-*bis* c.c., l'art. 316, terzo comma, c.c., l'art. 709-*ter* c.p.c. sarebbe applicabile solamente in presenza di genitori non conviventi di figli naturali.

⁵⁶⁴ Per B. DE FILIPPIS, *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*², Padova, 2007, p. 228, la formula è ampia e vuole colpire l'arco di tutti i possibili comportamenti che eludano, palesemente o indirettamente, la perfetta attuazione dei provvedimenti.

dei comportamenti idonei a legittimare l'utilizzo di tali provvedimenti le condotte omissive, soprattutto se si considera come, in detto particolare settore, siano le più frequenti: basti pensare al comportamento del genitore che sistematicamente non si occupi di tenere con sé il bambino, oppure che costantemente non corrisponda quanto dovuto a titolo di mantenimento della prole.

Inoltre, le inadempienze si risolvono quasi sempre in un'inattuazione degli obblighi imposti ai genitori nel provvedimento sull'affidamento o sulla potestà che sia connotato da una certa gravità⁵⁶⁵.

Quanto ai comportamenti che ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento si tratta di quelle condotte che rendono difficoltosa l'attuazione del regime di affidamento deciso dal giudice: basti pensare al genitore che assuma le decisioni di maggiore interesse per il figlio senza consultarsi e senza il consenso dell'altro.

Più arduo è comprendere cosa si debba intendere per “atti che recano pregiudizio al minore”⁵⁶⁶: tale previsione non sembrerebbe poter ricomprendere qualsivoglia pregiudizio recato dal genitore al figlio, ma solamente quelli derivanti dal mancato rispetto di quanto stabilito – seppur implicitamente - dal giudice nel provvedimento sull'affidamento o sulla potestà. Tutti e tre gli incisi non sembrerebbero, infatti, poter essere letti in senso generalizzato, ma

⁵⁶⁵ A riguardo G. FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, cit., p. 60, sostiene che nonostante il fatto che formalmente l'aggettivo grave si riferisca formalmente solo alle inadempienze, in realtà per gli atti che recano pregiudizio e per quelli che sono di ostacolo al corretto svolgimento delle modalità di affidamento, il giudice comunque debba valutarne la gravità, in particolare al fine di stabilire il contenuto dei provvedimenti da adottare. B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso nella separazione e nel divorzio*², cit., p. 227, sottolinea come le inadempienze non gravi non sarebbero oggetto di intervento neppure nella forma nell'ammonimento. Un esempio di inadempienza è stato rinvenuto dalla giurisprudenza nella condotta della madre, che unilateralmente e arbitrariamente ha deciso di condurre la minore in altra città, senza previamente domandare la modifica delle condizioni di separazione, a prescindere dalle motivazioni di tale scelta: in tal senso Trib. Pisa (ord.), 24 gennaio 2008, in *Fam. dir.*, 2009, p. 180.

⁵⁶⁶ Sul tema il Trib. di Pisa, (ord.) 20 dicembre 2006, cit., p. VI, ha reputato che il comportamento della madre collocataria che, senza consultarsi col il padre, ha deciso di trasferire unilateralmente la residenza sue e delle figlie da una città all'altra, costituisca quantomeno un ostacolo al corretto svolgimento delle modalità di affidamento. Le decisioni riguardanti il mutamento della residenza rientrano, infatti, tra quelle questioni che ai sensi dell'art. 155 c.c. sono di maggiore interesse per i figli e devono essere assunte di comune accordo tra i genitori.

sempre alla luce del contenuto dei provvedimenti adottati dal giudice⁵⁶⁷: trattandosi, infatti, pur sempre di uno strumento che trova la sua ragion d'essere nella necessità di far rispettare i provvedimenti emanati, è necessario che la violazione riguardi il loro specifico contenuto⁵⁶⁸.

Sebbene si sia sostenuta l'applicabilità di detti rimedi soltanto in caso di mancato rispetto degli obblighi personali⁵⁶⁹, pare tuttavia

⁵⁶⁷ In tale senso, Trib. Reggio Emilia 30 aprile 2008, cit., ha ritenuto l'indagine limitata all'accertamento di eventuali gravi inadempienze degli obblighi posti a carico del padre nella sentenza di divorzio, rimanendo diversamente al di fuori dell'ambito di analisi la condotta tenuta dal genitore durante la separazione personale e l'accertamento della causa del deteriorarsi del rapporto tra padre e figlia. Così anche A. ANCESCHI, *Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità*, Milano, 2007, p. 352, secondo il quale le gravi inadempienze alle quali si riferisce la norma debbano riconnettersi esclusivamente al provvedimento inerente all'affidamento dei figli e non ad altri aspetti del rapporto genitori-figli. La stessa considerazione varrebbe anche per quanto riguarda i pregiudizi nei confronti del figlio minore. In tal senso si potrebbe richiamare anche B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso nella separazione e nel divorzio*², cit., p. 228, che rileva come la formulazione dei diversi incisi sia ampia e tenda a coprire tutto l'arco dei comportamenti che palesemente o in modo indiretto, eludano la perfetta attuazione dei provvedimenti sull'affidamento. Così anche A. D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.*, cit., p. 1042 per la quale sembra che la norma prenda in considerazione qualsiasi deviazione dalle modalità di frequentazione concordate. Nel senso di reputare detti rimedi siano posti a baluardo degli obblighi importati dall'autorità giurisdizionale si veda I. ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709-ter c.p.c.*, cit., p. 406. Secondo l'A., tramite detta previsione l'ordinamento tenderebbe a garantire indirettamente il rispetto dell'intervento del giudice all'interno dei rapporti familiari in campi spesso caratterizzati dall'infungibilità della funzione genitoriale e dunque dalla inseguibilità forzata in forma specifica dei *dicta giudiziali*.

⁵⁶⁸ Si veda G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*², Lavis (Tn), 2009, p. 92 s., secondo il quale l'art. 709-ter c.p.c. sarebbe finalizzato esclusivamente a risolvere le controversie familiari in corso – insorte nell'ambito di una lite già pendente tra i genitori o nell'ambito di una situazione già definita ma suscettibile di modifica. Si devono pertanto escludere dall'ambito di applicazione di detta disposizione normativa le questioni più generali, concernenti l'illecito endofamiliare. Queste ultime, infatti, devono essere trattate in un ordinario giudizio di cognizione, mentre l'art. 709-ter c.p.c. si limita ad accertare eventuali gravi inadempienze riguardanti provvedimenti già emessi e relativi al procedimento in corso. Tutto ciò rispecchia la funzione di detti rimedi che è di rafforzare i provvedimenti già assunti nell'interesse della prole, inducendo il genitore al rispetto degli stessi.

⁵⁶⁹ In particolare si rimanda a M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, cit., p. 1093, che ritiene, infatti, dette misure applicabili unicamente per garantire il rispetto degli aspetti personali dell'affidamento: gli aspetti patrimoniali, secondo l'A. non porrebbero problemi attuativi (se non in relazione all'esistenza di un patrimonio capiente che l'avente diritto possa aggredire in sede esecutiva). Le sanzioni dell'art. 709-ter c.p.c. sarebbero comunque inefficaci di fronte ad un debitore privo di patrimonio. Inoltre in caso di mancato rispetto degli obblighi patrimoniali sarebbero già previste specifiche sanzioni penali in virtù dell'art. 3 della legge sull'affidamento condiviso che richiama l'art. 12-*sexies* della legge sul divorzio, contenente un

maggiormente condivisibile la tesi che ritiene tali misure adottabili anche in presenza di un inadempimento delle statuizioni di ordine patrimoniale imposte con i provvedimenti sull'affidamento⁵⁷⁰. Le disposizioni di carattere patrimoniale sono, infatti, strettamente connesse alle questioni concernenti l'affidamento e la potestà. Anche i comportamenti lesivi di dette previsioni sono suscettibili di recare pregiudizio alla prole in quanto privano la stessa dei mezzi necessari per la crescita, l'istruzione e l'esplicazione della personalità. Inoltre, se il legislatore avesse inteso escludere tali violazioni dall'ambito di applicazione della disciplina in esame, avrebbe utilizzato formule meno ampie. A sostegno dell'interpretazione restrittiva si sosteneva che la stessa legge n. 54/2006, che ha introdotto l'art. 709-ter c.p.c., ha previsto, altresì, all'art. 3 una misura per reagire all'inadempimento dei provvedimenti di natura economica: detto articolo, infatti, stabilisce che in caso di violazione degli obblighi di natura economica si applica l'art. 12-sexies della legge 1 dicembre

rinvio all'art. 570 c.p. Di questa opinione è anche E. VULLO, *Art. 2. – Modifiche al codice di procedura civile*, cit., p. 226, per il quale in presenza di violazioni di obblighi patrimoniali sarebbero già previsti ben altri mezzi per l'esecuzione forzata. Così anche C. ONNIBONI, *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709-ter c.p.c.*, cit., p. 828.

⁵⁷⁰ In tale senso si vedano: “Le sanzioni previste dall'art. 709-ter c.p.c. sono applicabili anche nell'ipotesi di inadempimenti o violazioni concernenti le statuizioni di natura patrimoniale e non soltanto in quelle concernenti l'esercizio della potestà genitoriale o le modalità dell'affidamento” (Trib. Modena, ord. 29 gennaio 2007, in *Fam. dir.*, 2007, p. 823); “Le misure coercitive previste dall'art. 709-ter, secondo comma, c.p.c. possono essere applicate anche nel caso di violazione di obblighi economici quando le inadempienze sono tali da recare un grave pregiudizio alla qualità della vita della prole” (Trib. Napoli, (ord.) 1 agosto 2007, in www.affidamentocondiviso.it). Così pure Trib. Roma, (ord.) 5 giugno 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 661, e anche Trib. Bologna, (decr.) 19 giugno 2007, in www.affidamentocondiviso.it. In tal senso potrebbero essere portati i lavori preparatori alla legge all'interno dei quali si affermava come per la prima volta fossero state individuate sanzioni di tipo economico nei confronti del genitore inadempiente (Atti parlamentari, Camera dei deputati, Resoconto sommario e stenografico, seduta n. 600, 10 marzo 2005, Relazione dell'On. Paniz). Così anche B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*², cit., p. 220, per il quale l'espressione “modalità di affidamento” dovrebbe essere intesa in senso ampio in modo da ricomprendere le questioni di ordine economico attinenti al mantenimento qualora si intersechino e si ripercuotano sull'esercizio della potestà e sulle modalità dell'affidamento. In particolare, a riguardo C. PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli*, cit., p. 245, sostiene che nelle intenzioni del legislatore l'oggetto principale delle sanzioni introdotte dovrebbe essere proprio il mancato pagamento da parte del genitore onerato dell'assegno di mantenimento a favore del figlio. Di tale avviso anche C. CILIBERTO, *Controversie economiche sul mantenimento del minore: prime applicazioni dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 1161 ss.

1970, n. 898 “*disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*”, in base al quale al coniuge che si sottrae all’obbligo di corresponsione dell’assegno dovuto a norma degli articoli 5 (concernente l’assegno divorzile verso il coniuge) e 6 (concernente il mantenimento dei figli), si applicano le pene previste dall’art. 570 c.p. Tuttavia, non pare che la previsione di detto rimedio possa escludere il ricorso all’art. 709-*ter* c.p.c., in caso di inadempimento dei provvedimenti economici, e ciò per diverse ragioni: *in primis*, per il fatto che l’ambito di applicazione dell’art. 3 è molto più ridotto, dal momento che fa espresso riferimento al rapporto coniugale e, in secondo luogo, in quanto la formulazione letterale dell’art. 709-*ter* c.p.c. non offre elementi in tal senso.

Certamente, invece, detti provvedimenti non sono invocabili nelle ipotesi in cui vengano poste in essere gravi inadempienze o atti che recano pregiudizio all’altro genitore non incidenti sul rapporto genitoriale. Allo stesso modo neppure all’interno della locuzione comportamenti che ostacolo il corretto svolgimento delle modalità di affidamento paiono riconducibili dette fattispecie⁵⁷¹.

Nulla osta alla possibilità di reiterare l’applicazione delle misure nell’ipotesi in cui il genitore dovesse continuare a tenere i comportamenti contro i quali si era già provveduto ad adottare i rimedi previsti.

Nel tirare le fila del discorso non resta che constatare come l’utilizzo di una formulazione generica per individuare l’ambito di applicazione degli strumenti introdotti potrebbe attribuire al giudice un’eccessiva discrezionalità⁵⁷². Inoltre potrebbe attenuare l’efficacia

⁵⁷¹ *Contra*, A.N. MANZIO, *Le misure sanzionatorie nella legge 54/2006*, cit., p. 194, secondo la quale si potrebbe invocare la disposizione normativa anche in presenza di quelle violazioni che solo indirettamente incidono sui figli, mentre direttamente coinvolgono gli interessi del genitore: vi sarebbero, infatti, secondo l’A., controversie insorte durante la fase della separazione o del divorzio tra i genitori le quali, pur se non incentrate prevalentemente sulle problematiche dell’affidamento o della potestà, sarebbero comunque per la loro gravità foriere di disequilibri familiari che possono danneggiare la stabilità psichica del minore. Tali situazioni altererebbero il clima di serenità familiare che deve essere sempre garantito ai figli.

⁵⁷² Così A. GRAZIOSI, *L’esecuzione dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, cit., p. 891, secondo il quale la formulazione così generica non solo va

dissuasiva delle misure coercitive in quanto impedisce ai destinatari di comprendere quale sia con esattezza il comportamento vietato⁵⁷³. Infine, potrebbe determinare un aumento della litigiosità in quanto, vista l'ampiezza dei presupposti, i genitori potrebbero adire le vie giudiziali di fronte a comportamenti irrilevanti oppure per semplice ripicca. Eventualità che potrebbe comunque, secondo quanto già precisato, essere scongiurata grazie allo spauracchio del danno da lite temeraria *ex art. 96 c.p.c.* In ogni caso vi è da auspicare che i giudici siano cauti e prudenti nell'applicare tali rimedi.

4. Le singole misure tipizzate dal secondo comma dell'art. 709-ter c.p.c.

Tra le misure tipizzate, previste dal secondo comma dell'art. 709-ter c.p.c. per il caso di grave inadempimento oppure di atti che comunque arrecano pregiudizio o che ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, il giudice può, in *primis*, modificare il regime di affidamento previsto. Un eventuale provvedimento in tal senso tuttavia potrà essere adottato soltanto se rispondente all'interesse del minore e non al fine di sanzionare il genitore per la condotta tenuta, coerentemente con la *ratio* della legge⁵⁷⁴.

ad attenuare l'efficacia dissuasiva della misura coercitiva, ma viola il principio di legalità al rispetto del quale dovrebbero essere informate anche le misure sanzionatorie di secondo livello come queste.

⁵⁷³ Di tale avviso A. D'ANGELO, *L'art. 709-ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, in *Danno resp.*, 2008, p. 1197, secondo la quale in assenza di una chiara individuazione delle fattispecie la potenziale efficacia deterrente della norma rimarrebbe assai ridotta.

⁵⁷⁴ In tal senso G. DE MARZO, *L'affidamento condiviso. Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, pt. V., c. 95. Così anche, F. TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 401. Detta ricostruzione appare condivisibile soprattutto se si considera come, in concreto, la modifica dei provvedimenti venga adottata in presenza di un genitore inadempiente, ma incolpevole. *Contra* G. FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, cit., p. 61, che anzi ritiene la modifica dei provvedimenti la misura più idonea ed efficace non solo a prevenire, ma anche a sanzionare eventuali inadempienze o violazioni. Riconosce che inevitabilmente anche tale misura abbia funzione punitiva M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, cit., p. 1099. A riguardo B. LENA, *La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento*, cit., p. 265 ss., secondo la quale la modifica del regime di affidamento prescelto deve comunque tener conto

Congiuntamente a detta misura, il giudice potrà applicare, anche cumulativamente, gli altri strumenti: innanzitutto l'ammonimento⁵⁷⁵ (n.1) che si caratterizza per il contenuto inibitorio⁵⁷⁶, poiché contiene un invito al genitore a cessare determinate condotte attive o omissive⁵⁷⁷. Oltre ad avvertire di astenersi da una determinata condotta, potrebbe anche "minacciare" l'applicazione di ulteriori misure in caso di reiterazione.

In questo modo, il provvedimento rivestirebbe una funzione di coercizione indiretta: il timore dell'applicazione di misure più incisive (ovvero la sanzione pecuniaria) potrebbe, infatti, rappresentare un deterrente per l'autore della condotta⁵⁷⁸. Tale provvedimento viene

dell'interesse del minore, non potendo essere sorretto da finalità meramente sanzionatorie.

⁵⁷⁵ Per A. GRECO, *Affido condiviso (L.N. 54/2006) e ipotesi di responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1417, si tratterebbe di una diffida rivolta al genitore inadempiente in quanto non si fa altro che intimare ad un soggetto di astenersi dal tenere un determinato comportamento, con l'avvertimento delle possibili conseguenze dell'inosservanza dell'ingiunzione stessa (l'A. rimanda alla definizione che di diffida data da E. CIACCIO, *Diffida (in generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 507 ss.). Per B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*², cit., p. 229, l'ammonimento non potrà rappresentare la fine del procedimento, dovendo invece il giudice rinviare ad altra udienza per verificare se è cessato il comportamento che giustificava l'ammonimento. Detta soluzione viene tuttavia criticata da A.M. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, cit., p. 1100, in quanto non può certamente essere condivisa in termini generali, sia per la difficoltà di concepire il procedimento quale momento di verifica continuata e duratura nel tempo dell'adempimento da parte del genitore, sia in quanto si pone in palese contrasto con il fondamentale principio di economia processuale, sia - soprattutto - perché appare inaccettabile "processualizzare" i rapporti tra genitori e figli, per quanto in situazioni di crisi e di difficoltà (cioè trasformarli in un giudizio permanente e destinato a durare fino al raggiungimento della maggiore età della prole). Il ricorso all'autorità giurisdizionale deve avere carattere eccezionale, costituendo la *extrema ratio*, per fronteggiare e risolvere singole ipotesi di conflittualità.

⁵⁷⁶ Il legislatore della famiglia non è nuovo ai rimedi inibitori: basti pensare agli ordini di protezione familiare *ex art. 342-ter c.c.* Nel caso in cui il coniuge o altro convivente tenga una condotta gravemente pregiudizievole all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, il giudice tramite gli ordini di protezione può ordinare la cessazione della condotta pregiudizievole e l'allontanamento dalla casa familiare. In tale contesto però, forse proprio sulla base di una consapevolezza della scarsa efficacia deterrente di tale misura, il legislatore ha previsto che il provvedimento inibitorio deve necessariamente affiancarsi all'allontanamento dalla casa familiare.

⁵⁷⁷ Per maggiori riflessioni riguardo all'azione inibitoria all'interno del nostro ordinamento si rimanda a R. SCOGNAMIGLIO, voce "*Illecito (diritto vigente)*", in *Novis. Dig.*, it., Torino, 1962, vol.VIII, p. 169 ss.

⁵⁷⁸ A riguardo E. VULLO, *Art. 2. - Modifiche al codice di procedura civile*, cit., p. 233 s., ritiene che l'ammonimento possa avere un'efficacia deterrente nell'ipotesi in cui si ritenga che l'eventuale somma di ammonizioni possa giustificare la

tuttavia, e a ragione, ritenuto di scarsa efficacia, in quanto privo di un diretto contenuto afflittivo⁵⁷⁹. La sua natura sanzionatoria porta a ritenere che il giudice possa applicarla anche d'ufficio, indipendentemente dunque da un'apposita domanda di parte⁵⁸⁰.

L'art. 709-ter c.p.c. ha inoltre introdotto ai nn. 2 e 3 la previsione della condanna al risarcimento del danno nei confronti del figlio o dell'altro genitore. In questi casi, destinatari della somma che il genitore dovrà corrispondere sono il figlio (n. 2) e l'altro genitore (n. 3).

Quest'ultima misura, tramite la quale sono risarcibili i pregiudizi patiti dal genitore a causa della condotta dell'altro, integrante una delle previsioni del secondo comma, esprime come, nonostante la disciplina in questione tenda al perseguimento dell'interesse del minore, emergano anche diversi interessi, seppur secondari rispetto al primo: per esempio quello del genitore a conservare il rapporto con il figlio⁵⁸¹. I danni patiti dal genitore devono derivare da comportamenti che vanno ad incidere sul rapporto genitoriale, esulando da detto

modifica delle condizioni di affidamento oppure, in ipotesi più gravi, la pronuncia di provvedimenti limitativi o ablativi della potestà.

⁵⁷⁹ Criticamente su tale misura: G. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. merito, Speciale riforma del diritto di famiglia*, 2006, p. 61, secondo il quale si tratterebbe di una misura puramente simbolica se applicata in via esclusiva; M. MARINO, *L'inadeguata discussione parlamentare ha impedito un corretto affido condiviso*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 7, p. 7, sostenendo che non è dato comprendere in che cosa si concretizzi l'ammonizione, in modo provocatorio afferma che forse, per applicazione analogica dei regolamenti previsti nel gioco del calcio, si potranno vedere magistrati estrarre cartellini gialli o rossi. Diversamente, B. DE FILIPPIS, *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*², cit., p. 230, considera come detta misura abbia la funzione di spiegare il significato della legge e di indirizzare le parti verso comportamenti virtuosi.

⁵⁸⁰ In tal senso B. DE FILIPPIS, *Il Nuovo articolo 709-ter c.p.c.*, cit., p. 247.

⁵⁸¹ In questo senso anche G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, cit., p. 594 s., per la quale mediante tale previsione il genitore può essere risarcito dei danni subiti che abbiano inciso sulla relazione genitori-figli, in particolare derivanti da condotte volte ad ostacolare il rapporto. Nel senso che la legge sull'affidamento condiviso tenda a tutelare, oltre all'interesse del minore, anche altri interessi come quello del genitore a mantenere la relazione parentale, sempre che questo non entri in rotta di collisione con l'interesse della prole G. DE MARZO, *L'affidamento condiviso. Profili sostanziali*, cit., 90. A sostegno di tale assunto basta considerare la formulazione letterale dell'art. 155-*quater*, primo comma, c.c. nella parte in cui si afferma come la casa familiare debba venir assegnata tenendo conto prioritariamente dell'interesse del minore. A contrario si ricava che tale interesse, seppur di primaria rilevanza non è l'unico che deve essere considerato.

contesto le questioni attinenti al rapporto coniugale: non è, infatti, possibile per il coniuge separato utilizzare detto rimedio per ottenere il ristoro di quei pregiudizi derivanti dalla violazione dei doveri coniugali che abbia altresì determinato la lesione di un diritto inviolabile della persona.

Infine, l'ultima delle misure previste è la condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende (n. 4)⁵⁸². Si tratta di uno strumento dalla chiara funzione sanzionatoria e deterrente che non richiede il verificarsi di un pregiudizio, essendo sufficiente l'accertamento della violazione, e la cui quantificazione dovrà tener conto, per poter efficacemente svolgere la sua funzione di coazione psicologica, non solo della gravità della condotta, ma anche delle condizioni economiche dell'agente⁵⁸³.

Trattandosi di una sanzione amministrativa⁵⁸⁴, il giudice nel comminarla opererebbe non quale organo giurisdizionale, ma quale autorità amministrativa, seppur all'interno di un giudizio di cognizione⁵⁸⁵.

⁵⁸² Secondo F. FAROLFI, *L'art. 709-ter c.p.c.: sanzione civile con funzione preventiva e punitiva?*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 614, sottolinea che la previsione di detta misura evidenzia la natura pubblicistica dell'interesse tutelato dall'art. 709-ter c.p.c.: l'interesse tutelato è di natura pubblica, essendo la norma tesa a garantire l'attuazione dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria resi in un ambito, quello familiare, nel quale l'utilizzo di altri strumenti (quali quelli forniti dal diritto penale: artt. 388, comma 2; 650 c.p.) appare inadeguato e foriero di incrementare la conflittualità tra i genitori. Accanto alla necessità di tutelare tale interesse si potrebbe presentare l'esigenza di proteggere il minore in quanto soggetto debole, esigenza che può implicare una dimensione pubblicistica.

⁵⁸³ Si veda a riguardo B. LENA, *La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento*, cit., p. 266 s.

⁵⁸⁴ Per F. TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, cit., p. 401, la qualifica "amministrativa" della sanzione pecuniaria è di per sé assolutamente impropria, vuole solo significare che da un lato non si tratta di sanzione penale e dall'altro vuol dire che, rientrando nell'*officium iudicis* come l'ammonizione, può essere irrogata anche d'ufficio dal giudice. In tal senso anche F. DANOVÌ, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter c.p.c.)*, cit., p. 616; Così anche Trib. Messina, 5 aprile 2007, cit., p. 60.

⁵⁸⁵ Così G. FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, cit., p. 63. L'A. rileva come il giudice sia chiamato, in questo caso, a svolgere un'attività amministrativa, oltre alle sue consuete funzioni giurisdizionali. Pertanto, tale attività sarà interamente disciplinata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689. In particolare dovrà venir rispettato il disposto dell'art. 1 di detta legge in base al quale nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso. In tale ottica non sarà possibile comminare detta sanzione avverso quei comportamenti posti in essere

Detta misura richiama alla mente *l'astreinte* diffusa nell'ordinamento francese⁵⁸⁶, dalla quale tuttavia si differenzia in quanto beneficiario della somma comminata è lo Stato e non il creditore della prestazione rimasta inadempita⁵⁸⁷ e in quanto non viene preventivamente determinato quanto sarà dovuto in caso di

prima dell'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso. In tal senso anche P. CORDER, *Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno*, in *Corr. merito*, 2008, p. 562. L'A. tuttavia sottolinea come il procedimento non veda mutare la sua natura che rimane giurisdizionale: semplicemente all'interno dello stesso il giudice oltre a svolgere le sue funzioni giurisdizionali, svolgerà anche limitate funzioni amministrative. Criticamente L. SACCHETTI, *Sul nuovo protezionismo degli adulti deboli e dei figli minori di genitori che si separano*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 451 ss., sostiene che tale misura non sia rispettosa di quanto sancito dalla legge di depenalizzazione n. 681/81 che separa la contestazione dell'infrazione da parte dell'organo di polizia, l'ordinanza-ingiunzione di pagamento della sanzione da parte dell'organo amministrativo e la sua opponibilità davanti al giudice di pace. Sulle sanzioni amministrative si rimanda a M.A. SANDULLI, *Sanzione: IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1992.

⁵⁸⁶ *L'astreinte* consiste nella condanna al pagamento di una pena pecuniaria per ogni giorno di ritardo che si ha nell'adempire all'obbligazione. Già nella sentenza di condanna all'adempimento dell'obbligo di fare o non fare il giudice determina la somma di denaro che il debitore dovrà pagare per ogni giorno di ritardo nell'attuazione di quanto previsto dal provvedimento di condanna. La somma non andrà determinata tenendo conto del danno subito per l'inadempimento, ma solo di quanto ritenuto dal giudice idoneo a vincere la resistenza e spingere l'obbligato ad un adempimento spontaneo (A. PROTO PISANI, *Condanna (e misure coercitive)*, in *Forot it.*, 2007, f. 1, pt. V, c. 3). *L'astreinte*, elaborata dalla giurisprudenza francese, viene tradizionalmente ricondotta all'interno delle misure coercitive ed è guardata con favore in quanto idonea a garantire l'efficacia della tutela giurisdizionale. Si differenzia dalle misure risarcitorie, secondo quanto stabilito anche dall'art. 34, primo comma della legge n. 650 del 1991: "*l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts*". Per E. VULLO, *Art. 709-ter c.p.c.*, in *Codice Commentato*, a cura di C. CONSOLO, Ipsoa, 2007, p. 5295, la misura prevista al numero 4 si caratterizzerebbe rispetto alle *astreintes* per una più marcata venatura pubblicistica. Si tratterebbe di una vera e propria *astreinte* secondo: F. DANOVÌ, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter c.p.c.)*, cit., p. 616; E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709-ter c.p.c. I danni punitivi arrivano in famiglia*, cit., p. 67.

⁵⁸⁷ Critico è a riguardo in quanto sarebbe stato forse più funzionale destinare l'importo della sanzione a favore del coniuge creditore anziché alla Cassa delle ammende, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XIX ed., III, Torino, 2007, p. 99. A riguardo F. TEDIOLI, *Art. 709-ter c.p.c.*, cit., p. 2113, considera detta misura addirittura assurda e controproducente in quanto impingua la Cassa delle ammende con i soldi di chi deve pensare alla famiglia e che, nella maggior parte dei casi, è già inadempiente nel corrispondere il mantenimento del figlio. Così anche A. BULGARELLI, *Mantenimento, ammonito chi non paga*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 25, p. 22. Tuttavia è opportuno ricordare come per quanto riguarda *l'astreinte* il cui beneficiario è il creditore della prestazione rimasta inadempita, non mancano le critiche di coloro che ritengono che, in questo modo, il creditore otterrebbe un ingiustificato arricchimento dal momento che otterrebbe la somma comminata come *astreinte*, il risarcimento del danno e gli interessi (per tali riflessioni si rimanda ampiamente a E. VULLO, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, cit., p. 759).

inadempimento. Pur avendo questo strumento una forte efficacia deterrente nei confronti dei genitori, è tuttavia da osservare come la differenza tra il limite minimo pari a euro 75 e quello massimo corrispondente ad euro 5.000 di pena lasci al giudice una forte discrezionalità⁵⁸⁸: la forbice tra i due limiti pare, infatti, eccessivamente elevata.

In secondo luogo, l'individuazione nello Stato del destinatario della somma comminata come sanzione, soprattutto nelle ipotesi in cui questa venga applicata nei confronti di un soggetto che già non paga l'assegno di mantenimento verso i figli, potrebbe apparire una scelta che suscita perplessità. Inoltre, a volerla ricondurre nell'alveo delle sanzioni amministrative, l'eccessiva indeterminatezza nel prevedere l'ambito di applicazione andrebbe a cozzare con il principio della certezza della pena che caratterizza dette sanzioni.

In ogni caso, la sua natura porta a ritenere che il giudice possa disporla d'ufficio: una soluzione in senso inverso renderebbe, infatti, la stessa praticamente inutilizzata nel caso concreto in quanto difficilmente il soggetto ricorrente chiederebbe – salvo trovarsi in presenza di condizioni economiche agiate - al giudice di pronunciare una misura che non solo non vedrebbe né lui, né il minore, quali destinatari della somma, ma che, inoltre, rischierebbe di diminuire la garanzia patrimoniale generica del legittimato passivo, a beneficio delle casse dello stato.

⁵⁸⁸ A riguardo E. VULLO, *Art. 709-ter c.p.c.*, cit., p. 5295, confida nel fatto che il giudice eviti di far divenire vessatorio tale provvedimento, utilizzandolo con prudenza e scegliendone con ragionevolezza l'ammontare. In tale ottica è opportuno ricordare quanto affermato in materia di *astreintes* da R. PERROT, *L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 859: tale misura, secondo l'A. sarebbe inefficace se il suo ammontare fosse troppo basso, diversamente rischierebbe di arricchire eccessivamente il creditore se fosse troppo alto. Criticamente sulla sanzione amministrativa pecuniaria S. ASPREA, *La tutela dei figli nella separazione, nel divorzio e nella famiglia di fatto*, Torino, 2006, p. 41, afferma come appaia gravemente lacunosa la parte sanzionatoria dell'art. 709-ter c.p.c., con gli aspetti paradossali della "forbice" prevista per le sanzioni pecuniarie.

Sebbene si sostenga che tra le diverse misure debba esserci una gradualità⁵⁸⁹, soltanto l'ammonimento e la condanna al pagamento di una somma di denaro alla Cassa delle Ammende potrebbero venire graduate per il diverso livello di afflittività e incisività in relazione alla gravità della condotta dell'agente, diversamente tale assunto non pare valere per le misure risarcitorie caratterizzate da funzione e natura diverse⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ Così, Trib. Modena, ord. 29 gennaio 2007, cit., p. 823: "uno strumento che prevede un complesso duttile e graduale di sanzioni". In tal senso anche D. AMRAM, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 967, secondo la quale l'art. 709-ter c.p.c. si presenterebbe in modo graduale (sebbene resti salva la possibilità di cumulare i provvedimenti). *Contra* G. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, cit., p. 61, ritiene che non sia, in realtà, prevista alcuna gradualità per l'inflizione delle stesse, né una sorta di recidiva che comporti il crescente inasprimento delle stesse, applicabili pertanto anche contestualmente.

⁵⁹⁰ La natura delle misure tipizzate rileva anche per quanto riguarda il superamento della questione circa l'applicabilità d'ufficio oppure su domanda di parte delle stesse: M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, cit., p. 1101, ritiene che per le condanne risarcitorie sarà necessaria la domanda di parte, nel rispetto del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Diversamente l'intervento officioso sarebbe coerente con il carattere pubblicistico della sanzione amministrativa pecuniaria e dell'ammonimento. Per G. FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, cit., p. 60 s., il giudice sarebbe vincolato alle domande richieste nella scelta del provvedimento da adottare. L'unica eccezione al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato sarebbe la sanzione amministrativa pecuniaria applicabile anche d'ufficio all'esito di un procedimento istaurato però su domanda di parte. Diversamente, per G. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, cit., p. 60 ss., la modifica dei provvedimenti, la sanzione amministrativa, l'ammonimento e anche il risarcimento dei danni nei confronti del minore, non essendo questi parte del procedimento, potrebbero venir disposti anche d'ufficio. Il principio della domanda dovrebbe venir rispettato unicamente per il risarcimento nei confronti dell'altro genitore. Per F. DANOVÌ, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter c.p.c.)*, cit., p. 615, tutte le misure potrebbero essere disposte d'ufficio in quanto tutte accomunate dal fatto che bene giuridico tutelato è sempre il rispetto e la corretta attuazione dei provvedimenti sull'affidamento. In senso difforme F. TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso*, cit., p. 401, per il quale i rimedi risarcitori richiederebbero il rispetto del principio della domanda a differenza dell'ammonizione e della sanzione amministrativa pecuniaria adottabili anche d'ufficio data la loro natura sanzionatoria. *Contra* C. ONNIBONI, *Ammonizione ed altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709-ter c.p.c.*, cit., p. 829, ritiene che, collocandosi la pronuncia di dette misure all'interno di un giudizio instauratosi su domanda di parte, non sarebbe possibile derogare al principio della domanda. Non sarebbe pertanto ammissibile nessuna pronuncia d'ufficio. Sul fatto che i provvedimenti possano essere adottati anche d'ufficio critico è A. FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Danno resp.*, 2008, p. 801, poiché ritiene tale soluzione non conforme al novellato art. 111 Cost. per il quale il giudice deve essere terzo e imparziale.

5. La natura dei rimedi definiti risarcitori.

La previsione della condanna al risarcimento dei danni contenuta ai nn. 2 e 3 dell'art. 709-*ter* c.p.c., secondo comma, ha immediatamente attirato l'attenzione, suscitando la formazione di contrapposti orientamenti: coloro i quali, riconducendo detta misura nel disposto degli artt. 2043 c.c. e 2059 c.c., ritengono rappresenti l'espressa codificazione della responsabilità civile endo-familiare⁵⁹¹ e quanti, invece, sostengono trattarsi di pena privata.

Seguendo la prima soluzione prospettata, la disposizione rappresenterebbe il punto di arrivo del lungo cammino che, dopo una netta chiusura durata molti anni, ha portato all'ingresso della responsabilità civile all'interno della tranquilla roccaforte del diritto di famiglia. Non passa, infatti, inosservato il fatto che detta previsione sia stata introdotta in un momento peculiare nel quale la responsabilità civile, dopo il lungo cammino intrapreso, è finalmente approdata in ambito familiare. Secondo quanto già diffusamente illustrato nei capitoli precedenti, non solo la dottrina è ormai convinta della necessità di consentire alla responsabilità civile ingresso nell'universo familiare per tutelare i suoi componenti, ma anche la giurisprudenza ha riconosciuto la risarcibilità *ex artt.* 2043 e 2059 c.c. dei pregiudizi cagionati da un componente della famiglia nelle ipotesi in cui dovesse venir leso un diritto inviolabile dell'uomo.

Sorge a riguardo, tuttavia, l'interrogativo circa la necessità di una previsione *ad hoc* quale quella contenuta nell'art. 709-*ter*, secondo comma, c.p.c. (nn. 2 e 3) quando ormai si è giunti a riconoscere detta possibilità. Questo quesito trova sostegno in quella parte della dottrina e giurisprudenza prevalenti che negano che le

⁵⁹¹ Questa è l'opinione di G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 590 ss. V. ROSSINI, *Provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO e B. CAPPONE, Padova, 2007, p. 407; così anche G. CIPRIANI, *La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 518; . FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*², cit., p. 102, che, in realtà, ne evidenzia la duplice natura da un lato di rimedio volto a reintegrare un pregiudizio e dall'altro mezzo di coazione volto a far cessare il comportamento illecito spingendo il suo autore a una condotta virtuosa.

misure indicate possano essere qualificate come veri e propri rimedi risarcitori⁵⁹², e sostengono invece trattarsi di pene private giudiziali⁵⁹³, caratterizzate dalla funzione sanzionatoria e deterrente⁵⁹⁴. Si è persino

⁵⁹² Si veda L. NAPOLITANO, *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e divorzio*, cit., p. 276 s. L'A. ritiene, infatti, evidente la differenza di funzione tra i rimedi risarcitori finalizzati alla riparazione dell'ingiusta lesione di una situazione soggettiva tutelata nell'ordinamento e i rimedi previsti ai n. 2 e 3 dell'art. 709-ter c.p.c. volti invece ad una coazione indiretta all'adempimento.

⁵⁹³ La pena privata rientra nel *genus* delle sanzioni giuridiche e ha ottenuto una riscoperta a partire dagli anni 80 anche a causa della situazione di non governo del sistema penale (in tal senso G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Trec.*, Roma, 1990, vol. XXII. La giustificazione di tali misure consisterebbe, anche secondo S. PATTI, *Pena privata*, in *Danno e responsabilità civile*², a cura di F.D. BUSNELLI e S. PATTI, 2003, Torino, p. 238, nella mancanza di un'adeguata normativa penale. Per tale ragione, in alcuni ordinamenti, sarebbe stata attribuita alla responsabilità civile una funzione propria del diritto penale: la punizione). Seppure parte della dottrina sia ostile al riconoscere vitalità alle pene private, per P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 36, nel nostro ordinamento sono presenti molti istituti che non sarebbero spiegabili se non tramite il ricorso a tale categoria. L'estrema varietà delle diverse figure ricondotte nell'alveo delle pene private rende tuttavia difficoltoso trovare una definizione a riguardo e individuarne i tratti caratteristici. Vengono ricondotte all'interno di detta categoria tutte quelle sanzioni in cui è prevalente l'aspetto afflittivo nei confronti del soggetto attivo rispetto a quello reintegratore degli interessi lesi. Sarà, pertanto, determinante valutare l'aspetto predominante per operare una corretta classificazione (V. ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law"*, in *Giur. it.*, 1985, pt. IV, c. 12). S. PATTI, *Pena privata*, cit., p. 235 s., ritiene che tratto peculiare sia la mancanza di una necessaria corrispondenza tra il vantaggio pecuniario conseguito dal soggetto leso e il danno effettivamente subito. Si tratta, infatti, di misure svincolate dal pregiudizio economico eventualmente subito dalla parte lesa e che consentono di sanzionare e dissuadere il compimento di inadempimenti ed illeciti che non cagionino danni oppure che ne cagionino in maniera esigua (così M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, p. 214. L'A. in particolare sottolinea come le pene private si distinguerebbero dalle altre tecniche di tutela civili in quanto non preordinate a ristorare un danno oppure a ripristinare la situazione antecedente; diversamente si distinguerebbero dalle sanzioni pubbliche in quanto non vengono comminate d'ufficio dal giudice, né assegnate all'Erario). Si distinguono in negoziali (previste cioè dai privati nell'esercizio della loro autonomia negoziale, all'interno delle quali viene ricondotta la clausola penale e anche il licenziamento disciplinare) in legali (previste dalle disposizioni di legge, all'interno delle quali vengono ricondotte l'indegnità e la disposizione di cui all'art. 129-bis c.c.) e in giudiziali, ovvero quelle che, secondo alcuni, seppur previste dalla legge, vengono determinate nel loro concreto ammontare dal giudice, mentre secondo altri verrebbero comminate dal giudice a prescindere da una previsione di legge (Così, P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., p. 35). Le c.d. pene private da illecito aquiliano trovavano tuttavia una pesante critica nel fatto che consentono al danneggiato di ottenere un vantaggio eccedente rispetto il danno effettivamente patito, comportando così un indebito arricchimento. Per un approfondimento sulle pene private si rimanda a: G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, cit.; E. MOSCATI, voce "*Pena privata*", in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1992, p. 770 ss.; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., p. 175, che saluta con favore la previsione di pene private di fronte ad illeciti c.d. senza danno.

⁵⁹⁴ Sostiene detta opinione G. DE MARZO, *L'affidamento condiviso. Profili sostanziali*, cit., 95 s., ritenendola la più coerente con la *voluntas legis*; in tal

affermata l'ascrivibilità dei rimedi previsti ai c.d. *punitive damages*⁵⁹⁵ di origine nordamericana⁵⁹⁶, caratterizzati da una funzione

senso anche, A. D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006 p.1049, per la quale il contesto in cui sono collocate le misure farebbe pensare ad una pena privata. Diversamente l'A. non condivide la scelta di andare oltre e considerare la misura ascrivibile ai danni punitivi di origine nordamericana. In senso solamente parzialmente conforme A. GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, cit., p. 892, per il quale le misure del n. 2 e 3 hanno natura prevalentemente punitiva. Pertanto, i criteri di determinazione del danno saranno sia l'entità della lesione, sia la gravità della condotta illecita. Si tratta di pene private anche per F.A. MONCALVO, *L'udienza presidenziale nei procedimenti contenziosi di separazione personale dei coniugi e di divorzio*, cit., p. 458. In senso parzialmente difforme il Trib. Reggio Emilia, 5 novembre 2007, n. 1435, cit., p. 79, ha affermato che il risarcimento previsto dall'art. 709-ter c.p.c. avrebbe una duplice natura: da un lato mezzo di coazione e dall'altra mezzo di reintegrazione del patrimonio.

⁵⁹⁵ I *punitive damages*, caratterizzati da funzione punitiva e deterrente, oltre a punire il soggetto che ha tenuto la condotta oltraggiosa, lo spingono a non reiterare tale condotta per il futuro. Tendono inoltre a realizzare anche un effetto generalpreventivo nei confronti della generalità dei consociati ("*punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and other like him from similar conduct in the future*")§ 908 *Restatement, II, Torts*). I danni punitivi sono stati oggetto di critica in quanto creerebbero una situazione di profonda incertezza in quanto non sono stabiliti precisi criteri in base ai quali determinare l'*an* e il *quantum*. In particolare, si riteneva violassero il principio del *due of process* (XIV emendamento) per il fatto che la scelta dell'irrogazione e della quantificazione dei *punitive damages* compete all'irrazionalità della giuria, senza che siano tra l'altro presenti le garanzie proprie di un processo penale. Inoltre dato l'esorbitante ammontare delle somme liquidate si ipotizzava una contrarietà anche al principio dell'*excessive fines* (VIII emendamento). A riguardo però V. ZENO- ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law"*, cit., c. 23 s., ritiene comunque esistente un limite al potere della giuria in quanto il giudice togato potrà esercitare il potere del *remittitur* e ridurne l'ammontare. A proposito tuttavia l'A. sostiene che proprio l'imprevedibilità e l'astratta illimitatezza di tali sanzioni rappresenti l'elemento idoneo a garantirne l'efficacia. I danni punitivi venivano inoltre criticati per il fatto di legittimare una punizione in base a regole e istituti civilistici avverso un atto non necessariamente previsto dalla legge come reato oppure, qualora l'atto sia anche previsto dalla legge come reato, per il fatto di comportare moltiplicazione delle sanzioni in quanto la sanzione civile si sarebbe sommata a quella penale con una netta violazione del principio del *ne bis in idem*. Per un approfondimento della questione si rimanda a S. PATTI, *Pena privata*, cit., p. 239 ss. Infine si contestava come tramite di essi il danneggiato avrebbe ottenuto un ingiustificato arricchimento. Nel diritto inglese, dove sono stati creati e dove prendono il nome di *exemplary damages*, sono in netto declino a seguito della pronuncia *Rookes v. Barnard* del [1964] A.C. 1129 della House of Lords che ne ha limitato l'irrogabilità nei casi previsti dalla legge oppure in presenza di una lesione da parte della P.a. dei diritti fondamentali del cittadino oppure nelle ipotesi in cui il danneggiante abbia avuto l'intenzione di ottenere grazie all'illecito grandi introiti. Per un approfondimento in materia si rimanda a G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, pt. I, p. 435; R. PARDOLESI, *Rischio radioattivo e danni punitivi nell'esperienza statunitense: il difficile rapporto tra disciplina federale dell'attività nucleare e diritto statale della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1985, pt. IV, c. 142; A. PALMIERI, *Responsabilità da incidente nucleare: sul ruolo e i limiti dei danni*

pubblicistica di *deterrence* e di *punishment* e, pertanto, tradizionalmente ritenuti riconducibili all'interno della vasta categoria delle pene private⁵⁹⁷.

punitivi, in *Foro it.*, 1986, pt. IV, c. 134; G. PONZANELLI, *I punitive damages, il caso texano e il diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 405; M.S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli incerti argini costituzionali*, in *Foro it.*, 1990, pt. IV, c. 175; G. PONZANELLI, *Punitive damages e due process clause: l'intervento della corte suprema Usa*, in *Foro it.*, 1991, pt. IV, c. 235; V. CARBONE, *Punitive damages all'italiana*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 416; G. PONZANELLI, *Non c'è due senza tre: la corte suprema Usa salva ancora i danni punitivi*, in *Foro it.*, 1994, pt. IV, c. 92; M.S. ROMANO, *Danni punitivi: controllo giudiziale di un rimedio «a rischio»*, in *Foro it.*, 1995, pt. IV, c. 204; G. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, in *Foro it.*, 1996, pt. IV, c. 421; ID., *Il caso O.J. Simpson tra assoluzione in sede penale e condanna civilistica ai danni punitivi*, in *Foro it.*, 1997, pt. IV, c. 395; M.S. ROMANO, *Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*, in *Danno resp.*, 1997, p. 311; G. PONZANELLI, *Responsabilità da prodotto da fumo: il «grande freddo» dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2000, pt. IV, c. 450; ID., *La «costituzionalizzazione» dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, pt. IV, c. 356; P. SIRENA, *Il risarcimento dei danni cd. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pt. I, p. 531.

⁵⁹⁶ Così G. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, cit., p. 61. Si veda anche A. FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 709-ter c.p.c.*, in *Danno resp.*, 2008, p. 801, per il quale la *ratio* della norma appare chiara nel volere offrire una risposta di tipo pubblicistico a fronte di inadempimenti alle prescrizioni dell'affidamento ovvero di atti che comunque recano pregiudizio al minore o che ostacolano le corrette modalità di svolgimento dell'affidamento. Si tratterebbe dunque di forme particolari di pene private altrimenti non si spiegherebbe per quale altro motivo il legislatore abbia specificato le misure che il giudice può assumere: se infatti avesse voluto alludere al tradizionale risarcimento dei danni si sarebbe limitato ad adottare una formula di chiusura quale quella contenuta negli artt. 7 e 10 c.c. Di questa opinione anche: G. CASSANO, *In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente «patrimoniali» fra congiunti*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 501 s.; C. ATTENNI, *Dettate regole «interinali» in attesa di acquisire i dati per la decisione finale*, in *Fam. minori*, 2008, n. 1, p. 69. Così anche Trib. Messina, 5 aprile 2007, cit., p. 60: nel testo della decisione il giudicante afferma come tale misura non sarebbe riconducibile nell'alveo degli artt. 2043 e 2059 c.c., ma sarebbe da ascrivere alla categoria dei danni punitivi, aventi natura eminentemente sanzionatoria. Non osterebbe a tale soluzione il fatto che il nostro ordinamento non riconosca tale categoria di danno, tipica del diritto anglosassone, perché l'art. 709-ter c.p.c. è stato introdotto da una nuova legge che recepisce in tema di affidamento dei figli l'esperienza anglosassone e nordamericana. La legge, pertanto, ben potrebbe introdurre un *quid novum* come una condanna al risarcimento del danno con finalità punitive per dissuadere chi ha commesso l'atto illecito dal commetterne altri. In tal senso anche Trib. Vallo della Lucania, 7 marzo 2007, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 472; Trib. Grosseto, 6 febbraio, 2008, inedito.

⁵⁹⁷ Nel senso di ricondurre i *punitive damages* nell'alveo delle pene private: V. ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai «punitive damages» di «common law»*, cit., c. 21; E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 390 e 394.

I *punitive damages*, contrapposti ai c.d. *compensatory damages*, volti a compensare il danneggiato per il danno subito, si contraddistinguono per il fatto che la somma liquidata non viene desunta da criteri quali il danno effettivamente patito, ma dalla gravità del fatto e della condotta e dalle condizioni economiche del danneggiato. La somma deve inoltre essere di un ammontare tale da riuscire a realizzare *deterrence* e *retribution*. Si tratterebbe, in tale ottica, di uno strumento dalla chiara natura sanzionatoria⁵⁹⁸, diretto non a compensare, bensì a punire al fine di dissuadere il soggetto dal porre in essere comportamenti analoghi.

Detta prospettazione si basa su diverse considerazioni: in primo luogo, non si comprenderebbe altrimenti l'utilità di una previsione *ad hoc*, dal momento che l'azione risarcitoria è comunque già ammessa in tale ambito, seppure entro certi limiti⁵⁹⁹.

A sostegno di tale assunto sta anche il dato letterale della disposizione normativa, nella parte in cui si limiterebbe a porre l'attenzione sulla

⁵⁹⁸ In tal senso si veda Trib. Padova, (decr.) 3 ottobre 2008, in *Fam. dir.*, 2009, p. 609 ss., secondo il quale l'art. 709-ter c.p.c. avrebbe introdotto all'interno del nostro ordinamento una particolare figura di risarcimento sanzionatorio, del tutto nuova per il nostro ordinamento. A riguardo, F. FAROLFI, *L'art. 709-ter c.p.c.: sanzione civile con funzione preventiva e punitiva?*, cit., p. 619, pur reputando che le misure di cui al n. 2 e 3 abbiano natura sanzionatoria e deterrente e non siano misure propriamente risarcitorie, non ritiene comunque trattarsi di pene private poiché in questo caso la pena non è applicata da un privato né è prevista da soggetti privati nell'ambito della regolamentazione dei loro rapporti, ma viene irrogata dal giudice a seguito di un accertamento sommario del fatto e della responsabilità in ordine al suo verificarsi. Secondo l'A. si tratterebbe dunque di rimedi rientranti all'interno dell'ampia categoria delle sanzioni civili, anche se, in realtà, si dovrebbe ragionare sul fatto che l'intero apparato predisposto dall'art. 709-ter c.p.c. non rappresenti altro che un *unicum* difficilmente riconducibile a categorie giuridiche conosciute, quasi che esso racchiuda al suo interno elementi e caratteristiche proprie del risarcimento esemplare, della pena privata e della *astreinte*. In tale prospettiva, potrebbe trattarsi di un'unica figura che assume sembianze molteplici oppure di un inedito ibrido, una sorta di chimera giuridica.

⁵⁹⁹ A riguardo E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediario introdotto dall'art. 709-ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia*, cit., p. 69, per la quale, dal momento che la giurisprudenza ha già ammesso l'ingresso della responsabilità civile in famiglia, sostenere che l'art. 709-ter c.p.c. sia il filtro della responsabilità civile in famiglia vorrebbe dire lasciare fuori dalla tutela le violazioni perpetrate nella fisiologia del rapporto, determinando un arretramento della tutela aquiliana in famiglia.

condotta del soggetto agente (es. gravi inadempienze) senza dare adeguato risalto ai danni patiti⁶⁰⁰.

Anche la particolare sede processuale è stata invocata in tal senso, in quanto il procedimento instauratosi *ex art. 709-ter c.p.c.* - che può svolgersi sia *incidenter tantum* all'interno di un altro processo (separazione, divorzio, revisione delle condizioni *ex art. 710 c.p.c.*, appello), rappresentando così un sub-procedimento, sia in via autonoma - è sommario e intensamente deformalizzato in modo da consentire di ottenere in tempi brevi un provvedimento⁶⁰¹: l'accertamento richiesto per la pronuncia di un'ordinaria azione risarcitoria mal si concilierebbe con le regole dell'*art. 709-ter c.p.c.*, poco rispettose del principio del contraddittorio e delle preclusioni processuali. Secondo i più, infatti, a seguito del ricorso *ex art. 709-ter c.p.c.* si seguirebbe la disciplina - deformalizzata e con deviazioni spesso significative rispetto alla disciplina sull'ordinario giudizio di cognizione - dei procedimenti in camera di consiglio prevista all'*art. 737 c.p.c. s.s.*⁶⁰². Pertanto, se si trattasse di rimedi risarcitori, questa rappresenterebbe, secondo i sostenitori della predetta tesi, una vistosa eccezione al principio per il quale i provvedimenti che incidono sui diritti devono essere adottati dal giudice all'esito di un giudizio svoltosi secondo la regola del contraddittorio tra le parti⁶⁰³. Inoltre, si

⁶⁰⁰ *Contra*, G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, cit., p. 595, per la quale, in modo condivisibile, nulla del dato testuale lascerebbe intendere che il risarcimento del danno non debba essere rapportato al pregiudizio effettivamente subito, ma a elementi diversi, quali la gravità della condotta e l'intensità del dolo.

⁶⁰¹ Si veda C. ONNIBONI, *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709-ter c.p.c.*, cit., p. 828.

⁶⁰² A riguardo, data la scarsa chiarezza della disposizione normativa, vi è contrasto: la dottrina maggioritaria pare tuttavia sostenere che la disciplina seguita dai procedimenti volti sia a dirimere le controversie, sia ad adottare le misure tipizzate sia sempre quella prevista per i procedimenti in camera di consiglio: così F. TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: B) profili processuali*, cit., p. 401; C. PADALINO, *Un procedimento in forma camerale*, in *Fam. minori*, 2008, n. 3, p. XI; V. ROSSINI, *Provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*, cit., p. 405.

⁶⁰³ Critica che tuttavia dovrebbe estendersi all'intero complesso delle misure introdotte per G. DOSI, *Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo procedimento di separazione e divorzio*, Milano, 2006, supplemento a *Dir. giust.*, 2006, n. 23, p. 104. L'*art. 709-ter c.p.c.*, secondo l'A., rappresenterebbe una vistosa eccezione alla regola secondo la quale i

arriverebbe a risarcire un danno nei confronti di un soggetto che non è parte del procedimento *ex art. 709-ter c.p.c.* (del quale sono parte i soli genitori) e si estenderebbero gli effetti verso un soggetto terzo con violazione del disposto dell'art. 2909 c.c.⁶⁰⁴.

Nel ricondurre tali misure nell'alveo delle pene private svolgerebbe un ruolo apprezzabile anche il contesto all'intero del quale è inserita la previsione del "risarcimento del danno": il fatto che le misure indicate ai nn. 1 e 4 tendano a sanzionare il genitore per i comportamenti tenuti, potrebbe infatti indurre a considerare anche i rimedi indicati ai nn. 2 e 3 caratterizzati da tale funzione⁶⁰⁵.

L'accoglimento dell'impostazione secondo la quale i rimedi in questione sarebbero da ascrivere alle pene private non sarebbe privo di conseguenze: innanzitutto non verrebbe richiesta al ricorrente una stringente prova del danno, ma soltanto della gravità della condotta, con un conseguente superamento del rigido onere dell'allegazione e della prova, sostenuto invece dal danneggiato che agisce per il risarcimento dei danni *ex artt. 2043 e 2059 c.c.*

Inoltre, il *quantum debeatur* non potrebbe venir determinato seguendo il criterio dell'entità del danno, utilizzato in presenza delle tradizionali misure risarcitorie, ma secondo criteri quali la gravità della condotta, l'eventuale reiterazione della stessa, le condizioni economiche dell'agente⁶⁰⁶.

Conseguentemente, non potrebbero trovare applicazione, per determinare il *quantum* del "risarcimento", le tabelle elaborate dalla giurisprudenza per la liquidazione del danno biologico e del danno morale.

provvedimenti di condanna potrebbero essere adottati solamente all'esito di un giudizio ordinario e nel contraddittorio tra le parti.

⁶⁰⁴ In tal senso Trib. Messina, 5 aprile 2007, cit., p. 61, osserva come la parte danneggiata (il minore) non sia parte del processo. Tra gli altri G. CASSANO, *In tema di illeciti endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter c.p.c., comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente "patrimoniali" fra congiunti*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 502, sostiene come la natura risarcitoria comporterebbe non solo che la domanda venga proposta dal figlio, ma anche che lo stesso sia parte del procedimento.

⁶⁰⁵ In tal senso A. D'ANGELO, *Il risarcimento del danno come sanzione*, cit., p. 1047.

⁶⁰⁶ A riguardo, S. PATTI, *Pena privata*, cit., p. 240, considera che l'ammontare dovrà essere tale per comportare un sacrificio al suo autore che non sia comunque insopportabile.

Ancora, l'accoglimento del ricorso *ex art. 709-ter c.p.c.*, volto ad ottenere la pronuncia delle misure previste ai nn. 2 e 3, non pregiudicherebbe la possibilità di chiedere, nell'ordinario giudizio di cognizione, il risarcimento dei danni *ex artt. 2043 e 2059 c.c.* (con funzione invece compensativa)⁶⁰⁷.

Senza considerare che, il riconoscimento della natura sanzionatoria dei rimedi porterebbe anche ad ammettere la possibilità di applicarli *ex officio*⁶⁰⁸. Diversamente, se si affermasse la natura propriamente risarcitoria, la pronuncia di detti strumenti verrebbe subordinata ad una domanda di parte, rimanendo altrimenti il giudice limitato dal principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c.⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ Sulla cumulabilità delle pene private con tutti i rimedi civili si veda M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., p. 215.

⁶⁰⁸ In tal senso G. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, cit., p. 780.

⁶⁰⁹ Seppure, tendenzialmente, si debba riconoscere che il procedimento *ex art. 709-ter c.p.c.* richieda un impulso di parte in virtù del riferimento al termine «ricorso» contenuto nell'incipit del secondo comma (si veda, *ex multis*, P. CORDER, *Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno*, in *Corr. Merito*, 2008, p. 555), vi è contrasto in dottrina riguardo alla possibilità di applicare *ex officio* alcune delle misure previste. In particolare, si deve considerare che determinante in tal senso è la natura del provvedimento in questione. Secondo F. LONGO, *L'art. 709-ter c.p.c.: problemi interpretativi di natura processuale e sostanziale*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 184, che reputa le misure di cui al n. 2 e 3 propriamente risarcitorie, occorrerebbe una domanda specifica per ottenere eventualmente un risarcimento del danno; ciò in ossequio al principio della domanda che informa il diritto processuale civile e considerando che il danno deve comunque essere lamentato, esplicitato e provato (anche presuntivamente e determinato in via equitativa) anche in relazione ai requisiti richiesti dall'art. 2043 c.c. in tema di responsabilità extracontrattuale. A riguardo si veda anche A. FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 709-ter c.p.c.*, in *Danno resp.*, 2008, p. 801, secondo il quale il ritenere possibile applicare le misure *ex officio* sarebbe una soluzione che suscita perplessità per lo meno per quanto riguarda l'aspetto risarcitorio, siccome non agevolmente compatibile con il novellato art. 111 Cost., che vuole il giudice "terzo e imparziale". Diversamente, P. CORDER, *Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno*, cit., p. 556, reputa che il rispetto del principio della domanda dovrebbe valere per le misure risarcitorie, invece la misura di cui al n. 4 potrebbe essere irrogata anche d'ufficio dal momento che, in tal caso, il giudice opererebbe come autorità amministrativa volta a tutelare un interesse di rango pubblicistico quale è quello alla tutela dei minori. *Contra*, parrebbe essere: "I provvedimenti in esame, invero, tenuto conto della specialità della materia, hanno natura esclusivamente anticipatoria o interinale; sono pronunziabili anche *ex officio* in presenza di minori e vanno assunti *ex lege* per disciplinare situazioni in continuo divenire, - com'è peculiarità dei giudizi di separazione e divorzio nei quali vige il principio della efficacia *rebus sic stantibus* [...]"(Trib. Catania, 29 settembre 2006, in www.affidamentocondiviso.it). In tal senso si veda anche F. DANOVI, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter c.p.c.)*, cit., p. 615, secondo il quale tutte le misure

Tuttavia, al di là degli entusiasmi dimostrati, la riconduzione di detti strumenti nell'alveo dei danni punitivi o, più in generale, delle pene private, fa sorgere più di una perplessità che farebbe propendere per la natura risarcitoria degli stessi⁶¹⁰. Si osservi, innanzitutto, che la formulazione letterale delle misure nn. 2 e 3, fa l'uso dell'espressione "disporre il risarcimento dei danni", mentre non fa alcun riferimento alla condanna al pagamento di un danno punitivo o comunque alla comminazione di una sanzione: tale circostanza farebbe pensare ad una misura risarcitoria tradizionalmente intesa⁶¹¹. Se il legislatore avesse realmente inteso introdurre una pena privata o addirittura un danno punitivo ispirato al sistema nordamericano, vista la novità per il nostro ordinamento e le conseguenze che deriverebbero dal classificare la misura in un modo piuttosto che nell'altro, avrebbe utilizzato una formulazione letterale meno oscura e foriera di facili confusioni e problemi nella pratica. Si sarebbe forse comportato come il legislatore francese, che nel recente *Avant-projet* di riforma del diritto delle obbligazioni, nell'introdurre un meccanismo assimilabile ai danni punitivi, ha utilizzato espressioni letterali che non possono far sorgere dubbi e ha previsto all'art. 1371 che l'autore di un danno che ha agito dolosamente e, specialmente di un danno che è risultato

introdotte sarebbero applicabili *ex officio*, anche la n. 3 dal momento che il bene giuridico tutelato dall'art. 709-ter c.p.c. consisterebbe sempre nel rispetto e nella corretta attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento e che tutte le misure previste dalla norma hanno dunque la medesima funzione di salvaguardarlo. Avendo il bene giuridico protetto carattere meta-individuale, secondo l'A, si dovrebbe consentire all'intervento giudiziale di esprimersi sempre *ex officio*, anche laddove l'effetto concreto del provvedimento si risolva – *de facto* – nella determinazione di un'obbligazione di carattere monetario in favore del genitore danneggiato.

⁶¹⁰ Di questa opinione è M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento*, cit., p. 1100; in tal senso anche A. GRECO, *Affido condiviso (L. N. 54/2006) e ipotesi di responsabilità civile*, cit., p. 1411; C. PADALINO, *La misura più lieve è l'ammonizione*, in *Fam. minori*, 2008, n. 3, p. XIII; E. VULLO, *Art. 709-ter c.p.c.*, cit., p. 234; G. FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, cit., p. 62 s. In questo senso parrebbe anche schierarsi G. CASSANO, *La giurisprudenza in tema di responsabilità genitoriale per violazione dell'affido e la portata dell'art. 709 ter, comma 2, c.p.c. fra pena privata e danno esistenziale*, in *Contr. impresa*, 2008, p. 281; G. FACCI, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. 227.

⁶¹¹ Partendo dal dato letterale ritiene trattarsi di vera e propria misura risarcitoria A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eu. dir. priv.*, 2008, p. 951 s.

particolarmente lucrativo per il suo autore, può essere condannato, oltre al risarcimento dei “*dommages-intérêts compensatoires*”, al risarcimento anche dei “*dommages-intérêts punitifs*” del quale il giudice ha la facoltà di far beneficiare, per una parte, il Tesoro pubblico.

Inoltre, volendo fare un paragone con un'altra previsione contenuta all'interno del nostro ordinamento, sempre nella materia del diritto di famiglia, immediato si pone il confronto, per esempio, con la disposizione normativa di cui all'art. 129-*bis* c.c. “responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo”, che chiama il coniuge imputabile della nullità del matrimonio a corrispondere all'altro in buona fede una congrua indennità in caso di annullamento del matrimonio anche in mancanza del danno sofferto; disposizione sulla natura della quale si è ampiamente discusso in dottrina⁶¹²: a riguardo, è da osservare come già il dato letterale, là dove fa riferimento ad una non meglio identificata indennità, possa far sorgere più di un dubbio. Diversamente l'art. 709-*ter* c.p.c. da questo punto di vista parla chiaramente di rimedio risarcitorio⁶¹³.

In secondo luogo, sempre fermandosi alla formulazione letterale, a favore della natura prettamente risarcitoria, si osservi come sono state introdotte due diverse previsioni, l'una concernente il risarcimento dei danni nei confronti del figlio minore, l'altra che prevede il risarcimento nei confronti dell'altro genitore, in modo da porre l'attenzione sul soggetto danneggiato⁶¹⁴.

⁶¹² Detta previsione già dalla sua formulazione letterale pare volta alla sanzione della condotta del soggetto in mala fede e, pertanto, ascrivibile alle pene private (in tal senso G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 280, nota 111). Reputa che l'indennità di cui all'art. 129-*bis* c.c., che non richiede la prova di un danno, abbia un carattere prettamente punitivo e sanzionatorio anche D. AMRAN, *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto della famiglia*, cit., p. 965.

⁶¹³ Secondo S. PATTI, *La richiesta abusiva di affidamento esclusivo: il risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 775 s., la circostanza che il legislatore abbia previsto il risarcimento e non un'indennità renderebbero piuttosto debole l'accostamento alla «pena privata», pur non potendosi escludere il carattere punitivo e la finalità deterrente della nuova disposizione che intende soddisfare l'esigenza di una più forte tutela dei familiari coinvolti nella procedura di affidamento.

⁶¹⁴ Così P. CORDER, *Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno*, cit., p. 563.

Superando il dato letterale, di per sé debole, data anche l'infelice formulazione, si deve constatare come il riconoscere funzione punitiva e deterrente anche a detta misura non permetterebbe di comprendere per quale ragione il legislatore avrebbe dovuto introdurre, all'interno della stessa disposizione normativa e per reagire ai medesimi comportamenti, due misure (il risarcimento dei danni e la condanna al pagamento della sanzione pecuniaria) che verrebbero ad essere identiche per funzioni ed entrambe comportanti la condanna al pagamento di una somma di denaro, l'una avente come beneficiario la Cassa delle ammende e l'altra il minore o il genitore. Se così fosse si potrebbe concludere per l'inutilità e la sovrabbondanza dei rimedi tipizzati⁶¹⁵.

Ancora, si dovrebbe osservare come, mentre per il pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria il legislatore ha previsto un limite minimo e un limite massimo dell'ammontare della sanzione, al fine di arginare il potere discrezionale del giudice nel comminare tale misura di funzione chiaramente sanzionatoria, per la misura risarcitoria il legislatore non ha fissato alcun limite.

Se si trattasse di una misura punitiva, la discrezionalità sanzionatoria del giudice sarebbe elevata. Diversamente, il riconoscimento della natura risarcitoria permetterebbe di comprendere che la mancata previsione di un limite minimo ed uno massimo dipende dal fatto che l'ammontare del risarcimento andrà determinato in relazione ai danni effettivamente patiti.

Ancora, a coloro che sostengono l'inammissibilità di un vero e proprio risarcimento dei danni nei confronti di un soggetto (il minore) che non è parte del processo in corso in ossequio a quanto stabilito dall'art. 2909 c.c., si potrebbe obiettare come, allo stesso modo, non dovrebbe reputarsi possibile la condanna al pagamento di una pena privata nei confronti del minore. Anche in questo caso, infatti, si produrrebbero

⁶¹⁵ Per l'appunto coloro che ritengono che le misure di cui al n. 2 e 3 non abbiano natura risarcitoria ma sanzionatoria, reputano la previsione di cui al n. 4 non necessaria e sovrabbondante dal momento che verrebbe ad avere la medesima funzione delle misure precedenti: in tal senso anche F. FAROLFI, *L'art. 709-ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?*, cit., p. 614.

effetti nei confronti di un soggetto che non è parte del processo, salvo voler, in ogni caso, sostenere che il genitore ricorrente agisca quale legale rappresentante del minore, oppure la possibilità di arrivare alla nomina di un curatore speciale, soluzione quest'ultima che però non trova soccorso nel dato normativo⁶¹⁶.

Per le ragioni indicate, si dovrebbe concludere per l'esclusione della natura sanzionatoria (o comunque prevalentemente sanzionatoria), che permetterebbe di ascrivere detti rimedi alla categoria delle pene private.

Allo stesso modo pare da escludere la riconducibilità ai c.d. danni punitivi che, peraltro, anche nell'ordinamento nordamericano sono oggetto di contrasti, tanto che si è resa necessaria una pronuncia della *Supreme Court* per dare *guide lines* al fine di rendere dette misure conformi a costituzione⁶¹⁷.

⁶¹⁶ Ritieni che il genitore agisca quale legale rappresentante del figlio minore *ex art. 320 c.c. P. CORDER, Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno, cit., p. 563*. Riguardo alla legittimazione ad agire dal dato normativo appare come solamente i genitori siano legittimati attivi (e anche passivi) *ex art. 709-ter c.p.c.*: il legislatore non ha colto l'occasione per prevedere la legittimazione attiva di un curatore speciale, soluzione che sarebbe stata sicuramente più felice, riuscendo anche ad aggirare alcuni difetti della disciplina quale l'aumento della conflittualità. A riguardo, E. VULLO, *Art. 2. – Modifiche al codice di procedura civile, cit., p. 234*, considera come sarebbe stata opportuna la previsione della legittimazione ad agire in capo ad un curatore speciale in quanto proprio con riguardo alla misura del risarcimento dei danni, riconoscendo la legittimazione ad agire in capo ai coniugi si potrebbero verificare atteggiamenti ritorsivi o ricattatori tra coniugi a danno della prole.

⁶¹⁷ A causa di un'eccessiva proliferazione della liquidazione dei danni punitivi e del sempre più elevato ammontare degli stessi, negli stati Uniti, a partire dagli anni 80, si è iniziato a dubitare della loro costituzionalità, in particolare per una presunta contrarietà al VIII emendamento (*excessive fines*), che vieta di imporre una pena gravemente eccessiva all'autore di un illecito, al XIV emendamento (*due process clause*), che impone il rispetto dei principi garantistici in ogni processo, e anche al V (*double jeopardy*), che impone il divieto di duplicazione del giudizio. Per cercare di superare le opposizioni e le accuse di violazione degli emendamenti manifestate avverso i *punitive damages*, la *Supreme Court* nel 1996, grazie al caso *Gore* che rappresenta un *leading case* in materia (*Supreme Court, BMW of North America Inc. Vs Gore, in Danno resp., 1997, p. 298*), ha avuto l'occasione di intervenire e stabilire che le somme irrogate debbano essere rispettose di alcuni principi. La somma irrogata come danno punitivo deve essere proporzionale al grado di riprovevolezza della condotta, deve tener conto dell'ammontare del danno effettivamente patito dalla vittima e della misura delle altre sanzioni civili previste dall'ordinamento per condotte analoghe: "Nell'ordinamento statunitense è incostituzionale, per violazione della clausola del "Due Process" prevista dal XIV emendamento della Costituzione federale, una condanna punitiva che, alla luce dei legittimi interessi di punizione e deterrenza perseguiti dallo Stato, risulti gravemente sproporzionata in relazione alla riprovevolezza della condotta del danneggiante, all'entità del danno ed alle

Per concludere, secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza del gennaio del 2007⁶¹⁸ i danni punitivi non sarebbero ammissibili all'interno del nostro ordinamento⁶¹⁹. Tale pronuncia, chiamata a rendere esecutiva in Italia una sentenza della Corte distrettuale statunitense della Contea di Jefferson, contenente una condanna al pagamento di un danno punitivo, ne ha negato la delibazione, confermando così quanto già affermato dalla Corte d'Appello di Venezia⁶²⁰.

sanzioni civili ammesse per analoghi illeciti". Sulla scia di detta pronuncia si sono verificati diversi interventi degni di nota: "Nel diritto statunitense, è da considerarsi contraria alla *due of process clause*, prevista dal XIV emendamento della Costituzione federale, nonché irrazionale ed arbitraria, la concessione a titolo di *punitive damages* di una somma dieci volte o più superiore a quella accordata per il risarcimento del danno effettivo" (Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 7 aprile 2003, in *Foro it.*, 2003, pt. IV, n. 3, c. 355). Ciò posto, P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, cit., p. 531, dubita che il danno individuato secondo tali criteri possa ancora ritenersi danno punitivo. A riguardo, G. PONZANELLI, *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi. Tempi duri per gli avvocati nordamericani*, cit., c. 358, ritiene che in questo modo sia stato compresso uno dei criteri fondamentali per determinare il danno punitivo, ovvero le condizioni economiche dell'obbligato, tuttavia i vincoli posti dalla Suprema Corte non hanno fatto venir meno del tutto le caratteristiche distintive dell'istituto.

⁶¹⁸ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1890.

⁶¹⁹ In tal senso anche parte della dottrina è contraria a riconoscere l'ingresso all'interno del nostro ordinamento dei danni punitivi: così C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eu. dir. priv.*, 2008, p. 328, secondo il quale le ragioni addotte per sostenere l'ammissibilità di un risarcimento punitivo, quali la necessità di un esito esemplare del giudizio di responsabilità, come lo esigerebbero condotte che stanno tra la colpa cosciente e il dolo eventuale e gli altri elementi che caratterizzano la condotta come particolarmente spregevole, e le esigenze di dar corso alla giustizia (*law enforcement*) non sarebbero persuasive, né tali da indurre ad adottare tale figura in sistemi che fino ad ora ne hanno fatto a meno. La funzione della prevenzione per così dire aggravata sarebbe già, secondo l'A., svolta ampiamente dal diritto penale, pertanto non vi sarebbe bisogno di accollarla anche al diritto civile. *Contra*, favorevole invece al riconoscimento dei *punitive damages* è G. CALABRESI, *Le pene private e il carattere misto della responsabilità civile*, in *Le pene private*, a cura di F.D. BUSNELLI e G. SCALFI, Milano, 1985, p. 419.

⁶²⁰ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, cit., p. 1890. La Corte aveva condannato un'impresa produttrice di caschi a pagare un milione di dollari ad una madre il cui figlio era morto in un incidente a causa del difetto di produzione e progettazione della fibbia del casco indossato al momento dell'impatto. Favorevoli alla scelta operata dalla Suprema Corte: P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 505; V. TOMARCHIO, *Anche la Cassazione esclude il risarcimento dei danni punitivi*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2729. *Contra* P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*, in *Danno resp.*, 2007, p. 1131, per il quale l'interprete italiano – magari prendendo coscienza del *trend* in atto negli USA volto ad un netto ridimensionamento del multiplo relativo ai danni punitivi – potrebbe guardare con minore diffidenza all'istituto. Prodrómo necessario, questo, per misurarsi, senza alcun tipo di

Sul presupposto che lo strumento risarcitorio sarebbe caratterizzato unicamente da finalità reintegrative del patrimonio, essendo estraneo ad esso il sistema delle punizioni e della sanzione, e irrilevante la valutazione della condotta del soggetto agente, ha considerato i danni punitivi contrari all'ordine pubblico nazionale e ritenuto, pertanto, che non vi fossero le condizioni per l'*exequatur*.

A sostegno della decisione adottata, la Corte ha negato l'assimilazione dei danni punitivi agli strumenti propri dell'ordinamento italiano, quali la clausola penale, ritenuta priva di funzione punitiva e volta unicamente a rafforzare il vincolo contrattuale e determinare a priori il *quantum*; e il danno morale soggettivo, diretto unicamente alla riparazione e non alla sanzione del soggetto agente⁶²¹.

Lo stesso atteggiamento di chiusura è stato manifestato anche dalla giurisprudenza successiva⁶²².

pregiudizio, con la delibabilità di decisioni straniere come quella per la quale si richiedeva l'esecuzione in Italia.

⁶²¹ In senso contrario per quanto riguarda il danno morale soggettivo si rimanda a G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 296 ss. che considera il danno non patrimoniale (inteso come *pecunia doloris*) ascrivibile alle pene private. Così anche U. MAJELLO, *Pena privata e responsabilità civile*, in *Le pene private*, 1985, Milano, p. 332. Si rimanda inoltre a M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1037, per il quale il danno morale soggettivo avrebbe una funzione mista nella quale però la componente punitiva sarebbe prevalente su quella solidaristica. Per l'A. il danno morale soggettivo dovrebbe tornare quello che era prima delle sentenze del 2003, ovvero una sanzione civile indiretta che nulla ha a che fare, data la sua finalità punitiva, con il risarcimento del danno avente funzione di ripristinare la situazione antecedente.

⁶²² La Corte di Appello di Trento con sentenza 16 agosto 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 92, chiamata a rendere esecutiva una sentenza americana contenente la previsione di una condanna al pagamento di danni punitivi, ha ritenuto la richiesta accoglibile solo in parte e cioè escludendo l'ordine di pagare il risarcimento per i danni di tipo punitivo poiché non si può procedere al relativo riconoscimento a seguito dell'esame riguardante l'ordine pubblico di cui all'art. 64, lettera g), della L. n. 218/1995. Il risarcimento era dovuto per un episodio di diffamazione. In particolare dalla pronuncia emerge quanto segue: "Tra i principi giuridici fondamentali del diritto italiano si trova appunto il principio ancorato all'art. 3 della Costituzione della proporzionalità che si applica anche alla procedura civile e che tiene conto, tra l'altro, del concetto di giustizia retributiva che informa il diritto al risarcimento del danno, mentre sanzioni che provvedono a soddisfare la punizione e l'ammonimento - dunque la tutela dell'ordinamento giuridico in generale - rientrano, secondo la visione italiana, fundamentalmente nel monopolio penale dello Stato. Il monopolio penale viene esercitato da un organo speciale (la Procura della Repubblica) nell'ambito di un procedimento penale in cui, da un lato, l'avviso di garanzia (innanzitutto nella fase delle indagini preliminari) deve offrire una maggior garanzia per la correttezza della decisione di merito e, dall'altro, i diritti degli indagati sono maggiormente tutelati come avviene in un procedimento civile deciso con i criteri affermati nel

In quest'ottica, pur con non poche perplessità nei confronti della sentenza⁶²³, non resterebbe che concludere per la natura propriamente risarcitoria del rimedio in questione⁶²⁴.

6. Considerazioni conclusive.

Riconosciuta la natura propriamente risarcitoria dei rimedi introdotti ai nn. 2 e 3, va sottolineato come la tutela risarcitoria sia subordinata alla sussistenza di tutti i presupposti richiesti per il danno ingiusto, fonte di un'obbligazione risarcitoria. Occorrerà, in

provvedimento. Dal nostro punto di vista appare, quindi, inammissibile consentire un considerevole pagamento in denaro in una sentenza civile che non contribuisce alla distribuzione del risarcimento, bensì viene stabilito a discrezione del giudice principalmente secondo l'interesse della collettività e possibilmente si affianca ad una sanzione in sede penale per lo stesso fatto tanto più che in tal modo si violerebbero i principi del *ne bis in idem* e del *nulla poena sine lege*" (Corte App. Trento, 16 agosto, 2008, cit., p. 93). Reputa illuminata tale pronuncia P. FAVA, *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 528.

⁶²³ A riguardo si rende necessaria un'analisi di diversi istituti presenti all'interno del nostro ordinamento al fine di porli a confronto con i *punitive damages* per valutare eventuali similitudini. In particolare si è supposta la riconducibilità dell'art. 96 c.p.c. ai danni punitivi (così Trib. Torre Annunziata, 14 marzo 2000, e Trib. Torre Annunziata, 24 febbraio, 2000, in *Danno resp.*, 2000, p. 1123 e p. 1121). In tal senso anche F. TOSCHI VESPASIANI, *Il danno da lite temeraria è... morto? Lunga vita all'art. 96 c.p.c.!*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 316, per il quale l'art. 96 c.p.c. non sembrerebbe molto diverso dai danni punitivi. All'interno del novero dei danni punitivi veniva ricondotto anche il danno ambientale dal momento che l'art. 18, sesto comma, legge 8 luglio 1986, n. 349, poneva tra i criteri per determinare l'ammontare del risarcimento anche il costo del ripristino, la gravità della colpa e del profitto conseguito dal trasgressore. Interessante è quanto sostenuto da G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, cit., p. 32, che nell'operare una riflessione generale sulle misure risarcitorie che, all'interno del nostro ordinamento, pongono l'attenzione sulla condotta del soggetto agente e risarciscono il danno non tanto per il fatto che sia stato effettivamente patito dalla vittima, ma per il fatto che si vuole sanzionare la condotta del danneggiante, si richiama proprio a tale previsione. L'A., arriva, pertanto, alla conclusione per la quale all'interno del nostro ordinamento sarebbero ammissibili i danni punitivi laddove vi sia un'espressa previsione normativa in tal senso. Tuttavia, sottolinea come tali misure non abbiano a che fare con i *punitive damages* di origine nordamericana.

⁶²⁴ Pur cosciente della situazione presente nel nostro ordinamento, M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2012, ritiene che proprio il terreno del diritto di famiglia sarebbe fertile per meditare, *de iure condendo*, sull'introduzione della figura del danno punitivo per reprimere quelle condotte caratterizzate da mala fede e consapevole slealtà o intenzionale inadempimento degli obblighi coniugali o genitoriali. La figura in esame permetterebbe, secondo l'A., di superare almeno in parte il problema della liquidazione equitativa del danno patito dal familiare vittima della lesione dei suoi diritti fondamentali che comunque, spesso, già nelle decisioni attuali, nasconde intenti sanzionatori.

particolare, dare la prova dei danni patiti, in quanto il danno non può essere in *re ipsa*⁶²⁵. Quanto alla natura dei danni risarcibili vi è contrasto, ma, pur potendo astrattamente trattarsi anche di danni patrimoniali si tratterà per lo più di danni non patrimoniali⁶²⁶. Inoltre, deve reputarsi necessaria la proposizione di una domanda di parte *ex art. 112 c.p.c.*⁶²⁷.

Ciò posto, detta disposizione normativa vedrebbe il suo profilo di novità nella particolare sede processuale all'interno della quale

⁶²⁵ Si veda a riguardo Cass. S.U., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Corr. giur.*, 2006, p. 787. *Contra* Corte d'Appello di Firenze, (decr.) 29 agosto 2007, in *Danno resp.*, 2008, p. 799: "all'interno del procedimento *ex art. 709-ter c.p.c.*, il danno risentito da un minore per la privazione della frequentazione paterna è da individuarsi in *re ipsa* e soggetto, in quanto privo del carattere della patrimonialità, a valutazione equitativa. Anche il danno non patrimoniale subito dal genitore va liquidato equitativamente, mentre il risarcimento del danno patrimoniale esula dallo specifico strumento processuale". Per quanto riguarda la prova dei presupposti per l'adozione di dette misure per M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, cit., p. 1097, sarebbe sempre necessaria un'attività istruttoria a carattere non sommario per arrivare ad emanare tali provvedimenti. In senso parzialmente difforme G. FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, cit., p. 58, per il quale non si può dubitare che il giudice possa, seppure in forma semplificata e deformalizzata svolgere gli atti istruttori necessari.

⁶²⁶ A riguardo M.A. LUPOI, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento*, cit., p. 1100, ritiene che i danni possano essere sia patrimoniali che non patrimoniali, anche se nella normalità dei casi si tratterà di danni esistenziali. In tal senso anche F. TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, cit., p. 401; diversamente, Trib. Firenze, decr. 29 agosto, 2008, cit., p. 799, sembra affermare che il risarcimento dei danni patrimoniali esuli dal presente procedimento. Per A. GRECO, *Affido condiviso (L. N. 54/2006) e ipotesi di responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1410, si tratta del nuovo danno non patrimoniale. Così anche, C. PADALINO, *Esclusa la finalità punitiva nella decisione sul ristoro del danno arrecato*, in *Fam. minori*, 2008, n. 3, p. 75. In tal senso, seppur con qualche precisazione, anche P. CORDER, *Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno*, cit., p. 563. Per l'A. la natura e le finalità del procedimento in esame escludono la riconoscibilità di altre tipologie di danni diversi da quelli non patrimoniali, quali il danno emergente o il lucro cessante o il danno biologico, in quanto richiederebbero un'attività istruttoria incompatibile con le regole del procedimento in corso. A riguardo, G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*², cit., p. 94, sottolinea sia possibile in questa sede chiedere il ristoro sia dei danni patrimoniali, sia di quelli non patrimoniali. Consentire, infatti, il solo ristoro dei secondi vorrebbe dire ledere il principio dell'economia processuale in quanto costringerebbe il danneggiato ad istaurare due giudizi per ottenere il ristoro di entrambi i pregiudizi.

⁶²⁷ *Contra*, B. DE FILIPPIS, *Il Nuovo articolo 709-ter c.p.c.*, cit., p. 235, sottolinea come mentre la regola della domanda di parte dovrebbe essere rispettata nell'ipotesi di cui al n. 3 (a meno che non vi sia una stretta correlazione tra l'adozione della stessa e l'interesse del minore), diversamente reputa possibile che il sub procedimento finalizzato all'adozione della misura n. 2 possa essere attuato anche d'ufficio. Detta soluzione, secondo l'A., sarebbe divisibile per il fatto che compito del giudice è salvaguardare l'interesse del minore, elemento di fondamentale rilevanza che permette di derogare al principio della domanda.

sarebbe possibile ottenere una pronuncia risarcitoria⁶²⁸. In questo modo, infatti, si potrebbe sia domandare il risarcimento del danno al giudice di fronte al quale è pendente il processo di separazione personale, divorzio o revisione, nonché di fronte al giudice dell'appello⁶²⁹, sia, a prescindere dalla pendenza di un precedente

⁶²⁸ In tal senso F. TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: B) profili processuali*, cit., p. 401.

⁶²⁹ Se le controversie sorgono in corso di causa si verificherà una sorta di subprocedimento, incidentale rispetto al procedimento principale e competente sarà lo stesso giudice competente a pronunciarsi sul procedimento principale. L'istanza volta ad ottenere la pronuncia dei provvedimenti in esame pendente uno dei predetti procedimenti può essere presentata in ogni momento utile del giudizio, anche dopo il formarsi delle preclusioni istruttorie e di merito, persino all'udienza di precisazione delle conclusioni (Trib. Reggio Emilia, 5 novembre 2007, n. 1435, cit., p. 77). Seppure fosse stata prospettata da alcuni la tesi per la quale detti provvedimenti avrebbero dovuto essere adottati solamente dal collegio, sul presupposto che il giudice istruttore avrebbe potuto solamente emanare i provvedimenti temporanei e urgenti e che nessuno di questi sarebbe dotato di tale caratteristica, oramai si propende nel senso di affermare che anche il giudice istruttore possa adottare tali provvedimenti che devono, infatti, essere presi in tempi brevi per poter svolgere la loro funzione in modo efficace. Di tale avviso A.N. MANZIONE, *Le misure sanzionatorie nella legge n. 54/2006*, in *La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra genitori separati*, a cura di B. DE FILIPPIS, A. MASCIA, A.N. MANZIONE, S. RAMPOLLA, Padova, 2009, p. 176 s., che sottolinea come a confortare detta interpretazione sarebbe l'art. 179 c.c. il quale prevede che se la legge non dispone diversamente, le condanne a pene pecuniarie previste nel presente codice sono pronunciate con ordinanza dal giudice istruttore. Sulla competenza del giudice istruttore si rimanda a Trib. Catania, 22 dicembre 2006, in *Fam. minori*, 2007, n. 3, p. 77: "la norma ha inteso ragionevolmente attribuire i poteri di emettere i provvedimenti *de quibus* a colui che è investito della causa, ovverosia al giudice istruttore, il quale dispone di tutti gli elementi utili ai fini della valutazione del comportamento posto in essere dalle parti e dell'effettivo interesse dei figli, e, pertanto, è in grado di dare una risposta immediata alla domanda di soluzione di conflitti che necessitano di una snella definizione e di una pronta risposta, fermo restando il potere del collegio, a esito della causa, di valutare l'intera controversia e, dunque, anche il contenuto dei provvedimenti emessi dal giudice istruttore in *subiecta materia*". In tal senso anche: "Il giudice istruttore, nel corso del procedimento di separazione o divorzio, è competente ad emanare i provvedimenti sanzionatori a carico del genitore inadempiente, di cui all'art. 709-ter c.p.c. [...] L'attribuzione della competenza al collegio rischia di rallentare l'adozione di misure che, per essere efficaci, devono essere immediate, inoltre, perché il giudice istruttore in corso di causa è competente ad adottare i provvedimenti di risoluzione delle controversie insorte, sicché è irragionevole che egli non adotti anche le relative misure sanzionatorie" (Trib. Napoli, (ord.) 29 novembre 2007, in *Corr. Merito*, 2008, p. 141. *Contra* Trib. Pisa, (decr.) 19 dicembre 2007, cit., p. VI s.: "in pendenza del giudizio di separazione personale, per la soluzione delle controversie previste dall'art. 709-ter c.p.c. è competente il tribunale in composizione collegiale. Ciò in quanto la locuzione "giudice del procedimento in corso" (da intendersi come giudice titolare del procedimento) opera sia come criterio di competenza, individuando tra più tribunali quello investito della decisione, sia come criterio di assegnazione del procedimento, individuando tra più giudici all'interno del medesimo ufficio quello a cui affidare la controversia, nel chiaro intento di concentrare le decisioni inerenti a una famiglia in un unico giudice, evitando che le parti si trovino sempre di fronte ad

giudizio, presentare ricorso e istaurare un procedimento autonomo che seguirà le agili forme camerale. Prima dell'introduzione della novella si escludeva la proponibilità della domanda risarcitoria, sottoposta al rito ordinario, congiuntamente alla domanda di separazione o divorzio, soggetta a rito speciale, mancando una connessione qualificata⁶³⁰: non è, infatti, possibile il cumulo in un unico processo di domande sottoposte a riti diversi, a meno che non si tratti di questioni legate da connessione per subordinazione o forte tale da giustificare una trattazione congiunta⁶³¹. Per questa ragione, ai fini di ottenere tutela risarcitoria, si era costretti ad istaurare un giudizio di cognizione piena appositamente per far valere tale pretesa.

Senza considerare che tramite lo strumento introdotto è possibile domandare il risarcimento senza il rispetto dei rigidi termini processuali e addirittura per la prima volta di fronte alla Corte di appello⁶³².

un nuovo interlocutore. Peraltro il giudizio di separazione è di attribuzione collegiale e non monocratica, nel senso esattamente che il collegio è il dominus del procedimento, residuando al giudice istruttore limitati poteri, circoscritto allo svolgimento dell'istruttoria (art. 175 e seguenti c.p.c.) e all'adozione di provvedimenti urgenti". Di questa opinione anche C. PADALINO, *Un procedimento in forma camerale*, cit., p. X, per il quale se si opta per attribuire la competenza ad emanare tali provvedimenti al giudice istruttore, non si riesce a dare alcun senso all'art. 709-ter, ultimo comma, c.p.c. in base al quale i provvedimenti assunti dal giudice del procedimenti sono impugnabili nei modi ordinari. Solo le decisioni adottate dal giudice del procedimento in corso possono essere oggetto di un successivo sindacato impugnatorio. Viceversa i provvedimenti del giudice istruttore che si limitano ad anticipare la decisione finale non possono essere considerate decisioni e, pertanto, non possono essere soggette ad un sindacato impugnatorio.

⁶³⁰ Si rimanda a G. DE MARZO, *Responsabilità civile nelle relazioni familiari tra esigenze di tutela e categorie formali*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1222 s.

⁶³¹ *Ex multis* si veda: "L'art. 40, cod. proc. civ., nel testo novellato dalla legge n. 353 del 1990, consente il cumulo nello stesso processo di domande soggette a riti diversi esclusivamente in presenza di ipotesi qualificate di connessione cd. "per subordinazione" o "forte" (art.31, 32, 34, 35 e 36, cod. proc. civ.), stabilendo che le stesse, cumulativamente proposte o successivamente riunite, devono essere trattate secondo il rito ordinario, salva l'applicazione del rito speciale, qualora una di esse riguardi una controversia di lavoro o previdenziale, e quindi esclude la possibilità di proporre più domande connesse soggettivamente ai sensi dell'art. 33 o dell'art.103, cod. proc. civ., e soggette a riti diversi" (Cass., 22 ottobre 2004, n. 20638, in *Fam. dir.*, 2004, p. 259).

⁶³² Per fare un esempio, era stato presentato ricorso per un risarcimento dei danni ex art. 709-ter c.p.c. per la prima volta davanti alla Corte di appello di Firenze, 29 agosto 2007, cit., chiamata a decidere su un reclamo avverso il decreto del Tribunale in ordine ad una modifica delle condizioni della sentenza divorzile.

Tuttavia, tramite l'art. 709-*c.p.c.* non è possibile ottenere il ristoro di qualsivoglia pregiudizio endo-familiare, ma solamente di una gamma limitata di pregiudizi, dal momento che detta agevolazione dal punto di vista processuale è consentita solamente laddove il danno trovi la sua ragione nell'inattuazione dei provvedimenti sull'affidamento o sulla potestà⁶³³. Le domande volte ad ottenere il risarcimento degli altri pregiudizi necessiteranno dell'instaurazione di un ordinario giudizio di cognizione⁶³⁴.

In secondo luogo, secondo taluni si potrebbe pensare che tramite la previsione dell'art. 709-*ter c.p.c.* il legislatore abbia addirittura tipizzato dette ipotesi rendendole risarcibili anche senza bisogno della copertura costituzionale: la condizione di tipicità verrebbe in tale ottica soddisfatta dalla disposizione normativa introdotta⁶³⁵.

Riconosciuto come il rimedio in esame sia da considerarsi propriamente risarcitorio e non ascrivibile alle pene private, in quanto non caratterizzato da una prevalente funzione punitiva e deterrente, si potrebbe comunque riflettere sulla misura risarcitoria in generale e domandarsi se, pur con una prevalente vocazione compensativa, non possa essa stessa svolgere anche una residuale funzione sanzionatoria e deterrente⁶³⁶. La possibilità di vedersi condannati a risarcire i danni cagionati potrebbe, infatti, spingere il soggetto ad evitare di porre in essere determinati illeciti. Il fatto che detto rimedio sia volto prevalentemente al ristoro del danno patito dalla vittima dell'illecito, non escluderebbe una più ampia riflessione su possibili diverse

⁶³³ In tal senso A. FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 709-ter c.p.c.*, cit., p. 801.

⁶³⁴ In tal senso G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, cit., p. 596, sottolinea come l'art. 709-*ter c.p.c.* lungi dal prevedere ipotesi di responsabilità civile in famiglia caratterizzate da una "speciale" funzione sanzionatoria, si limiti in realtà a prevedere una "speciale" sede processuale in cui far valere tali pretese.

⁶³⁵ Di tale avviso A. D'ANGELO, *L'art. 709-ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare*, cit., p. 1203 s., secondo la quale l'art. 709-*ter c.p.c.* sarebbe uno dei casi previsti dalla legge al quale rimanda l'art. 2059 c.c. In tale ottica, non potrebbe negarsi un'affinità strutturale e funzionale del danno attualmente risarcibile ex art. 709-*ter c.p.c.* con il vecchio danno morale soggettivo, un tempo liquidato in base al tradizionale doppio rinvio dell'art. 2059 c.c. alle singole fattispecie di reato.

⁶³⁶ Sulla funzione di *deterrence* della responsabilità civile si rimanda a G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, Bologna, 1992, p. 243 ss.

finalità⁶³⁷, in particolare per quanto riguarda il danno non patrimoniale⁶³⁸.

Sebbene vi sia accordo sul fatto che la funzione del risarcimento del danno sia in primo luogo e tendenzialmente compensativa e, in linea di massima, si reputa condivisibile la teoria nota come c.d. ‘*Differenztheorie*’, sulla base della quale per quantificare il *quantum*

⁶³⁷ In particolare si rimanda a: C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, vol. XXXIX, p. 1201, per il quale la funzione del risarcimento del danno non patrimoniale non può essere considerata propriamente compensativa, data l'impossibilità di traslare la perdita economica dalla vittima al responsabile attraverso il pagamento di una somma di denaro, quanto satisfattiva. Sulla funzione in generale del risarcimento del danno P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, vol. XX, p. 108 s., sottolinea come siano presenti due aspetti inscindibili quali la reintegrazione del patrimonio del danneggiato e la sanzione di chi si è comportato in modo vietato la cui minaccia serve anche a scoraggiare il compimento di atti illeciti. L'A. riconosce che è solo la funzione sanzionatoria che può spiegare perché imputabilità e colpevolezza siano presupposto necessario per aversi responsabilità civile. Ancora a riguardo si rimanda a F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1991, Roma, vol. XVI, p. 6, secondo il quale la responsabilità civile, basata sul criterio di imputazione della colpa, presenterebbe una funzione complessa dal momento che in essa confluiscono insieme componenti sanzionatorie e preventive. Si veda anche G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, cit., 1463 ss., per il quale negli ultimi quarant'anni, la tutela risarcitoria ha sì maturato una valenza riparatoria sempre più forte e precisa, ma si è poi confrontata anche con altre finalità, diverse dalla riparazione del danno. A riguardo anche P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., p. 125 s., sottolinea come, in particolare in quelle ipotesi in cui a venir leso sia un diritto della personalità, dove spesso in presenza di comportamenti dolosi si prescinde dalla prova in concreto dei danni, desunti in *re ipsa*, in base alla semplice prova della violazione posta in essere, la responsabilità civile manifesti una funzione sanzionatoria e deterrente. A proposito A.M. MUSY, *Punitive damages e resistenza temeraria in giudizio: regole definizioni e modelli istituzionali a confronto*, in *Danno resp.*, 2000, p. 1126, considera ridondante l'introduzione nel nostro ordinamento di danni punitivi in quanto una funzione sanzionatoria sarebbe già ravvisabile all'interno dell'istituto della responsabilità civile ricavabile dagli artt. 1223, 1226, 2056 c.c. *Contra*, L. CORSARO, voce *Responsabilità civile. I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1991, vol. XXXV, p. 3, sostiene che la responsabilità civile non sarebbe caratterizzata da una funzione sanzionatoria intesa come sanzione per l'illecito civile dal momento che all'interno del nostro ordinamento dolo e colpa sono equivalenti. Per più ampie riflessioni in ordine alle diverse funzioni della responsabilità civile si rimanda a: G. ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 131 ss.; C. SCOGLIAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2485 ss.

⁶³⁸ Sul fatto che la responsabilità civile sia diretta anche a finalità diverse rispetto alla reintegrazione si veda P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei, ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 353. Per l'A. questa affermazione trova sostegno anche nel fatto che alcuni interventi normativi tengono conto non solo della posizione del danneggiato, ma anche di quella del danneggiante, arrivando così all'obiettivo di sanzionare l'autore dell'illecito e dissuadere i terzi a emularne la condotta. In particolare si fa riferimento alla disciplina sulla retroversione degli utili *ex art. 125 Cod. proprietà industriale*, alla riparazione pecuniaria *ex art. 12 legge 8 febbraio 1948, n. 47 (legge sulla stampa)*.

del risarcimento è necessario valutare la differenza tra il patrimonio del danneggiato al momento del compimento dell'illecito e quello che sarebbe stato se l'evento dannoso non si fosse verificato, tuttavia è altresì doveroso osservare come in determinati ambiti, quali quello del danno non patrimoniale, detto criterio possa risultare non del tutto soddisfacente⁶³⁹.

Inoltre, non si deve dimenticare che per quanto concerne il danno non patrimoniale, secondo quanto ampiamente discusso nel cap. III, l'impossibilità di determinare con esattezza l'ammontare del danno patito comporta il ricorso alla valutazione equitativa del *quantum debeat*. Tra i diversi criteri attraverso i quali il giudice arriverà a tale valutazione vi è, secondo quanto già illustrato in precedenza, anche la gravità della condotta del danneggiante. Pertanto, seppure la finalità propria del rimedio risarcitorio sia prevalentemente compensatoria reintegrativa con un netto distacco dalle pene private, che invece sono caratterizzate da una prevalente funzione sanzionatoria, in ogni modo pare innegabile che detto rimedio, pur indirettamente, realizzi anche finalità sanzionatorie⁶⁴⁰.

⁶³⁹ A riguardo si veda S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 166.

⁶⁴⁰ A riguardo M.V. DE GIORGI, voce "*Il danno: I*", in *Enc. giur. Trecc.*, 1988, Roma, vol. X, p. 8, sostiene che nel risarcimento del danno non patrimoniale, il giudice terrebbe conto non solo l'entità della lesione arrecata, ma anche delle circostanze in cui si è svolto il fatto lesivo, e degli stati soggettivi del soggetto agente. In tale ottica la condanna assumerebbe funzione anche indubbiamente punitiva nei confronti dell'autore dell'atto dannoso.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Affidamento condiviso e diritti dei minori (Legge 8 febbraio 2006, n. 54)*, a cura di M. DOGLIOTTI, Torino, 2008.

AA.VV., *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008.

AA.VV., *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare. Profili di diritto sostanziale e processuale²*, a cura di G. DE MARZO, C. CORTESI e A. LIUZZI, 2007, Milano.

AA.VV., *Illeciti tra familiari, violenza domestica e risarcimento del danno*, a cura di TORINO R., Milano, 2006.

AA.VV., *L'affidamento condiviso*, a cura di S. PATTI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2006.

AA.VV., *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, a cura di R. TORINO, Torino, 2004.

AA.VV., *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. CENDON, Padova, 2004.

AA.VV., *Critica del danno esistenziale*, a cura di G. PONZANELLI, Padova, 2003.

AA.VV., *Persona e danno*, a cura di P. CENDON, Milano, 2003.

AA.VV., *Il bambino non voluto è un danno risarcibile*, a cura di A. D'ANGELO, in *L'alambicco del comparatista*, Milano, 1999.

AA.VV., *Le pene private*, a cura di F.D. BUSNELLI G. SCALFI, Milano, 1985.

ACONE M., *La tutela dei crediti di mantenimento*, Napoli, 1985.

AGRIFOGLIO S., *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1250.

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

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

ALPA G., *Diritto privato europeo: fonti normative e programmi di armonizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pt. II, p. 16.

ALPA G., *La responsabilità civile*, Milano, 1999.

- ALPA G., *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991.
- ALPA G. e ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005.
- ALPA G. e ANSALDO A., *Le persone fisiche, Artt. 1 -10*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1996.
- AMADIO G., *Obblighi di mantenimento, accertamento della filiazione e rapporti tra i genitori*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 272.
- AMATO C., *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il “nuovo danno non patrimoniale”*, a cura di G. PONZANELLI, Padova, 2004, p. 141.
- AMENDOLAGINE V., *Il pregiudizio “esistenziale” subito dal figlio naturale per effetto del mancato riconoscimento della paternità è un danno risarcibile?*, in *Giur. merito*, 2008, p. 2493.
- AMOROSO D., *Sulle conseguenze risarcitorie della colposa mancata diagnosi prenatale della malformazione del nascituro*, in *Giust. civ.*, 2008, pt. I, p. 2278.
- AMRAM D., *Misure risarcitorie non riparatorie nel diritto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 964.
- ANCESCHI A., *Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità*, Milano, 2007.
- ANGELONI F., *La patrimonialità della prestazione*, in *Contr. impresa*, 2001, p. 893.
- ANNUNZIATA G., *Il processo nel diritto di famiglia*, Padova, 2006.
- ARCIERI A., *L'affidamento condiviso*, Milano, 2007.
- ASPREA S., *La tutela dei figli nella separazione, nel divorzio e nella famiglia di fatto. Alla luce della legge sull'affido condiviso e del nuovo patto di famiglia*, Torino, 2006.
- ATELLI M., *Il risarcimento dei danni nell'affidamento condiviso*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 477.
- AUTORINO STANZIONE G., *Diritto di famiglia*, Torino, 2003.
- AZZARITI G., *In tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, pt. II, p. 469.
- BALDINI G., *Il nascituro e la soggettività giuridica*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 334.

BALDINI G., *Responsabilità civile e ordinamento familiare (Profili essenziali)*, Napoli, 1998.

BALENA G., *Il processo di separazione personale dei coniugi*, in *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di BALENA e BOVE, Bari, 2006, p. 421.

BARATELLA M.G., *Le pene private*, Milano, 2006.

BELVEDERE A., voce "Potestà dei genitori", in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1990, vol. XXIII.

BENEDETTI A.P., *Guidatore ebro e concorso di colpa del trasportato – danneggiato*, in *Danno resp.*, 2006, p. 1200.

BESSONE M. e ROPPO E., *Sul valore costituzionale del principio di unità della famiglia*, in *Giur. it.*, 1975, pt. IV, c. 20.

BIANCA C.M., *La nuova disciplina in tema in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 676.

BIANCA C.M., *Diritto civile 2. La famiglia. Le successioni*⁴, Milano, 2005.

BIANCA C.M., *Diritto civile 1. La norma giuridica. I soggetti*², Milano, 2002.

BIANCA C.M., *Diritto civile 3. Il contratto*, Milano, 2000.

BIANCA C.M., *Diritto civile 6. La proprietà*, Milano, 1999.

BIANCA C.M., *Diritto civile 5. La responsabilità*, Milano, 1994.

BIANCA C.M., *Diritto civile 4. L'obbligazione*, Milano, 1993.

BIANCA C.M., *I rapporti personali nella famiglia e gli obblighi di contribuzione*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985*, Padova, 1986, p. 74.

BIANCA C.M., *Riflessioni sulla pena privata*, in *Le pene private*, a cura di F.D. BUSNELLI e G. SCALFI, Milano, 1985, p. 407.

BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna- Roma, 1967.

BILOTTA F., *Profili del danno esistenziale nella procreazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 337.

- BITETTO A., *Diritto a nascere sani*, in *Foro it.*, 2004, pt. I, c. 3329.
- BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, I, Oxford, 1775, p. 442.
- BLAIOTTA R., *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 261.
- BOCCADAMO L., *Torto endofamiliare e risarcibilità del danno esistenziale per violazione di doveri coniugali: una duplice conferma*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 619.
- BOCCHINI F., *L'interesse del minore nei rapporti patrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 277.
- BOLONDI E., *La responsabilità del coniuge per ingiustificato rifiuto di partecipare all'atto di acquisto ai sensi dell'art. 179, secondo comma, c.c.*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. 316.
- BONA M., *La saga del danno esistenziale verso l'ultimo ciak*, in *Danno resp.*, 2008, p. 562.
- BONA M., *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il "nuovo" art. 2059 c.c.)*, in *Danno resp.*, 2003, p. 941.
- BONA M., *Violazione dei doveri genitoriale e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 189.
- BONILINI G., *Manuale di diritto di famiglia*³, Torino, 2005.
- BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.
- BOTTA R. e GIOVETTI G., *Diritto di famiglia*, in *La colpa nella responsabilità civile II*, a cura di P. CENDON, Torino, 2006, p. 45.
- BOTTON M., *Quale e quanto danno nella famiglia?*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 545.
- BOZZI L., *Scene dopo un matrimonio: violazione dell'obbligo di fedeltà e pretese risarcitorie*, in *Danno resp.*, 2003, p. 1132.
- BRECCIA U., voce "*Separazione personale dei coniugi*", in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1998, vol. XVIII, p. 351.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1991.

BRECCIA U., *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Napoli, 1975.

BREDA R., *Il danno non patrimoniale da violazione dei doveri sponsali*, in *Il “nuovo danno non patrimoniale”*, a cura di G. PONZANELLI, Padova, 2004, p. 178.

BROGGINI G., *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di “punitive damages” con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 479.

BUCCIANTE A., *La potestà dei genitori, la tutela e l’emancipazione²*, in *Trattato dir. priv.*, n. 4, *Personae e famiglia*, vol. III, 1997, Torino.

BUCCIANTE A., *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1971.

BUGETTI M.N., *La responsabilità per seduzione con promessa di matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. 27.

BULGARELLI A., *Mantenimento, ammonito chi non paga. Ma sulle sanzioni previste per gli inadempimenti i dubbi restano*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 25, p. 22.

BUSNELLI F.D., *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pt. II, p. 97.

BUSNELLI F.D., *L’illecito nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, 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 del 23-25 marzo 2006)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 439.

BUSNELLI F.D., *Chiaroscuri d’estate. La corte di cassazione e il danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2003, p. 826.

BUSNELLI F.D., *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001.

BUSNELLI F.D., *Lesione di interessi legittimi: dal “muro di sbarramento” alla “rete di contenimento”*, in *Danno resp.*, 1997, p. 269.

BUSNELLI F.D., *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1996, p. 1.

BUSNELLI F.D., *Itinerari europei nella “terra di nessuno tra il contratto e il fatto illecito”: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 539.

BUSNELLI F.D., voce “*Illecito civile*”, in *Enc. giur. Trecc.*, 1991, Roma, vol. XVI.

BUSNELLI F.D., *Il dovere di fedeltà coniugale*, in *Giur. it.*, 1975, pt. IV, p. 129.

BUSNELLI F.D., *La lesione del diritto di credito da parte di terzi*, Milano, 1964.

CAGGIA F., *Contratto, responsabilità civile e danno risarcibile da rottura del rapporto matrimoniale (o di convivenza): un’analisi comparata*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. 356.

CAIAFFA G., *Risarcimento del danno- Danno non patrimoniale art. 2059 c.c.- Nozione- Comprende il danno da lesione di valori costituzionalmente garantiti- Esclusione dei limiti della riserva di legge correlata all’art. 185 c.p.*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1104.

CALABRESI G., *Le pene private e il carattere misto della responsabilità civile*, in *Le pene private*, a cura di F.D. BUSNELLI e G. SCALFI, Milano, 1985, p. 413.

CALOGERO M., *La separazione giudiziale*, in *Aggiornamenti (gennaio 2003- giugno 2006)*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, vol. VII, Milano, 2006, p. 196.

CAMPANILE C., *La responsabilità endo-familiare*, in *La famiglia. Le persone*, vol. II, *Aggiornamento*, a cura di P. CENDON, Torino, 2008, p. 327.

CANARIS C.W., *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 567.

CANTILLO A., *Potestà genitoriale, finalità non sanzionatoria- Esclusivo interesse del minore- Decadenza- Insussistenza*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 917.

CAPECCHI M., *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle Sezioni unite penali alle sezioni unite civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, pt. II, p. 143.

CAPECCHI M., *Il nesso di causalità*, Padova, 2005.

CARBONE V., *Ammissibilità del c.d. aborto eugenetico*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 1202.

CARBONE E., *La giuridificazione delle relazioni domestiche e i suoi riflessi aquiliani*, in *Famiglia*, 2006, p. 83.

CARBONE E., *Requiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006, pt. I, p. 700.

CARBONE V., *Un bambino che nasce minorato ha diritto al risarcimento per la nascita indesiderata?*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 97.

CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno resp.*, 1999, p. 299.

CARBONE V., *Punitive damages all'italiana*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 416.

CARBONE V., *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969.

CARICATO C., *Impotenza taciuta prima delle nozze: risarcimento o indennità?*, in *Famiglia*, 2005, p. 884.

CARNELUTTI F., *Postilla*, in *Foro it.*, 1951, pt. I, c. 990.

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

CARRARO L., *Note introduttive agli artt. 250-268*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI, Padova, 1992, tomo IV, p. 80.

CASABURI G., *Affidamento condiviso e inadempimento degli obblighi di mantenimento*, in *Giur. merito*, 2007, n. 10, p. 2527.

CASABURI G., *Art. 709-ter c.p.c: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro It.*, 2007, pt. I, c. 1610.

CASABURI G., *Art. 709-ter c.p.c: una prima applicazione giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 2007, p. 2528.

CASABURI G., *Commento al decreto del Tribunale di Napoli 27 febbraio 2007*, in *Foro it.*, 2007, pt. I, c. 1611.

CASABURI G., *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affido condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. merito, speciale riforma diritto di famiglia*, 2006, p. 5.

CASCONE C., *Questi abusi tra le mura domestiche. L'ordine di protezione riporta la pace. E' ammessa la tutela coercitiva anche in assenza di reati*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 3, p. 31.

CASSANO G., *In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente "patrimoniali" fra congiunti*, in *Dir. fam. per.*, 2008, pt. II, p. 498.

CASSANO G., *La giurisprudenza in tema di responsabilità genitoriale per violazione dell'affido e la portata dell'art. 709 ter, comma 2°, c.p.c. fra pena privata e danno esistenziale.*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 271.

CASSANO G., *Rapporti tra genitori e figli, illecito civile e responsabilità. La rivoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni alla luce del danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2097.

CASSANO G., *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale*, Padova, 2006.

CASSANO G., *Rapporti tra genitori e figli, illecito civile e responsabilità: la rivoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni alla luce del danno esistenziale*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1985.

CASSANO G., *Il danno esistenziale: dubbi e conferme*, in *Fam. dir.*, 2002, p. 516.

CASSANO G., *Il risarcimento del danno esistenziale a tutto (troppo) tondo*, in *Giur. it.*, 2001, p. 78.

CASSANO G., *Intervento di sterilizzazione, nascite indesiderate e danni incidenti nella sfera "esistenziale"*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 106.

CASSANO G. e DEL VECCHIO M., *Diritto a nascere sani e responsabilità civile: un inventario di questioni ed un risarcimento miliardario*, in *Dir. fam. per.*, 1999, pt. I, p. 645.

CASTAGNARO O.B., *Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali*, in *Giur. It.*, 2002, p. 2291.

CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno resp.*, 2009, p. 5.

CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eu. dir. priv.*, 2008, p. 315.

CASTRONOVO C., *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eu. dir. priv.*, 2008, p. 787.

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, p. 81.

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006.

- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006.
- CASTRONOVO C., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 69.
- CASTRONOVO C., voce “*Obblighi di protezione*”, in *Enc. Giur.*, vol. XXI, 1990, Roma.
- CATAUTELLA A., *Riservatezza (diritto alla). I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991.
- CEA C.M., *L'affidamento condiviso. Profili processuali*, in *Foro it.*, 2006, pt. V, c. 100.
- CECCHERINI G., *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999.
- CENDON P., *Responsabilità per dolo e prevenzione del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 4.
- CENDON P., *Dov'è che si sta meglio che in famiglia?*, in *Persona e danno*, a cura di P. CENDON, III, Milano, 2004, p. 2721.
- CENDON P., *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999.
- CENDON P., *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998 p. 570.
- CENDON P., *Quali sono i soggetti deboli? Appunti per un incontro di studi*, in *Pol. dir.*, 1996, fasc. 3, p. 485.
- CENDON P., voce “*Il dolo (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)*”, in *Dig. disc. priv., Sez. dir. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 29.
- CENDON P., *Non desiderare la donna d'altri*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 607.
- CENDON P., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1970.
- CENDON P.- SEBASTIO G., *La crisi dell'immunity rule nei torti in famiglia*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. CENDON, vol. III, Padova, 2004, p. 2723.
- CENDON P.- SEBASTIO G., *La responsabilità civile tra marito e moglie*, in *Persona e danno*, a cura di P. CENDON, vol. III, Milano, 2004, p. 2799.

CENDON P. e SEBASTIO G., *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, in *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, a cura di R. TORINO, 2004, Torino, p. 107.

CENDON P. e ZIVIZ P., *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003.

CENDON P. e ZIVIZ P., voce “*Danno: X*”, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 2002, vol. X.

CERATO M.S., *Gli abusi della potestà dei genitori*, in *Tratt. breve dei nuovi danni*, vol. II, a cura di P. CENDON, 2001, Padova, p. 1413.

CERATO M., *La potestà dei genitori*, Milano, 2000.

CHINDEMI D., *Una nevicata su un campo di grano*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 219.

CHINDEMI D., *Il “tradimento” del coniuge non è fonte di responsabilità extracontrattuale per l’“amante”, ma può esserlo per il coniuge infedele*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pt. I, p. 764.

CHRISTANDL G., *Eppur si muove: sull’autonoma risarcibilità del danno esistenziale*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 802.

CIACCIO E., voce “*Diffida (in generale)*”, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 507.

CIAN G., *Introduzione generale. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, Padova, 1977, p. 42.

CIAN G., *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, pt. I, p. 197.

CIAN G., *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966.

CIAN G., “*Culpa lata dolo aequiparatur*”, in *Riv. dir. civ.*, 1963, pt. I, p. 148.

CIANCI A.G., *Gli ordini di protezione familiare*, Milano, 2005.

CIARONI L., *Le forme di tutela contro la violenza domestica*, in *Giur. merito*, 2006, p. 1840.

CICU A., *Il diritto di famiglia. (Parte generale)*, Roma, 1914.

CILIBERTO C., *Controversie economiche sul mantenimento del minore: prime applicazioni dell’art. 709-ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 1160.

- CIMAGLIA C., *Così fu sdoganato il danno esistenziale. Definito il proprium della figura, prova a carico della vittima*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 17, p. 10.
- CIPRIANI G., *La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 518.
- CITTARELLA G., *Danno non patrimoniale e contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 434.
- COFANO G., *Intangibile la libertà sessuale?*, in *Foro it.*, 1952, pt. IV, c. 12.
- COMANDÈ G., *Un'autentica estensione di tutela che cancella solo i diritti immaginari*", in *Guida al dir.*, 2008, n. 47, p. 34.
- CONTIERO G., *I doveri coniugali e la loro violazione. L'addebito. Il risarcimento del danno*, Milano, 2005.
- CORDER P., *Il figlio minore, privato degli incontri con il padre, ha diritto al risarcimento del danno*, in *Corr. merito*, 2008, p. 554.
- CORDIANO A., *Contenuto e attualità del dovere di mantenimento dei figli*, in *Familia*, 2008, p. 103.
- CORDIANO A., *Danno non patrimoniale per violazione dei doveri genitoriali*, in *Familia*, 2006, p. 592.
- CORRIERO V., *Il genitore affidatario ha diritto ad un rimborso in caso di "mancate visite" del non affidatario?*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1802.
- CORSARO L., *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003.
- CORSARO L., voce "*Responsabilità civile. I) Diritto civile*", in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991.
- COSTANZA M., *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127.
- COSTANZO A., *Antigiuridicità e colpevolezza*, in *La colpa nella responsabilità civile*, Torino, 2006, vol. I, p. 115.
- COVIELLO N., *La tutela della salute dell'individuo concepito*, in *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 245.
- CUBEDDU M.G., *La "responsabilità genitoriale" e i trasferimenti di residenza*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 677.

- D'ADDA A., *Il risarcimento in forma specifica: oggetto e funzioni*, Padova, 2002.
- D'ADDA A., *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, in *Foro it.*, 2001, pt. I, c. 187.
- D'ALESSANDRO E., *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 383.
- D'ALESSANDRO E., *Profili di interesse processuale*, in *L'affidamento condiviso*, a cura di PATTI S. e ROSSI CARLEO L., Milano, 2006, p. 267.
- D'ANGELO A., *L'art. 709-ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione: un "surrogato" giudiziale della solidarietà familiare?*, in *Danno resp.*, 2008, p. 1193.
- D'ANGELO A., *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.*, in *Famiglia*, 2006, p. 1031.
- DANOVI A.G., *Il dovere di informazione tra coniugi e le conseguenze della sua violazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 1181.
- DANOVI F., *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709-ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 603.
- DANOVI F., *L'affidamento condiviso: le tutele processuali*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, pt. II, p. 1883.
- DANOVI F., *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1007.
- D'ANTONIO V., *La potestà dei genitori*, in *La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione del minore*, in *Tratt. teorico pratico*, diretto da G. AUTORINO STANZIONE, Torino, 2006, p. 457.
- D'AVACK L., *L'affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice*, in *Famiglia*, 2006, p. 609.
- DAVOLI L., *Violazione dei doveri genitoriali e risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 785.
- DE CUPIS A., *Note introduttive agli artt. 343- 389*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI, Padova, 1992, vol. IV, p. 419.
- DE CUPIS A., *Il danno*³, vol. I, Milano, 1979.

DE CUPIS A., *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna, 1971.

DE FILIPPIS B., *Il Nuovo articolo 709-ter c.p.c.*, in *La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra i genitori separati*, a cura di B. DE FILIPPIS, A. MASCIA, A.N. MANZIONE, S. RAMPOLLA, Padova, 2009, p. 213.

DE FILIPPIS B., *Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio²*, Padova, 2007.

DELCONTE R.C., *Il mobbing entra in famiglia?*, in *Fam. dir.*, 2000, p. 475.

DEL GAUDIO M., *Le interferenze illecite nella riservatezza del coniuge*, in *Fam. dir.*, 1994, p. 454.

DE GIORGI M.V., voce “*Il danno: I*”, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1988, vol. X.

DELL’ORO A., *Della tutela dei minori*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979.

DELL’UTRI M., *Funzioni ed efficacia. (Note a margine dell’art. 709-ter c.p.c.)*, in *Giur. merito*, 2008, p. 1593.

DELL’UTRI M., *L’affidamento condiviso nel sistema dei rapporti familiari*, in *Giur. it.*, 2006, pt. II, p. 1549.

DE MARZO G., *La tutela del coniuge e del convivente nella legge 4 aprile 2001, n. 154*, in *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, Milano, 2007, p. 13.

DE MARZO G., *Responsabilità civile e rapporti familiari*, in *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare*, a cura di DE MARZO G., CORTESI C., LIUZZI A., 2007, Milano, p. 677.

DE MARZO G., *Interruzione volontaria di gravidanza, addebito della separazione e responsabilità risarcitoria per lesione del diritto alla paternità*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 200.

DE MARZO G., *L’affidamento condiviso. Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, pt. V, c. 90.

DE MARZO G., *La cassazione e la responsabilità civile nelle relazioni familiari*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 925.

DE MARZO G., *La responsabilità risarcitoria dell’amante verso il coniuge tradito*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1205.

DE MARZO G., *Responsabilità civile nelle relazioni familiari tra esigenze di tutela e categorie formali*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1219.

DE MARZO G., *Responsabilità civile e rapporti familiari*, in *Danno resp.*, 2001, p. 741.

DE MARZO G., *La cassazione e il danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 873.

DE MICHEL R., *Violazione del dovere di fedeltà e separazione personale dei coniugi*, in *Fam. dir.*, 2000, p. 131.

DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, Milano, 1991.

DE STEFANIS R., *Mancato riconoscimento del figlio e risarcimento del danno*, in *Danno resp.*, 2007, p. 576.

DE STEFANIS R., *Padre "assente" e responsabilità verso il figlio. Commento*, in *Danno resp.*, 2005, p. 548.

DI CRISTO R., *Obbligo di mantenimento e regresso nei rapporti tra genitori naturali*, in *Fam, pers. succ.*, 2008, p. 919.

DI FRANCO C., *La responsabilità aquiliana nelle relazioni familiari*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 165.

DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 446.

DI MAJO A., voce "*Responsabilità contrattuale*", in *Dig. disc. priv.*, XVII, Torino, 1998, p. 25.

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja- Branca*, Bologna, 1988.

DI MARZIO M., *Ecco il decalogo del danno esistenziale. Il vademecum firmato dalle sezioni unite. E' la prova che la giurisprudenza sa recepire concetti nuovi*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 23, p. 49.

DI MARZIO M., *Il danno esistenziale? Ormai sdoganato. Sì ai ragionamenti presuntivi per dimostrare il pregiudizio*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 28, p. 14.

DI PINTO S., *Illeciti di dolo*, in *La colpa nella responsabilità civile*, a cura di P. CENDON, vol. I, Torino, 2006, p. 293.

DOGLIOTTI M., *La potestà dei genitori e l'autonomia dei minori*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2007.

DOGLIOTTI M., *Adozione dei minori: presupposti oggettivi e soggettivi*, in *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, a cura di F. RUSCELLO Padova, 2005, p. 69.

DOGLIOTTI M., *La responsabilità civile entra nel diritto di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 61.

DOGLIOTTI M., *La famiglia e l' "altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 164.

DOGLIOTTI M., *Le persone fisiche*, in *Tratt. di diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO, Torino, 1999, vol I, p. 3.

DOGLIOTTI M., *"Diritto a non nascere" e responsabilità civile*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, pt. I, p. 1474.

DOGLIOTTI M., *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1994, vol. VI, tm. 4.

DOGLIOTTI M., *Ancora sulla responsabilità del genitore per il fatto di procreazione e sull'inseminazione artificiale*, in *Giur. merito*, 1991, p. 54.

DOGLIOTTI M., *Sulla responsabilità del genitore per il fatto della procreazione*, in *Giur. it.*, 1978, pt. I, p. 185.

DOGLIOTTI M. e FIGONE G., *I rapporti familiari*, in *La responsabilità civile*, a cura di CENDON P., Torino, 1998, p. 61.

DOSI G., *Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo procedimento di separazione e divorzio*, Milano, 2006.

DOSI G., *Famiglia e risarcimenti arriva la svolta. Sì all'illecito civile se sono lesi diritti fondamentali della persona*, in *Dir. giust.*, 2005, n. 22, p. 12.

DOSI G. e DI BARTOLOMEO C., *Abuso della potestà genitoriale e risarcimento del danno al minore*, in *Fam. dir.*, 1996, p. 489.

EBENE COBELLI C., *Il cammino verso l'uguaglianza tra i coniugi negli Stati Uniti d'America e l'equal rights amendment*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 66.

ELIA M., *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?*, in *Foro it.*, 1951, pt. I, c. 987.

FACCI G., *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 125.

- FACCI G., *I nuovi danni nella famiglia che cambia*², 2009, Lavis (Tn).
- FACCI G., *Infedeltà omosessuale del marito: alla moglie non spetta un risarcimento perché non vi è un danno ingiusto*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 483.
- FACCI G., *L'art. 709 ter c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 1026.
- FACCI G., *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p.204.
- FACCI G., *La responsabilità del genitore per gli illeciti compiuti a danno della prole*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2194.
- FACCI G., *La responsabilità del genitore che sceglie di non riconoscere il figlio e non provvede al suo mantenimento: una sentenza importante*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 932.
- FACCI G., *La rottura della promessa di matrimonio ed il danno lamentato dai genitori della "sposa mancata"*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 477.
- FACCI G., *La rottura della promessa di matrimonio: il motivo (in)giusto ed i danni risarcibili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, pt. I, p. 583.
- FACCI G., *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 581.
- FACCI G., *L'illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 515.
- FACCI G., *Il danno da vita indesiderata*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 254.
- FACCI G., *L'illecito endofamiliare al vaglio della cassazione*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 372.
- FACCI G., *La legittimazione al risarcimento in caso di danno da vita indesiderata*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 325.
- FACCI G., *Il "nuovo danno non patrimoniale" nelle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 304.
- FACCI G., *L'ingiustizia del danno nelle relazioni familiari*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 1241.
- FACCI G., *Il danno aquiliano da adulterio*, in *Resp. civ.*, 2004, p. 53.

FACCI G., *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?* in *Fam. dir.*, 2004, p. 561.

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

FALCONE I., *La rilevanza dei doveri coniugali tra disciplina di settore e regole di responsabilità civile*, in *Giur. civ.*, 2007, pt. II, p. 379.

FANTETTI F.R., *L'illecito del minore e la responsabilità dei genitori*, in *Fam., Pers. Succ.*, 2009, p. 105.

FAROLFI F., *L'art. 709-ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 610.

FAROLFI F., *Violazione dei doveri genitoriali e legittimazione del comune, quale tutore al risarcimento dei danni*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 491.

FASANO A., *Il maltrattamento dei figli: aspetti civili, amministrativi, processuali*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. CENDON, vol. II, Padova, 2004, p. 1195.

FAVA G., *Quando l'affido condiviso non funziona: dalla sanzione all'affido esclusivo con esclusione dell'esercizio della potestà*, in *Giur. merito*, 2008, p. 3133.

FAVA P., *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico*, in *Cor. Giur.*, 2009, p. 525.

FAVA P., *Punitive damages pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 498.

FAVILLI C., *I danni da illecito endofamiliare*, in *I danni non patrimoniali*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2004, p. 369.

FERRANDO G., *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della legge n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 590.

FERRANDO G., *Manuale di diritto di famiglia*, Roma- Bari, 2005.

FERRANDO G., *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in *Persona e danno*, a cura di CENDON P., vol. III, Milano, 2004, p. 2777.

FERRANDO G., *Separazione e divorzio*, 2003, Milano.

FERRANDO G., *Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile*, a cura di A. D'ANGELO, Milano, 1999, p. 209.

FERRANDO G., *La filiazione naturale e la legittimazione*, in *Trattato dir. priv.*, n. 4, *Persone e famiglia*, vol. III, diretto da P. RESCIGNO, 1997, Torino, 2° ed., p. 99.

FERRARA L., *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915.

FERRI L., *Della potestà*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja e Branca*, Bologna- Roma, 1988.

FERRI G.B., *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, pt. I, c. 137.

FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*⁴, Bologna, 2004.

FIGONE A., *In tema di risarcimento del danno ex art. 709-ter c.p.c.*, in *Danno resp.*, 2008, p. 800.

FIGONE A., *Dichiarazione giudiziale di paternità, mantenimento del figlio e rimborso delle spese anticipate dall'altro coniuge*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 506.

FIGONE A., *La legge sulla violenza in famiglia*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 355.

FINOCCHIARO A. e FINOCCHIARO M., *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984.

FINOCCHIARO F., *Matrimonio*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 1993.

FINOCCHIARO G., *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 11, p. 58.

FINOCCHIARO G., *Procedimento ad hoc per le liti sulla potestà*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 11, p. 53.

FINOCCHIARO G., *Ricorso solo con l'assistenza di un legale*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 11, p. 55.

FINOCCHIARO G., *Un giudice garantisce la corretta esecuzione*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 11, p. 64.

FINOCCHIARO M., *Disfavore per l'assegnazione esclusiva*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 11, p. 37.

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, n. 24, p. 49.

FINOCCHIARO M., *La violazione dell’obbligo di assistenza morale dovrebbe trovare maggiore tutela in giudizio*, in *Guida al dir.*, 1998, n. 47, p. 48.

FINOCCHIARO M., *Auspicabile la riforma della disciplina legislativa per eliminare un istituto al passo con i tempi*, in *Guida al dir.*, 2004, n. 1, p. 40.

FINOCCHIARO M., *Impossibile riconoscere il risarcimento se non è peggiorata la qualità della vita*. in *Guida al dir.*, 2004, n. 42, p. 66.

FRACCON A., *Nuovi approdi della responsabilità civile. Anche la cassazione oltrepassa la soglia dei rapporti tra coniugi*, in *Giur. it.*, 2006, pt. I, p. 694.

FRACCON A., *Famiglia e danni endofamiliari*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, a cura di P. CENDON, vol. IV, 2005, Torino, p. 155.

FRACCON A., *La responsabilità civile tra coniugi: questioni generali e singole fattispecie*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. CENDON, Padova, 2004, vol. III, p. 2791.

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

FRACCON A., *I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 367.

FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 5.

FRANZONI M., *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 294.

FRANZONI M., *Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 486.

FRANZONI M., *La chance nella casistica recente*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 446.

FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004.

FRANZONI M., *Il nuovo corso del danno non patrimoniale: un primo bilancio*, in *Resp. civ.*, 2004, p. 9.

FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004.

FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1031.

FRANZONI M., *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 1193.

FRANZONI M., *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1025.

FRANZONI M., *Risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 274.

FRASSINETTI A., *Rappresentanza processuale del genitore e capacità confessoria*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 50.

FRATERNALE A., *L'abbandono dei soggetti deboli: minori e anziani*, in *Tratt. breve dei nuovi danni*, a cura di P. CENDON, vol II, Padova, 2001, p. 953.

FRIGNANI A., voce "*Inibitoria (azione)*", in *Enc. dir.*, Milano, 1971, vol. XXI, p. 559.

FUCCI C., *Se il tradimento possa fondare la pretesa risarcitoria dell'un coniuge nei confronti dell'altro*, *Resp. civ.*, 2007, p. 535.

FURGIUELE G., *Libertà e famiglia*, Milano, 1979.

FUSARO A., *Responsabilità aquiliana nei rapporti tra coniugi e tutela della personalità*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2003, pt. I, p. 292.

GABRIELLI A., *Mantenimento e alimenti: la violazione degli obblighi*, in *Tratt. breve dei nuovi danni*, vol. II, a cura di P. CENDON, Padova, 2001, p. 1382.

GALGANO F., *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 537.

GALGANO F., *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 73.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004.

GALLO P., *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 295.

GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

- GALOPPINI A., *Status coniugale e diritti di libertà*, in *Dir. fam. pers.*, 1975, p. 1534.
- GAMBARO A., voce “*Emulazione*”, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, vol. VII, 1991, Torino, p. 439.
- GAUDINO L., *La responsabilità civile endofamiliare*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1238.
- GAUDINO L., *Il dolo*, in *La responsabilità civile. Agg. 1988-1996*, in *Giur. sist. Dir. civ. comm.*, diretta da G. ALPA e M. BESSONE Torino, 1997, p. 24.
- GAZZARA M., *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*, in *Danno resp.*, 2009, p. 279.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 2004, Napoli.
- GELLI R., *La responsabilità per rottura della promessa di matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. 5.
- GIACOBBE E., *Wrongful life e problematiche connesse*, *Giust. civ.*, 2005, pt. I, p. 136.
- GIACOBBE G., *Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale*, in *Giust. civ.*, 2005, pt. I, p. 730.
- GIACOBBE G. e FREZZA G., *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in *Famiglia e matrimonio*, Tm. II, in *Tratt. dir. fam.*, a cura di P. ZATTI, Milano, 2002, p. 1326.
- GIAMMARIA P., *Cenni sul danno al concepito*, in *Giur. merito*, 1992, p. 337.
- GIARDINA F., *Per un’indagine sulla responsabilità civile nella famiglia*, Pisa, 1999.
- GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993.
- GIAZZI F., *Anche i matrimoni in bianco hanno un costo*, in *Danno resp.*, 2006, p. 37.
- GIORGIANNI M., *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI, 1992, Padova, vol. IV, p. 285.

- GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, Milano, 1968.
- GIORGIANNI M., *Lezioni di diritto civile. Tenute nell'anno accademico 1955-1956*, Varese, 1956.
- GIORGIANNI M., *Problemi attuali di diritto familiare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 772.
- GIUSSANI A., *Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento dei punitive damages: antichi dogmi e nuove realtà*, in *Giur. it.*, 2008, p. 396.
- GLIATTA G., *Il danno da procreazione: i soggetti legittimati a chiedere il risarcimento e la natura della responsabilità del medico*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 845.
- GLIATTA, *Il danno esistenziale, il danno non patrimoniale ed i nuovi aspetti introdotti dalla sentenza della Cass. N. 13546/2006*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 221.
- GORGONI M., *La nascita va accettata senza "beneficio d'inventario"?*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 1349.
- GRASSI S., *Separazione con addebito e risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 215.
- GRAZIOSI A., *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 880.
- GRECO A., *Affido condiviso (L. 54/06) e ipotesi di responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 157.
- GRECO A., *La responsabilità civile nell'affidamento condiviso*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 731.
- GRECO A., *La responsabilità da procreazione*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 129.
- GUGLIELMUCCI V., *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno resp.*, 2007, p. 957.
- JANNARELLI A., *La responsabilità civile*, in *Lineamenti di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Torino, 2002, p. 593.
- JEMOLO A.C., *La famiglia e il diritto*, in *Annuali Univ. Catania*, 1948, pt. II, p. 38.
- IANNACONE M., *Affidamento condiviso e mantenimento della residenza dei figli*, in *Fam dir.*, 2007, p. 1054.

LAMBO L., *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno resp.*, 2008, p. 129.

LAMBO L., *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, 2008.

LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.

LANDINI S., *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 251.

LA ROSA E., *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709-ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 64.

LATTANZI R., *Dovere di fedeltà e responsabilità civile e coniugale*, in *Giur. merito*, 1991, pt. I, p. 758.

LECCESE E., *La lesione della riservatezza tra coniugi*, in *Persona e danno*, a cura di P. CENDON, vol. III, Milano, 2004, p. 2877.

LENA B., *La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. 248.

LENER, *Mero delitto civile la paternità*, in *Foro it.*, 1952, pt. IV, c. 18.

LENTI L., *Famiglia e danno esistenziale*, in *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di P. CENDON e P. ZIVIZ, Milano, 2000, p. 254.

LENTI L., *Sulla collaborazione dei genitori al mantenimento del figlio naturale*, in *Giur. it.*, 1991, pt. I, c. 635.

LEPRE A., *Responsabilità aquiliana e contrattuale: un unico modello giurisprudenziale di responsabilità?*, in *Giur. merito*, 2007, p. 3063.

LIGUORI M., *Il danno morale del terzo millennio: storia, evoluzione e prospettive*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 548.

LISELLA G., *«I diritti dei figli privi di stato»: a proposito di un recente contributo*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 356.

LISERRE A., *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 1692.

LISERRE A., *In tema di danno prenatale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pt. I, p. 97.

LONGO F., *L'art. 709-ter c.p.c.: problemi interpretativi di natura processuale e sostanziale*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 182.

LONGO F., *Famiglia e responsabilità civile: rapporti tra coniugi e danno risarcibile*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 250.

LONGO F., *Transitorietà dello stato di abbandono e danno da sviluppo della personalità del minore*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 26.

LUBELLI V., *Brevi note sul diritto a non nascere*, in *Giur. it.*, 2007, p. 1924.

LUPOI M. A., *Aspetti processuali della normativa sull'affido condiviso*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1063.

MAJELLO U., *Pena privata e responsabilità civile*, in *Le pene private*, Milano, 1985, p. 331.

MAJELLO U., *Della filiazione illegittima e della legittimazione*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna, 1969.

MALZANI F., *La natura e la prova del danno da perdita di chance*, in *Danno resp.*, 2008, p. 779.

MANERA G., *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio*, Sant'Arcangelo di Romagna (Ri), 2007.

MANNA D., *Responsabilità e procreazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 323.

MANTOVANI M., *Fondamenti della filiazione, interesse del minore e nuovi scenari della genitorialità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pt. II, p. 247.

MANTOVANI M., *(Presunta) omossessualità di un genitore, idoneità educativa e rilievo della conflittualità ai fini dell'affidamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pt. I. p. 24.

MANTOVANI M., *I fondamenti della filiazione*, in *Filiazione*, in *Tratt. dir. fam.*, a cura di ZATTI P., Milano, 2002, p. 3.

MARCUCCI V., *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *Nov. dig. it.*, vol. XX, Torino, 1975.

MARINARO G., *I diritti dei figli privi di stato*, Napoli, 1991.

MARINO M., *L'inadeguata discussione parlamentare ha impedito un corretto affido condiviso*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 7, p. 6.

MARTINI A., *In margine ad un orientamento giurisprudenziale sulla violazione degli obblighi coniugali e danno esistenziale*, in *Vita not.*, 2003, pt. I, p. 720.

MARTINO M., *La responsabilità per cattiva amministrazione*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. 286.

MAZZAMUTO S., *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, 2009, Napoli, Tm. II, p. 173.

MAZZONI C.M., *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pt. II, p. 457.

MENGONI L., voce "*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*", in *Enc. dir.*, 1988, vol. XXXIX, p. 1072.

MERELLO S., *I rapporti personali tra genitori e figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 791.

MERELLO S., *Diritto di visita dei figli da parte del genitore separato (o divorziato) residente all'estero*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 171.

MERELLO S., *Decadenza e reintegrazione nella potestà genitoriale*, in *Fam. dir.*, 2002, pag. 52.

MERELLO S., *Ancora sulla nozione di stato di abbandono nell'adozione dei minori*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 622.

MERUZZI G., *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002.

MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.*, a cura di A. CICU e F. MESSINEO, vol. XXI, Milano, 1968.

MESSINETTI D., *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, pt. I, p. 137.

MESSINETTI D., voce "*Personalità (diritti della)*", in *Enc. dir.*, Milano, 1983, vol. XXXIII, p. 355.

MIGLIORATI G., *Il risarcimento danni da violazione dei doveri sponsali*, in *Danno resp.*, 2003, p. 652.

MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, 2006, Torino.

MONATERI P.G., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?Le prospettive di 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. 523.

MONATERI P.G., *Manuale della responsabilità civile*, Torino, 2006.

MONATERI P.G., *Il brontosauo alla resa dei conti? "I will survive"*, in *Danno resp.*, 2002, p. 862.

MONATERI P.G., *"Alle soglie": la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, in *Danno resp.*, 2000, p. 836.

MONATERI P.G., *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi. Il commento*, in *Danno resp.*, 1999, p. 978.

MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di V. SACCO, Torino, 1998.

MONATERI P.G., *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989.

MONCALVO F.A., *L'udienza presidenziale nei procedimenti contenziosi di separazione personale dei coniugi e di divorzio*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 445.

MONCALVO F., *Violazione del «diritto di visita» del genitore non affidatario e risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 420.

MONTECCHIARI T., *Violazione dei doveri familiari e risarcimento del danno*, Napoli, 2008.

MONTECCHIARI T., *La potestà dei genitori*, Milano, 2006.

MONTICELLI L., *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Tratt. della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. CENDON, vol. II, Padova, 2004, p. 369.

MORELLO L., *Art. 143 c.c. e danno esistenziale*, in *Giur. merito*, 2007, p. 987.

MORELLO L., *Responsabilità endofamiliare e separazione giudiziale*, in *Giur. merito*, 2007, p. 987.

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Il danno morale al concepito, ovvero il "già e il non ancora" nella responsabilità civile*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 357.

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 605.

MOSCARINI L.V., *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, in *Familia*, 2005, p. 193.

MOSCATI E., *Fonti legali e fonti "private" delle obbligazioni*, Padova, 1999.

MOSCATI E., voce "*Pena privata*", in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1992, p. 770.

MOSCATI E., *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 511.

MUREDEN E.A., *La responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo conseguente all'invalidità del matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. 48.

MUSY A.M., *Punitive damages e resistenza temeraria in giudizio: regole definizioni e modelli istituzionali a confronto*, in *Danno resp.*, 2000, p. 1125.

MUSATTI, *Ancora sulla responsabilità della procreazione*, in *Foro it.*, 1952, pt. IV, c. 15.

NAPOLITANO L., *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e divorzio*, Torino, 2006.

NARDI S., *Affidamento condiviso e conflittualità tra genitori*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 240.

NATALI L.C. e NATALI P.J., *Crisi coniugale: diritto di visita dei nonni e sua tutelabilità*, in *Corr. Merito*, 2009, p. 506.

NAVARRETTA E., *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, in *Danno resp.*, 2002, p. 865.

NICOLUSSI A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità.*, in *Eur. Dir. priv.*, 2008, p. 929.

NOCCO L., *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, la Cassazione civile fa retromarcia*, in *Danno resp.*, 2006, p. 1239.

OBERTO G., *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 77.

OBERTO G., *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano, 2006.

OMODEI-SALÈ R., *La responsabilità del coniuge per il rifiuto d'intrattenere rapporti sessuali col proprio partner*, in *Resp. civ.*, 2004, p. 825.

ONNIBONI C., *Ammonizione e altre sanzioni al genitore inadempiente: prime applicazioni dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 825.

PACIA R., *Doveri dei genitori e responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 103.

PACIA DEPINGUENTE R., *Presupposti soggettivi degli ordini di protezione e problemi di coordinamento con gli artt. 330 ss. c.c.*, in *Famiglia*, 2004, p. 759.

PACIA DEPINGUENTE R., *Dichiarazione giudiziale di paternità: obbligazioni di mantenimento, rapporti tra genitori e poteri ufficiosi del giudice*, in *Fam. dir.*, 2000, p. 550.

PADALINO C., *Confronto aperto in giurisprudenza per assicurare in tempi rapidi un accordo sulle scelte "strategiche"*, in *Fam. minori*, 2008, n. 3, p. III.

PADALINO C., *Esclusa la finalità punitiva nella decisione sul ristoro del danno arrecato al minore*, in *Fam. minori*, 2008, p. 72.

PADALINO C., *Un procedimento in forma camerale*, in *Fam. minori*, 2008, n. 3, p. XI.

PADALINO C., *L'affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006.

PAESANO G., *Brevi riflessioni su diagnosi prenatale, aborto eugenetico e diritto a nascere sano*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, pt. I, p. 985.

PALADINI M., *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2005.

PALAZZO A., *La filiazione*, in *Tratt., dir. civ. comm.*, Milano, 2007.

PALETTO V., *Nota di commento a Tribunale di Roma 17 settembre 1988*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, p. 559.

PALMERINI E., *"La vita come danno? No..., sì..., dipende"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, pt. I, p. 433.

PALMERINI E., *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, pt. I, p. 210.

PALMERINI E., *Autonomia v. responsabilità nella procreazione: a proposito di caesarians selection e giudici inglesi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 604.

PALMIERI A., *Responsabilità da incidente nucleare: sul ruolo e i limiti dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 1986, pt. IV, c. 134.

PALMIERI A. e PARDOLESI R., *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno resp.*, 1999, p. 980.

PARADISO M., *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, p. 325.

PARADISO M., *I rapporti personali tra i coniugi. Art. 145 -148*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 1990.

PARDOLESI P., *Danni punitivi all'indice?*, in *Danno resp.*, 2007, p. 1126.

PARDOLESI P., *Danni punitivi: frustrazioni da “vorrei, ma non posso”?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 341.

PARDOLESI R., *Rischio radioattivo e danni punitivi nell'esperienza statunitense: il difficile rapporto tra disciplina federale dell'attività nucleare e diritto statale della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1985, pt. IV, c. 142.

PARINI M.M., *Profili di costituzionalità del provvedimento di revoca dell'assegnazione della casa coniugale*, in *Rass. Dir. civ.*, 2009, p. 187.

PARMIGGIANI M.C., *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina*, in *Tratt. della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. CENDON, vol. II, Padova, 2004, p. 299.

PARTISANI R., *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 68.

PARTISANI R., *Mobbing, illeciti di dolo e danno non patrimoniale da contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 266.

PARTISANI R., *Sulla risarcibilità del danno cagionato in violazione dell'obbligo di fedeltà coniugale*, in *Resp. com. imp.*, 2003, p. 87.

PATRONE I., *Obbligo di mantenimento dei figli: contenuto, garanzie, sanzioni*, in *Fam. dir.*, 1996, p. 68.

PATTI S., *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 165.

PATTI S., *La richiesta abusiva di affidamento esclusivo: il risarcimento del danno*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 773.

PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile: un lungo itinerario*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. XXXVII.

PATTI S., *Illeciti familiari: nuove sanzioni?*, in *Pers. fam. succ.*, 2008, p. 294.

PATTI S., *L'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 300.

PATTI S., *Pena privata*, in *Danno e responsabilità civile²*, a cura di F.D. BUSNELLI e S. PATTI, 2003, Torino, p. 235.

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

PATTI S., *Il declino dell'immunity doctrine nei rapporti familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, pt. I, p. 378.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006.

PERLINGIERI P., *L'art. 2059 c.c. uno e bino: un'interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 775.

PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.

PERROT R., *L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 859.

PIGNATARO G., *Effetti della separazione legale*, in *La separazione. Il divorzio*, in *Il dir. fam. nella dottr. e nella giur.*, diretto da G. AUTORINO STANZIONE, Torino, 2005, vol. II, p. 103.

PILLA V., *Separazione e divorzio. I profili di responsabilità²*, Padova, 2007.

PILLA V., *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna, 2006.

PILLA V., *Gli obblighi coniugali e la responsabilità civile*, in *Persona e danno*, a cura di P. CENDON, Milano, 2004, vol. III, p. 2911.

PINNA A., *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 1.

PINO A., *Diritto di famiglia*, 1998, Padova.

PITTALIS M., *La responsabilità per lesione della paternità conseguente all'interruzione della gravidanza*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. 180.

PIZZETTI F.G., *Il danno esistenziale approda in Cassazione*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1352.

POCAR V. e RONFANI R., *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 1998.

POGGI M.E., *Sulla determinazione dell'assegno in sede di divorzio e sulla risarcibilità dei danni non patrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 1973, p. 440.

POLETTI D., *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 76.

PONZANELLI G., *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*, in *Danno resp.*, 2009, p. 94.

PONZANELLI G., *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle sezioni unite*, in *Danno resp.*, 2008, p. 558.

PONZANELLI G., *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, pt. II, p. 25.

PONZANELLI G., *Danni punitivi? No grazie*, in *Foro it.*, 2007, pt. V, c. 1461.

PONZANELLI G., *La lettura costituzionale dell'art. 2059 c.c. esclude il danno esistenziale*, in *Danno resp.*, 2007, p. 316.

PONZANELLI G., *Il danno esistenziale e la corte di cassazione*, in *Danno resp.*, 2006, p. 843.

PONZANELLI G., *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in *Danno resp.*, 2004, p. 5.

PONZANELLI G., *La «costituzionalizzazione» dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, pt. IV, c. 356.

PONZANELLI G., *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della corte di cassazione*, in *Danno resp.*, 2003, p. 829.

PONZANELLI G., *Art. 2059 c.c. tra esame di costituzionalità e valutazione di opportunità*, in *Danno resp.*, 2002, p. 875.

PONZANELLI G., *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno resp.*, 2000, p. 8.

PONZANELLI G., *Responsabilità da prodotto da fumo: il «grande freddo» dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 2000, pt. IV, c. 450.

PONZANELLI G., *Il caso O.J. Simpson tra assoluzione in sede penale e condanna civilistica ai danni punitivi*, in *Foro it.*, 1997, pt. IV, c. 395.

PONZANELLI G., *L'incostituzionalità dei danni punitivi grossly excessive*, in *Foro it.*, 1996, pt. IV, c. 421.

PONZANELLI G., *Non c'è due senza tre: la corte suprema Usa salva ancora i danni punitivi*, in *Foro it.*, 1994, pt. IV, c. 92.

PONZANELLI G., *La responsabilità civile*, Bologna, 1992.

PONZANELLI G., *Punitive damages e due process clause: l'intervento della corte suprema Usa*, in *Foro it.*, 1991, pt. IV, c. 235.

PONZANELLI G., voce "*Pena privata*", in *Enc. giur. Trec.*, Roma, 1990, vol. XXII.

PONZANELLI G., *I punitive damages, il caso texano e il diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, pt. II, p. 405.

PONZANELLI G., *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, 1984, Milano.

PONZANELLI G., *I "Punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 435.

PORRECA P., *La lesione endofamiliare del rapporto parentale come fonte di danno*, in *Giur. it.*, 2005, pt. II, c. 1633.

PRINCIGALLI A.M., *Nascere malfermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 67.

PRINCIGALLI A.M., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, Padova, 2003, vol. IV, p. 477.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno resp.*, 2009, p. 32.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità*

civile”). *Parte I – Ingiustizia, patrimonialità e risarcibilità del danno nel “law in action”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 9.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Il danno ingiusto (Dall’ermeneutica “bipolare” alla teoria generale e “monocentrica” della responsabilità civile)*. *Parte II – Ingiustizia, patrimonialità, non patrimonialità nella teoria del danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 219.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *L’art. 2059 c.c. va in paradiso*, in *Danno resp.*, 2003, p. 831.

PROSPERI F., *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 810.

PROTO PISANI A., *Condanna (e misure coercitive)*, in *Foro it.*, 2007, pt. V, c. 1.

PROTO PISANI A., *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, pt. V, c. 1.

PUGLIATTI S., voce “*Alterum non laedere*”, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 99.

PUGLIESE C.B., *Interesse del minore, potestà dei genitori e poteri del giudice nella nuova disciplina dell’affidamento dei figli (L. 8 febbraio 2006, n. 54)*, in *Famiglia*, 2006, p. 1053.

QUADRI E., *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, p. 395.

QUERCI A., *Responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, in *Danno resp.*, 2007, p. 13.

RAMACCIONI G., *I c.d. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 175.

RAMACCIONI G., *Responsabilità civile e famiglia...un “idillio” che continua*, in *Danno resp.*, 2005, p. 855.

RANZATTO F., *Il maltrattamento dei figli: Profili penali*, in *Tratt. della responsabilità civile e penale in famiglia*, a cura di P. CENDON, vol. II, Padova, 2004, p.1247.

RAVAZZONI A., voce “*Diligenza*”, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XI.

REGGIO F., *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di “diritto a non nascere”*, in *Il filo delle Parche*:

opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico, a cura di F. ZANUSO, Milano, 2009, p. 155.

RENDA A., *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 510.

RESCIGNO P., *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Familia*, 2002, p. 1.

RESCIGNO P., voce "*Personalità (diritti della)*", in *Enc. giur.*, Roma, 1990, vol. XXIII.

RESCIGNO P., voce "*Obbligazioni (Diritto privato. Nozioni generali)*", in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1973, p. 133.

RESCIGNO P., voce "*Nascita*", in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, vol. XI.

RESCIGNO P., *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, pt. I, p. 415.

RESCIGNO P., *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 614.

RICCIO G.M., *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Danno resp.*, 2006, p. 585.

RICCIO G.M., *Famiglia e responsabilità civile*, in *Il matrimonio. I rapporti personali*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, diretto da AUTORINO STANZIONE G., Torino, 2005, p. 385.

RILAMPA O., *Il "diritto di non nascere" e la condizione giuridica del nascituro*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 71.

RIMINI C., *La violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità della famiglia?*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 6.

RIZZO V., *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, p. 797.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, 2004, Milano.

RODOTÀ S., voce "*Diligenza (dir. civ.)*", in *Enc. dir.*, Milano, 1964, vol. XII.

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.

ROMANO M.S., *Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*, in *Danno resp.*, 1997, p. 311.

ROMANO M.S., *Danni punitivi: controllo giudiziale di un rimedio "a rischio"*, in *Foro it.*, 1995, fs. 6, c. 204.

ROMANO M.S., *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli incerti argini costituzionali*, in *Foro it.*, 1990, pt. IV, c. 175.

ROPPO E., voce "Coniugi. I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi", in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, vol. VIII.

ROPPO E., *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981.

ROSSELLO C., *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 642.

ROSSELLO C., *Il danno evitabile*, Padova, 1990.

ROSSELLO C., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *La responsabilità civile*, a cura di G. ALPA e M. BESSONE, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. BIGIAMI, Torino, 1987, vol. I, p. 289.

ROSSELLO C., *Intorno ai rapporti tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Giur. it.*, 1985, pt. IV, p. 201.

ROSSI R., *Nuove vittime del torto endo-familiare: un'apertura a metà*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1907.

ROTONDI M., *Istituzioni di diritto privato*⁸, Milano, 1965.

RUSCELLO F., *Crisi della famiglia e affidamenti familiari; il nuovo art. 155 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 265.

RUSCELLO F., *Funzione dell'addebito e presunto nesso di causalità tra intollerabilità della convivenza e violazione dei doveri coniugali*, in *Vita Notarile*, 2006, p. 591.

RUSCELLO F., *La dinamica coniugale nel farsi e nel disfarsi del legame. Separazione personale e affidamento condiviso della prole*, in *Vita not.*, 2007, p. 57.

RUSCELLO F., *La tutela dei figli nuovo "affido condiviso"*, in *Famiglia*, 2006, p. 625.

RUSCELLO F., *Lineamenti di diritto di famiglia*, Milano, 2005.

RUSCELLO F., *Relazione introduttiva*, in *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, a cura di F. RUSCELLO, Padova, 2005, p. 1.

RUSCELLO F., *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 191.

RUSCELLO F., *Il rapporto coniugale*, in *Famiglia e matrimonio*, vol. I, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI P., Milano, 2002, p. 725.

RUSCELLO F., *La tutela del minore nella crisi coniugale*, Milano, 2002.

RUSCELLO F., *Riservatezza e doveri coniugali*, in *Familia*, 2001, p. 999.

RUSCELLO F., *I rapporti personali fra coniugi*, Milano, 2000.

RUSCELLO F., *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, in *Il Codice civile* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1996.

RUSCELLO F., *L'istruzione tra scuola e famiglia. Tecniche di tutela della persona*, Napoli, 1992.

RUSO R., *Dichiarazione giudiziale di paternità: rimborsi e risarcimenti*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 566.

SACCHETTINI E., *Un ritorno al sistema bipolare evita il rischio di duplicazioni*, in *Guida al dir.*, 2007, n. 19, p. 48.

SACCO R., *Culpa in contraendo, ecc*, in *Riv. Dir. comm.*, 1951, pt. II, p. 86.

SALARIS F., *Il tema di danno ingiusto al nascituro*, *Giur. it.*, 1974, pt. I, p. 1929.

SALVANESCHI L., *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 356.

SALVI C., voce "*Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*", in *Enc. dir.*, Milano, 1988, vol. XXXIX, p. 1186.

SANTORO PASSARELLI F., *Poteri e responsabilità patrimoniale dei coniugi per i bisogni della famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1.

SANTORO PASSARELLI F., *Significato attuale del diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia. Atti del II convegno di Venezia svolto presso la fondazione Cini nei giorni 11 e 12 marzo 1972*, Padova, 1972, p. 9.

SBREZZA AGNELLI A. e SBREZZA AGNELLI S., *Crisi coniugale. Obbligo di mantenimento e accertamento dei redditi*, Milano, 2007.

SCALISI V., *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 147.

SCALISI V., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pt I, p. 283.

SCALISI V., *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 785.

SCALISI V., *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 29.

SCARSO A., *Violazione dei doveri coniugali...prima del matrimonio e estinzione del vincolo coniugale*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 308.

SCHLESINGER P., *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 301.

SCHLESINGER P., *Il governo della famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia. Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la fondazione Cini nei giorni 11 e 12 marzo 1972*, Padova, 1979, p.53.

SCHLESINGER P., *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336.

SCOGNAMIGLIO C., *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 261.

SCOGLIAMIGLIO C., *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2485.

SCOGNAMIGLIO C., *L'ingiustizia del danno (art. 2043)*, in *Illecito e responsabilità civile*, Tomo I, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, Torino, 2005.

SCOGNAMIGLIO C., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 467.

SCOGNAMIGLIO C., *Buona fede e responsabilità civile*, in *Eu. Dir. priv.*, 2001, p. 343.

SCOGNAMIGLIO R., *Appunti sulla nozione di danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 464.

SCOGNAMIGLIO R., voce "Responsabilità civile", in *Novis. Dig. it.*, 1968, vol. XV, p.628.

SCOGNAMIGLIO R., voce "Illecito (diritto vigente)", in *Novis. Dig., it.*, Torino, 1962, vol. VIII, p. 164.

- SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, pt. I, p. 275.
- SEBASTIO G., *La responsabilità civile endo-familiare*, in *I Rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, a cura di TORINO R., Torino, 2004, p. 175.
- SELLA M., *La Cassazione verso il pieno riconoscimento del danno esistenziale...ma a piccoli passi*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 273.
- SESTA M., *L'evoluzione delle relazioni familiari e l'emersione di nuovi danni*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. XXI.
- SESTA M., *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 377.
- SESTA M., *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in cassazione*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 370.
- SESTA M., *Diritto di famiglia²*, Padova, 2005.
- SESTA M., *Genitori e figli tra potestà e responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 219.
- SGANGA C., *Le sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno resp.*, 2009, p. 50.
- SILVESTRI E. e TARUFFO M., *Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, in *Enc. Giur.*, vol. XIII, Milano, 1989.
- SIMONE R., *Procreazione e danno*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, pt. I, p. 1148.
- SIRENA P., *Il risarcimento dei danni cd. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, pt. I, p. 531.
- SIRENA P., *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999.
- SPANGARO A., *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. 76.
- SPOTO G., *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Eu. dir. priv.*, 2007, p. 1129.
- STANZIONE P. e SCIANCALEPORE G., *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006.

- STANZIONE P., voce “*Capacità*”, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, vol. V.
- STANZIONE P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, 1975, Camerino.
- STRAZZUSO G., *I doveri di lealtà, correttezza e solidarietà tra nubendi: una sentenza fondamentale ed esaustiva della S.C.*, in *Il dir. fam. pers.*, 2005, p. 1180.
- TARUFFO M., voce “*Esecuzione forzata. III) Esecuzione forzata e misure coercitive*”, in *Enc. Giur.*, vol. XIII, Milano, 1989, p. 4.
- TARZIA G., *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 800.
- TEDIOLI F., *Art. 709-ter c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, a cura di A. ZACCARIA, 2008, p. 2113.
- TESCIONE F., *Per una concezione unitaria del danno non patrimoniale (anche da contratto) oltre l’art. 2059 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 530.
- THIENE A., *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, pt. I, p. 343.
- TOMARCHIO V., *L’unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2009, p. 318.
- TOMARCHIO V., *Anche la Cassazione esclude il risarcimento dei danni punitivi*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2724.
- TOMMASEO F., *Le nuove norme sull’affidamento condiviso, profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 400.
- TOMMASEO F., *L’interesse dei minori e la nuova legge sull’affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 295.
- TOPPETTI F., *Si consolida il nuovo corso interpretativo dell’art. 2059 c.c.: il nuovo danno latu sensu non patrimoniale prende il posto del danno esistenziale*, in *Giur. di merito*, 2006, p. 598.
- 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, p. 2673.
- TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004.

- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*⁴⁰, Padova, 2004.
- TRABUCCHI A., *Note introduttive agli artt. 147 e 148*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI, PADOVA, 1992, Tomo II, p. 583.
- TRABUCCHI A., *Il figlio, nato o nascituro, inestimabilis res, e non soltanto res extra commercium*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, pt. I, p. 211.
- TRABUCCHI A., *Il governo della famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia. Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la fondazione Cini nei giorni 11 e 12 marzo 1972*, Padova, 1972, p. 41.
- TRABUCCHI A., *Patria potestà ed interventi del giudice*, in *Riv. di dir. civ.*, 1961, pt. I, pag. 277.
- TRIMARCHI P., voce “*Illecito (dir. priv.)*”, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 90.
- UBALDI P., *La filiazione naturale*, in *Filiazione*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, Milano, 2002, p. 262.
- VALIGNANI B., *Una responsabilità per uso illegittimo del cognome dell'ex marito*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. SESTA, Torino, 2008, p. 153.
- VANACORE G., *In dubio pro contractu: la responsabilità civile dal quasi contratto alla sentenza Rordorf del 2007*, in *Resp. Civ.*, 2008, p. 457.
- VASSALLI L., *Diritto pubblico e diritto privato in materia matrimoniale*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1960.
- VENDITTI R., voce “*Actio libera in causa*”, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 533.
- VERCELLONE P., *La potestà dei genitori*, in *Filiazione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di COLLURA, LENTI, MANTOVANI, Milano, 2002, p. 937.
- VERCELLONE P., *Libertà dei minorenni e potestà dei genitori*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 530.
- VETTORI G., *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obblig. Contr.*, 2008, p. 393.
- VETTORI G., *Diritti della persona ed unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 197.

VILLA G., *Danno e risarcimento contrattuale*, in *I rimedi – 2*, in *Tratt. del contratto*, a cura di V. ROPPO, 2006, Milano, p. 753.

VILLA G., *Potestà dei genitori e rapporto con i figli*, in *Il diritto di famiglia*, vol. III, *Filiazione e adozione*, diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, Torino, 2° ed., 2007, p. 301.

VILLA G., *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia*², diretto da G. BONILINI e G. CATTANEO, Torino, 2003, p. 335.

VIOLA L., *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 706.

VIRGADAMO P., *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali ad inviolabilità strutturale e interessi familiari a inviolabilità dinamica*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1894.

VISINTINI G., *Trattato breve dei nuovi danni*³, Padova, 2005.

VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*³, Padova, 2005.

VISINTINI G., voce “*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*”, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991.

VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi ?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1077.

VULLO E., *Competenza e oggetto delle controversie promosse ex art. 709-ter c.p.c.*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 45.

VULLO E., *Art. 2. – Modifiche al codice di procedura civile*, in *Commentario*, a cura di M. MANTOVANI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 226.

VULLO E., *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 727.

ZACCARIA A., *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 28.

ZACCARIA A., *L'infedeltà quanto può costare? Ovvero, è illecito tradire solo per amore?*, in *Studium iuris*, 2000, p. 524.

ZACCARIA A., *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, in *Fam. dir.*, 1997, p. 462.

ZAGNOLI BONILINI P., *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in *I reati contro la famiglia*, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI e M. PAPA, Torino, 2006, p. 247.

ZANASI F.M., *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, Milano, 2008.

ZANETTI VITALI E., *Il principio della giuridicità degli obblighi nascenti dai rapporti familiari*, in *Scritti in memoria di G. Cattaneo*, Milano, 2002, p. 2069.

ZANINI N., *Il maltrattamento dei minori*, in *Tratt. breve dei nuovi danni*, vol. II, a cura di P. CENDON, Padova, 2001, p. 1445.

ZATTI P. e COLUSSI V., *Lineamenti di diritto privato*¹⁰, Padova, 2005.

ZATTI P., *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009.

ZATTI P., *Familia, familiae- Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, p. 9.

ZATTI P., *Familia, familiae- Declinazione di un'idea. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, p. 337.

ZATTI P., *Introduzione*, in *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2002, vol. I. Tm. I, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO e F. RUSCELLO, p. 1.

ZATTI P., *I diritti e doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato 3*, diretto da RESCIGNO P., 1982, p. 5.

ZATTI P., *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. DE CRISTOFARO e A. BELVEDERE, Milano, 1980, p. 189.

ZENO ZENCOVICH V., *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, pt. I, 77.

ZENO ZENCOVICH V., *La responsabilità da procreazione*, in *Giur. it.*, 1986, pt. IV, 113.

ZENO ZENCOVICH V., *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law"*, in *Giur. it.*, 1985, pt. IV, c. 12.

ZINGALES I., *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709-ter c.p.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 404.

ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 94.

ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale nell'area del mutamento*, in *Resp. Civ. prev.*, 2006, p. 235.

ZIVIZ P., *Continua il cammino del danno esistenziale*, in *Resp. civ.*, 2000, p. 930.

Dottrina spagnola

ÁNGEL TORRES MATEOS M., *Patria potestad*, 2007.

ATIENZA NAVARRO M.L., *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nascen sus hijos en el ámbito de la procreación natural*, in *Daños en el derecho de familia*, a cura di DE VERDA Y BEAMONTE J. R e altri, Navarra, 2006, p. 41.

BARRIENTOS ZAMORANO M., *El resarcimiento del daño moral in España e in Europa*, Salamanca, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, *Comentario a la STS de 4 de febrero de 1999*, in *Cuadernos cívitas de jurisprudencia civil*, n 50, 1999, p. 854.

BERROCAL LANZAROT A.L., *Custodia compartida: una alternativa legal en los futuros procesos de separación y divorcio*, in *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, diretto da C. LASARTE, Madrid, 2006, p. 699.

CAMPUZZANO TOMÉ H., *La custodia compartida. Doctrina jurisprudencial de las Audiencias provinciales*, in *Aranzadi civil*, 2005, n. 22, p. 15.

CARRASCO PERERA A., *El precio de la infidelidad*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, n. 666.

CARRIÓN OLMOS S., *Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños*, in *Daños en el derecho de familia*, a cura di DE VERDA Y BEAMONTE J. R e altri, Navarra, 2006, p. 117.

DE ÁNGEL YAGUEZ R., *La responsabilidad civil. Cuestiones previas de delimitación*, in *Tratado de responsabilidad civil*, a cura di I. SIERRA DE LA CUESTA, Barcellona, 2008, tomo II, p. 3.

DE ÁNGEL YÁGUEZ R., *Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad*, in *Revista Derecho y genoma humano*, 1996.

DE ARANZANU NOVALES ALQUEZAR M., *Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el derecho de familia. El ámbito de las*

relaciones personales entre los cónyuges, in *Revista jurídica del notariado*, n. 60, 2006, p. 197.

DE LA MAZA GAZMURI I., *Plegarias atendidas: procreación asistida y wrongful life actions*, in *Daños en el Derecho de familia*, coordinato da DE VERDA Y BEAMONTE J. R e altri, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 75.

DEL CARMEN CASTILLO DE MARTÍNEZ C., *La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio*, in *Actualidad civil*, 2007, n. 15, p. 1738.

DELGADO CORDERO A.M., *Reflexiones sobre la convivencia de la custodia compartida de los hijos menores de edad en los procesos de familia, Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, diretto da C. LASARTE, Madrid, 2006, p. 711.

DE TORRES PEREA J.M., *Interés del menor y derecho de la familia*, Madrid, 2009.

DE VERDA Y BEAMONTE J. R., *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, in www.diariolaley.es, año XXVIII, n. 6676, mercoledì 21 marzo 2007, p. 1.

DÍEZ-PICAZO L. e GULLÓN A., *Sistema de derecho civil*, vol. II, 2000, Madrid.

FARNÓS AMORÓS E., *Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad*, in *Indret*, 2007, n. 4.

FARNÓS AMORÓS E., *El precio del ocultar la paternidad*, in *Indret*, 2005, n. 2.

FERRER RIBA J., *Relaciones familiares y límites del derecho de daños*, in *Indret*, 2001, n. 4, p. 1.

GARCÍA ABURUZA M^a PAZ, *Sobre el régimen de ejecución del artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, in *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num. 20/2004*, 2005, p. 3.

GÓMEZ POMAR F., *Daño moral*, in *Indret*, 2000, n. 1.

GUILARTE MARTÍN-CALERO C., *La custodia compartida alternativa*, in *Indret*, 2008, n. 2, p. 1

IVARS RUIZ J., *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 2008.

- LASARTE ÁLVAREZ C., *Derecho de familia*⁷, Madrid, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ C., *Principios de derecho civil*, tm. I, Madrid - Barcellona, 2002.
- LEÓN GONZÁLES M., *La indemnization de artículo 98 del Código civil (Comentario a la Sentencia de 10 marzo de 1992)*, in *Anuario de derecho civil*, 1993, tm. II, p. 970.
- LAMAS POMBO E., *Comentario a la sentencia de 25 de abril de 1994*, in *Cuadernos cívitas de jurisprudencia civil*, n. 36, 1994, p. 1011.
- LAMAS POMBO, *Editorial: Responsabilidad, infidelidad y paternidad*, in *Revista Práctica de Responsabilidad Civil y Seguros*, n. 25, marzo 2005, pp. 3.
- MACÍA MORILLO A., *Los problemas planteados por las acciones de "procreación irresponsable" desde el punto de vista de la responsabilidad civil y del derecho de familia*, in *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, diretto da C. LASARTE, Madrid, 2006, p. 609.
- MACÍA MORILLO A., *La responsabilidad medica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Valencia, 2005.
- MANNSDORFER T.M., *Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, wrongful life y tendencias. Especial atención al derecho suizo*, in *Revista de derecho y genoma humano*, 2001, n. 93.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO M.T., *Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del regime de visitas*, in *Daños en el derecho de familia*, a cura di DE VERDA Y BEAMONTE J. R e altri, Navarra, 2006, p. 179.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO M.T., *Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relations conyugales*, in *Daños en el derecho de familia*, a cura di DE VERDA Y BEAMONTE J. R e altri, Navarra, 2006, p. 147.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO M.T., *¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?*, in *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales* núm. 15/2004, Pamplona, p. 1.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO M.T., *Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales*, in *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006-1, n. 16, p. 145.

MARTÍN CASALS M. e SOLÉ FELIU J., *Comentario a la STS de 7 de junio de 2002*, in *Cuadernos cívitas de jurisprudencia civil*, n. 60, 2002, p. 1101.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE C., *El derecho de visitas en la reciente praxis sudicia*, in *Aranzadi Civil*, vol. I (Estudio), 1994, (in www.westlaw.es).

MEDINA G., *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires.

PÉREZ MAYOR A., *Revolución en el derecho de familia: indemnización por daño moral*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, n. 766.

PIZARRO WILSON C., *Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial*, in *Daños en el Derecho de familia*, coordinato da DE VERDA Y BEAMONTE J. R e altri, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 101.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE F., *Breves notas sobre la guarda y el ejercicio, Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, diretto da C. LASARTE, Madrid, 2006, p. 731.

REYES LÓPEZ M.J., *El resarcimiento derivado de la declaración de nulidad matrimonial*, in *Daños en el Derecho de familia*, coordinato da DE VERDA Y BEAMONTE J.R e altri, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 203.

ROCA TRIAS E., *La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, in *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, a cura di MORENO MARTÍNEZ J.A., Madrid, 2000.

RODRIGUEZ GUITIÁN A.M., *Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de una pareja de hecho*, in *Revista de Derecho Patrimonial*, 2003, n. 10, p. 65.

ROMERO COLOMA A.M., *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de responsabilidad civil*, Barcellona, 2009.

J. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *La indemnización por nulidad de matrimonio*, in *Aranzadi Civil*, vol. III (Estudio), 1993, p. 2, in www.westlaw.es.

SALVADOR CODERCH P., RAMOS GONZALEZ S. e LUNA YERGA A., *Un ojo de la cara*, in *Indret*, 2000, n. 3.

SALVADOR CODERCH P e RUIZ GARCIA J.A., *Comentari a l'art. 1 del Codi de Família*, in *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'Unions*

estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua, diretto da FERNANDEZ J.E. e FERRER RIBA J., Madrid, 2000.

SEIJAS QUINTANA J.A., *Responsabilidad civil. Principios y fundamentos*, in *Responsabilidad civil*, a cura di J.A. SEIJAS QUINTANA, Madrid, 2007, p. 17

SERRANO ALONSO E., *Art. 154 código civil*, in *Commentario del Código Civil*, a cura di I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2006, Barcellona, vol. 2, p. 443.

SERRANO TÁRRAGA M.D., *El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos y el delito de violencia doméstica*, in *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, diretto da C. LASARTE, Madrid, 2006, p. 641.

SERRANO MOLINA A., *La guarda compartida ¿ una regulación necesaria?*, in *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, diretto da C. LASARTE, Madrid, 2006, p. 735.

SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO M., *Guarda y custodia compartida: de su negación jurisprudencial a su admisión en el proyecto de la ley de modificación del código civil en materia de separación y divorcio*, in *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, diretto da C. LASARTE, Madrid, 2006, p. 719.

UREÑA MARTINEZ M., *Comentario a la sentencia de 6 de junio de 1997*, in *Cuadernos Cívitas de jurisprudencia civil*, 1997, n. 45, p. 1110.

VICENTE DOMINGO E., *El daño*, in *Tratado de responsabilidad civil*, coordinatore L.F. REGLERO CAMPOS, Tomo I, 2008, p. 301.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de familia y de la persona*, vol III, *Familia*, Barcellona, 2007.