

FAMIGLIA E RESPONSABILITÀ

FAMILY AND CIVIL LIABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 145-172.

Fecha entrega: 02/07/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

Dra. ANNA BIZZARRO
Dottore di ricerca in diritto civile
Università degli Studi del Sannio
anna.bizzarro@yahoo.it

RIASSUNTO: Il lavoro ripercorre la strada che ha condotto all'ingresso della responsabilità civile nella famiglia. Pienamente condivisibile è il potenziamento della tutela della persona nella formazione sociale-famiglia, tesa a garantire la piena realizzazione dell'individuo. Occorre, però, riflettere sulla possibilità di ricondurre, in talune ipotesi, la lesione di un interesse non patrimoniale ad un inadempimento contrattuale, confinando la fattispecie nel solco della responsabilità contrattuale.

PAROLE CHIAVE: famiglia, responsabilità, illecito endofamiliare.

ABSTRACT: The work traces the path that led to the development of civil liability in family law. On one hand, it seems to share the idea of strengthening the protection of the person in familiar group; on the other hand, it focuses on the opportunity of leading, under certain circumstances, the affection of non-pecuniary familiar interests to the breach of contract.

KEY WORDS: family, civil liability, intrafamily tort.

SOMMARIO: I. PREMESSA.- II. IL DIFFICILE CAMMINO VERSO L’AFFERMAZIONE DELL’ILLECITO ENDOFAMILIARE. RAGIONI A SOSTEGNO DEL RIFIUTO A PROSPETTARE IL BINOMIO FAMIGLIA–RESPONSABILITÀ. – III. L’EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA PONE LE BASI PER IL RICONOSCIMENTO DELL’ILLECITO ENDOFAMILIARE. – IV. LA CASSAZIONE RICONOSCE L’ILLECITO ENDOFAMILIARE. – V. LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE NELLA COMPAGINE FAMILIARE. – VI. RILIEVI CONCLUSIVI.

I. PREMESSA.

Il binomio famiglia-responsabilità civile “sembra il frutto di qualche svista, di un errore di stampa. Una contraddizione in termini, una sorta di ossimoro”¹. La materia, tuttavia, è oggetto, da più di un ventennio, di un vivace dibattito giurisprudenziale, frutto anche delle sollecitazioni della dottrina, la quale ha rifiutato l’idea che tale formazione sociale sia ‘immune’ a condanne risarcitorie per eventuali illeciti perpetrati da un membro della famiglia nei confronti di un altro².

Il problema si è posto, infatti, per gli illeciti c.dd. endofamiliari, ossia consumati all’interno della famiglia da un suo componente³. Nell’ambito di

¹ Così, CENDON P., nell’introduzione del lavoro di CASSANO G., *Rapporti familiari responsabilità civile e danno esistenziale*, Padova, 2006.

² Sul punto, fondamentali i lavori di PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984 e di MOROZZO DELLA ROCCA P., *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 605.

³ Il problema si è posto, naturalmente, per la sola applicabilità dell’ art. 2043 c.c., posta l’acclarata risarcibilità nelle ipotesi espressamente disciplinate. Si pensi, a titolo esemplificativo, al risarcimento del danno previsto nell’ipotesi di rottura ingiustificata della promessa di matrimonio (art. 81 c.c.); al risarcimento del danno subito per l’invalidità del matrimonio, imputabile al coniuge in mala fede (art. 129 *bis* c.c.); all’art. 709 *ter* c.p.c. che prescrive la risarcibilità del danno a favore del figlio o del genitore incolpevole nelle ipotesi di “di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell’affidamento”. Si ricorda che con riferimento all’art. 81 c.c., a fronte di chi propugna la natura extracontrattuale della responsabilità in oggetto (TATARANO G., *Rapporti tra promessa di matrimonio e dovere di correttezza*, *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 649; FINOCCHIARO F., *Del matrimonio*, *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna, 1971, p. 72; LILLO P., *Aspetti giuridici e sociali della promessa di matrimonio*, *Dir. fam.*, 1990, p. 291), altri configurano una responsabilità precontrattuale, per recesso improvviso e ingiustificato dai preparativi (in dottrina cfr. AULETTA T., *Il diritto di famiglia*, Torino, 2002, p. 25. In giurisprudenza v. Pret. Milano, 2 dicembre 1999, *Giur. milanese*, 2000, p. 103). Altri ancora parlano di “redistribuzione equitativa delle conseguenze patrimoniali relative alla rottura del fidanzamento” (PARADISO M., *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 19).

questa figura è possibile scorgere fattispecie disomogenee⁴ ma accomunate dalla circostanza che il danneggiante e il danneggiato sono legati da un rapporto familiare o, talvolta, anche solo “para-familiare”⁵, già prima del compimento dell’illecito. Si pensi alle differenti ipotesi di danno tra coniugi o tra genitori e figli⁶.

Il primo caso nel quale è stata accolta la richiesta di risarcimento del danno per illecito endofamiliare risale agli anni ‘cinquanta⁷. Un ragazzo chiedeva il risarcimento ai genitori i quali, affetti da sifilide e informati sul rischio di contagiare il feto, avevano trascurato tale rischio trasmettendo la malattia al figlio. Il Tribunale accoglieva la domanda, attirando così le critiche della dottrina, posta anche la condivisibile preoccupazione di ammettere il danno da procreazione⁸. Di là dalle numerose implicazioni e sollecitazioni della pronuncia in oggetto, la stessa è il primo segnale di un profondo cambiamento – anche culturale – che, attraverso un lento e tortuoso

⁴ Posta la disomogeneità delle differenti ipotesi oggetto di pronunce giurisprudenziali, parte della dottrina manifesta perplessità circa la configurabilità di un’unica e ampia categoria definita quale illecito “endofamiliare”. Così BASINI G.F., *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno “endofamiliare” tra coniugi*, *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 92 ss.

⁵ Cfr. BASINI G.F., *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno “endofamiliare” tra coniugi*, cit., nota 7, il quale, con riferimento alla possibilità che l’illecito sia posto in essere anche nel contesto di rapporti ‘parafamiliari’ rinvia “ai casi in cui l’illecito sia compiuto contro il figlio naturale, dal genitore che mai lo ha introdotto nella propria famiglia, o a casi in cui l’illecito corra tra genitori non legati dal matrimonio, e neppure da una convivenza *more uxorio*. In questi casi, è chiaro che gli attori della vicenda risarcitoria non fanno parte della stessa comunità, o, se si vuole, della stessa istituzione familiare”.

⁶ Sul punto cfr. PILLA V., *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna, 2006, p. 203, che – dopo aver tracciato la distinzione tra l’addebito della separazione e la responsabilità aquiliana, chiarendo che il “primo si proietta verso il futuro ed ha lo scopo di determinare, escludendo il diritto al mantenimento, l’ammontare dell’assegno di separazione; la seconda, invece, guarda al passato ed ha come obiettivo l’accertamento di un eventuale danno da risarcire” – specifica che “risulterebbe parimenti erronea l’applicazione indistinta e comune di regole risarcitorie tanto per la violazione dei doveri endofamiliari tra coniugi, quanto per la violazione di doveri endofamiliari tra genitori e figli”.

⁷ Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, *Foro it.*, 1952, IV, c. 11, con nota di COFANO R., *Intangibile la libertà sessuale? La questione dell’illecito c.d. endofamiliare* si era posta all’attenzione della Cassazione già nel 1921 (Cass. Roma, 27 maggio 1921, *ivi*, 1921, I, p. 778) là dove – profilatosi un ingiustificato abbandono della casa coniugale da parte della moglie – il marito avanzava pretesa del risarcimento dei danni subiti a seguito del comportamento illecito della donna. La suddetta pretesa veniva respinta, posta l’esistenza di un apparato sanzionatorio speciale, tale da escludere il ricorso al rimedio generale della responsabilità aquiliana. Quest’argomentazione, come si avrà modo di approfondire, sarà più volte invocata per escludere il ricorso all’art. 2043 c.c. in materia di violazione degli obblighi coniugali e dei genitori nei confronti della prole.

⁸ Cfr. RESCIGNO P., *Il danno da procreazione*, *Riv. dir. civ.*, 1956, p. 614, ora ID., *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Milano, 2006, p. 49 ss.; CASELLA A.P., *Ancora sul diritto dell’eredoluetico al risarcimento dei danni da parte dei genitori*, *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 338; LENER R., *Mero diritto civile la paternità?*, *Foro it.*, 1952, c. 12.

cammino, condurrà al riconoscimento dell'illecito endofamiliare, scardinando la convinzione che la famiglia sia un porto sicuro, 'dispensato' dalle ingerenze esterne.

II. IL DIFFICILE CAMMINO VERSO L'AFFERMAZIONE DELL'ILLECITO ENDOFAMILIARE. RAGIONI A SOSTEGNO DEL RIFIUTO A PROSPETTARE IL BINOMIO FAMIGLIA-RESPONSABILITÀ.

L'affermazione dell'illecito endofamiliare, come evidenziato, è una 'conquista' piuttosto recente⁹, influenzata, tra l'altro, dai palpabili e 'frenetici' mutamenti che hanno caratterizzato il settore della responsabilità civile¹⁰. Non sono poche le remore manifestate nel configurare la responsabilità da illecito all'interno della formazione sociale - famiglia, dipinta dai più quale oasi felice, immune da interventi 'correttivi' esterni. L'intervento del giudice appariva quale possibile moltiplicatore delle conflittualità e la ritrosia a consentire l'intromissione di terzi poggiava su costumi sociali radicati nella nostra cultura e tali da considerare la soluzione delle problematiche appannaggio esclusivo dei membri della famiglia¹¹.

⁹ Significative le parole di PALADINI M., *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2005, ss.: "il binomio famiglia-responsabilità può essere considerato un approdo interpretativo e sistematico relativamente recente nella giurisprudenza italiana, che solo da pochi anni pare essersi emancipata dall'idea che le relazioni familiari e, in particolare, le condotte poste in essere in violazione degli obblighi coniugali e genitoriali possano restare immuni da valutazioni giuridiche compiute sul piano dell'ingiustizia del danno e della necessità di garantire l'adeguato ristoro ai pregiudizi della personalità dei singoli componenti della famiglia". Del resto, una consolidata posizione qualificava il diritto di famiglia quale sistema chiuso, alla stregua di "un'isola soltanto lambita dal mare del diritto" (JEMOLO A.C., *La famiglia e il diritto*, *Annuali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1948-1949, p. 40).

¹⁰ Rimarca l'incidenza dei mutamenti della responsabilità civile sull'evoluzione dell'illecito endofamiliare: FACCI G., *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004, p. 4 ss.; NICOLUSSI A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 929, sottolinea che la famiglia è "investita dall'onda lunga dell'istituto giuridico più utilizzato nel nostro tempo. Non c'è settore del diritto privato infatti che la responsabilità civile non abbia invaso: dal settore del possesso, dell'arricchimento, del contratto, della pubblicità immobiliare, della concorrenza, dell'inizio della vita (responsabilità per *wrongful life*) e della fine di essa (il c.d. danno biologico da morte); per non parlare della formula magica danno esistenziale con la quale ogni giudizio di responsabilità sembra possibile. Di fronte a questa espansione della responsabilità, la lotta per il diritto negli ultimi decenni si è rivelata viepiù come una volta proprio a salvaguardare *le frontiere nobili della responsabilità* e a evitarne la tracimazione indiscriminata in ambiti già disciplinati da regole proprie". Per ulteriori approfondimenti in tema di evoluzione del tema della responsabilità civile, si rinvia alle note: 18, 19, 20, 21, 22.

¹¹ La dottrina spiegava la resistenza al riconoscimento dell'illecito endofamiliare con ragioni di ordine sociale, tra le quali la convinzione radicata che la famiglia goda di ampi spazi di immunità. Sul punto cfr.: PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 51 ss. L'Autore, in

Ulteriore motivazione addotta per negare l'applicazione della responsabilità civile alla materia del diritto di famiglia era la necessità di conformarsi al criterio di specialità, in virtù del quale prevale la normativa dettata per uno specifico settore. In altre parole, gli strumenti utilizzabili nelle ipotesi di violazione dei doveri familiari erano individuati unicamente in quelli tipici previsti dal legislatore per regolamentare i rapporti tra i coniugi e tra genitori e figli. Si escludeva, pertanto, anche il cumulo di rimedi e, dunque, il ricorso alla disciplina della responsabilità civile¹².

Di tutta evidenza è l'errore metodologico di tale impostazione, giacché, nella fattispecie oggetto di analisi, non si pone un problema di conflitto tra norme, che spiegherebbe il rinvio operato al criterio di specialità¹³. Quest'ultimo, infatti, ha ragion d'essere nella misura nella quale al cospetto di due regole antinomiche occorra determinare quale delle due si applichi. Là dove, invece, la presenza di norme speciali non ostacoli il ricorso anche a regole generali,

particolare, sottolinea la diversità di ragioni che hanno impedito, per anni, l'ingresso della responsabilità civile nell'ambito della famiglia, rispettivamente nei sistemi di *common law* e di *civil law*. Nei primi la ragione dell'immunità – della quale godeva il marito per gli illeciti perpetrati nei confronti della moglie – si fondava sulle conformi e reiterate pronunce giurisprudenziali, ispirate alla dottrina della *unity of persons*, in virtù della quale il matrimonio fa sì che i coniugi diventino una sola persona, da identificarsi nel marito. In Inghilterra, soltanto con l'intervento del legislatore [*Law Reform Act (Husband and Wife) Act 1962*] i coniugi furono autorizzati ad agire nei confronti dell'altro per ottenere il risarcimento del danno “come se essi non fossero sposati” (PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 61 ss.). Diversamente, nei sistemi di *civil law*, sono i ‘costumi’ e non la giurisprudenza a portare alla convinzione che “le questioni economiche tra i coniugi uniti non si risolvano davanti al giudice” (PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 67). La responsabilità civile, per l'effetto, ‘entrava’ nella famiglia soltanto quando la stessa si trovava nell'area del ‘patologico’, ossia quando i coniugi erano separati.

¹² Cfr. Cass., 27 maggio 1921, *Foro it.*, 1921, c. 778, che motiva l'impossibilità del ricorso all'art. 2043 c.c. sul presupposto che la separazione avesse carattere sanzionatorio e, per l'effetto, non fosse cumulabile con il rimedio risarcitorio. In particolare, nella pronuncia si legge che: “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”. In dottrina, si mostrano contrari al cumulo dei rimedi, posta la necessità di evitare che il soggetto autore del comportamento lesivo sia ‘condannato’ due volte per la stessa condotta: DOGLIOTTI M. e FIGONE A., *I rapporti familiari*, in CENDON P. (a cura di), *La responsabilità civile*, VIII, Torino, 1998, p. 68; ZACCARIA A., *L'infedeltà: quanto può costare? Ovvero, è lecito tradire solo per amore*, Studium Iuris, 2000, p. 526 s.; FINOCCHIARO M., *La ricerca di tutela per la parte più debole non può “generare” diritti al di là della legge*, *Guida dir.*, 2002, p. 52; CASTAGNARO O.B., *Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali*, *Giur. it.*, 2002, p. 2292, che espressamente parla di deroga all'art. 2043 c.c. ad opera delle sanzioni speciali previste in tema di diritto di famiglia.

¹³ Sui criteri di risoluzione del conflitto tra regole, cfr. CELOTTO A., *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in MODUGNO F., *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000, p. 133 ss.; PERLINGIERI P. e FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 22 s.

non trova riscontro il principio secondo il quale *lex specialis derogat legi generali*. Ne deriva, ad esempio, che l'applicazione di una regola quale, *ante* riforma del 1975, la previsione della violazione dei doveri coniugali come causa tipica e tassativa che legittimava il coniuge incolpevole a presentare istanza di separazione non era antinomica rispetto all'articolo 2043 c.c. Di là dalla possibilità di domandare la separazione a seguito della violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, infatti, non si rinvenivano ragioni ostative che escludessero il ricorso anche al sistema della responsabilità civile, salva la sussistenza dei requisiti espressamente richiamati nell'art. 2043 c.c.

In una visione sistematica, che tenga conto della complessità dell'ordinamento giuridico, infatti, è ben possibile il ricorso a più rimedi, nei limiti dei quali, posta la specialità della materia, non si prospetti una concreta incompatibilità tra uno strumento rimediale e l'altro¹⁴.

La tendenza, con specifico riferimento al rapporto di coniugio, era, invece, anche dopo la riforma del 1975, verso la rilevanza dei comportamenti lesivi della personalità – rispettivamente del marito o della moglie – soltanto nella fase patologica del rapporto, ai fini dell'addebito della separazione. Un eventuale tradimento, ad esempio, perpetrato nei confronti del coniuge – nei limiti nei quali fosse la causa determinante della crisi del matrimonio¹⁵ –

¹⁴ Ciò che occorre rimarcare è la necessità di operare una lettura delle norme non frammentaria ed isolata ma 'sistematica'. Cfr., BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 76, che esclude la 'solitudine' della norma e ne proclama la collocazione all'interno dell'ordinamento; LAZZARO G., *L'interpretazione sistematica*, Torino, 1965, p. 127 ss.; PERLINGIERI P., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.; anche in *Scuole tendenze e metodi, Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 273 ss.; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, *Rass. dir. civ.*, 2005, *passim*; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 580 ss., dove si afferma che "l'interpretazione è per definizione logico-sistematica e teleologico-assiologica, cioè finalizzata all'attuazione dei valori costituzionali".

¹⁵ L'inosservanza dell'obbligo di fedeltà, ancorà oggi, può dar luogo, innanzitutto, all'addebito della separazione, nei limiti nei quali, però, sia dimostrata la sua efficacia causale nel rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza. Ne deriva che l'obbligo di provare la condotta infedele graverà sul coniuge offeso dalla stessa. Cfr., sul punto, Cass., 14 febbraio 2012, n. 2059, *Corr. giur.*, 2012, p. 645, con nota di DE MARZO G., *Domanda di addebito e distribuzione degli oneri probatori*.

Giova anche precisare che l'addebito non è giustificato se l'obbligo di fedeltà risulti disatteso dopo il verificarsi di una situazione di intollerabilità della convivenza. Così: Cass., 20 aprile 2011, n. 9074, *CED on line*, secondo la quale: "In tema di separazione tra coniugi, la reiterata inosservanza da parte di entrambi dell'obbligo di reciproca fedeltà non costituisce circostanza sufficiente a giustificare l'addebito della separazione in capo all'uno o all'altro o ad entrambi, quando sia sopravvenuta in un contesto di disgregazione della comunione spirituale e materiale quale rispondente al dettato normativo e al comune

poteva sfociare soltanto nell'addebito stesso, non rilevando eventuali danni non patrimoniali subiti dal membro della coppia tradito. Si è, infatti, autorevolmente sostenuto che “se non c'è crisi, nell'ambito del singolo nucleo familiare, il diritto è sostanzialmente inoperante, perché la famiglia, al di là ed a prescindere dalla normativa giuridica, troverà da se stessa, giorno per giorno, le regole più idonee per organizzare la propria vita e operare le proprie scelte”¹⁶.

Nell'attuale sistema, inoltre, – una volta accantonata la funzione sanzionatoria della separazione – la giurisprudenza ha motivato l'impossibilità di utilizzare la clausola generale *ex art. 2043 c.c.* sul presupposto che nel caso di addebito della separazione manchi la lesione di una posizione soggettiva attiva tutelata come diritto perfetto, venendo meno l'ingiustizia quale elemento strutturale dell'illecito aquiliano¹⁷. Tale affermazione è oggi facilmente confutabile, posto il superamento della lettura restrittiva della clausola contenuta nell'art. 2043 c.c., in virtù della quale si reputava ingiusto soltanto il danno derivante dalla lesione del diritto soggettivo. È noto, infatti, che le strette maglie entro le quali era compreso l'art. 2043 c.c. si sono via via allargate, fino a comprendere non soltanto i diritti soggettivi assoluti, ma anche quelli relativi¹⁸. Successivamente, si è affermata la risarcibilità: 1) delle lesioni alle aspettative del familiare¹⁹; 2) dei danni per perdita di *chance*²⁰; 3) della lesione del possesso²¹.

Particolarmente importante è stata, inoltre, la nota pronuncia della Cassazione a Sezione Unite n. 500 del 99²², che ha consacrato la risarcibilità per lesione degli interessi legittimi, sia pretensivi, sia oppositivi.

sentire, in una situazione stabilizzata di reciproca sostanziale autonomia di vita, non caratterizzata da “*affectio coniugalis*”²³.

¹⁶ Così FERRI G.B., *La persona nella vita associata*, in STANZIONE P. (a cura di), *Persona e comunità familiare*, Napoli, 1985, p. 30.

¹⁷ Sul punto v. Cass., 22 marzo 1993, n. 3367, *CED on line*, secondo la quale: “La tutela risarcitoria *ex art. 2043 cod. civ.* non può essere invocata per la mancanza di un danno ingiusto, che presuppone la lesione di una posizione soggettiva attiva tutelata come diritto perfetto. Ora, l'addebito della separazione ad un coniuge comporta solo gli effetti previsti dalla legge, ma non realizza la violazione di un diritto dell'altro coniuge”.

¹⁸ Cfr. Cass. Sez. un., 16 gennaio 1971, n. 174, *Resp. civ. prev.*, 1971, p. 67. Sul punto si veda, per tutti: BUSNELLI F.D., *Illecito civile*, *Enc. dir.* Treccani, XV, Roma, 1989, p. 11 ss.

¹⁹ V. Cass., 25 giugno 1981, n. 4137, *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2213; Cass. Sez. un., 6 dicembre 1982, n. 6651, *Giur. it.*, 1984, c. 150.

²⁰ Cfr. Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506, *Giur. it.*, 1986, c. 669; Cass., 13 giugno 1991, n. 6657, *Riv. giur. lav.*, 1991, p. 424.

²¹ Cass., 28 febbraio 1989, n. 1093, *CED on line*.

²² Cass. Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Giust. civ.*, 1999, p. 2261. La sentenza è apprezzabile sia per la lettura ampia che offre dell'art. 2043 c.c., sia per aver contribuito al condivisibile superamento della astratta e rigida categoria del diritto soggettivo, al fine di una più adeguata tutela di qualsiasi situazione soggettiva meritevole alla luce dell'ordinamento e dei

La Corte ha affermato l'irrilevanza, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana in capo all'autore di un fatto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, della qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto danneggiato. Secondo le Sezioni unite è ingiusto non soltanto il danno causato dalla lesione di un mero diritto soggettivo, ma tutti quelli in riferimento ai quali l'ordinamento non può consentire che rimangano a carico della vittima, ma che vanno trasferiti sul danneggiante, poiché lesivi di un interesse giuridicamente rilevante, alla luce del principio di solidarietà, desumibile dagli artt. 2 e 41, comma 2, cost.

Tale pronuncia è particolarmente significativa ai fini che ci occupano perché scardina, definitivamente, la tesi della risarcibilità dei soli 'diritti perfetti', ponendo l'attenzione non alla qualifica formale della situazione giuridica, ma alla meritevolezza dell'interesse da tutelare.

Altra giurisprudenza ha, altresì, escluso l'applicabilità del rimedio *ex art. 2043 c.c.* al diritto di famiglia con un'argomentazione che appare contraddittoria²³. In particolare, si è affermato che dalla separazione personale dei coniugi possa sorgere, relativamente al profilo economico, soltanto il diritto ad un assegno di mantenimento, là dove ne ricorrano le circostanze previste dalla legge. Tale diritto escluderebbe la possibilità di chiedere – seppure in presenza di addebito – anche il risarcimento dei danni derivanti dalla separazione stessa. La Cassazione non esclude che l'addebito del fallimento del matrimonio soltanto ad uno dei coniugi possa acquisire i caratteri della colpa ma afferma che “costituendo la separazione personale un diritto inquadrabile tra quelli che garantiscono la libertà della persona (cioè un bene di altissima rilevanza costituzionale) ed avendone il legislatore specificato analiticamente le conseguenze nella disciplina del diritto di famiglia (cioè nella sede sua propria), deve escludersi – proprio in omaggio al principio secondo cui “*inclusio unius, exclusio alterius*” – che a tali conseguenze si possano aggiungere anche quelle proprie della responsabilità aquilana *ex art. 2043 c.c.*”.

suoi valori. Si veda sul punto: FEDERICO A., *L'uso delle categorie giuridiche da parte del costituente: diritti soggettivi e interessi legittimi*, in *Tutela dei diritti e “sistema” ordinamentale*, Napoli, 2012, p. 46; PERLINGIERI P., *Profili di diritto civile*, 3ª ed., Napoli, 1994, p. 98. L'Autore rileva che la crisi del diritto soggettivo è frutto del superamento dell'impostazione che vede lo stesso quale espressione soltanto di un interesse individuale ed egoistico e della conseguente affermazione della complessità delle situazioni soggettive. La “complessità delle situazioni soggettive – per la quale in ogni situazione sono presenti momenti di potere e di dovere, sì che la distinzione tra situazioni attive e passive non va intesa in senso assoluto – esprime la configurazione solidaristica del nostro ordinamento costituzionale”.

²³ Cass., 6 aprile 1993, n. 4108, *CED on line*.

L'incongruenza della motivazione appare evidente nella misura nella quale, come già sottolineato da autorevole dottrina, i diritti fondamentali della persona non possano essere sacrificati nella formazione sociale-famiglia, all'interno della quale, piuttosto, i medesimi diritti dovrebbero trovare una concreta realizzazione²⁴. Si evidenzia, infatti, che "la famiglia è valore costituzionalmente garantito condizionatamente alla sua conformità e comunque alla sua non contrarietà ai valori caratterizzanti i rapporti civili ed in particolare al rispetto della dignità umana"²⁵. L'art. 2 cost., pone, invero, al centro dell'ordinamento la persona umana, sia come singolo, sia nel suo aspetto relazionale²⁶. Le formazioni sociali sono così strumentali alla piena realizzazione della persona e giammai possono costituire un deterrente alla tutela dei suoi diritti fondamentali²⁷. In caso contrario, si assisterebbe all'inaccettabile paradosso che a fronte dello stesso illecito compiuto all'esterno della famiglia si garantirebbe un'adeguata tutela, là dove se perpetrato nei confronti di un membro familiare e in violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, la vittima resterebbe priva di un'effettiva tutela, salve le norme espressamente dettate dal legislatore nel libro I del codice civile²⁸. A conferma di quanto detto soccorre anche l'art. 3 cost., nella misura

²⁴ Cfr. PERLINGIERI P., *Sui rapporti personali nella famiglia*, *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 1253 ss.; ID., *Sulla famiglia come formazione sociale*, *Dir. giur.*, 1979, p. 775 ss., ora in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, p. 39 ss., e in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 419 ss.; ID., *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 72 ss. Del resto, la formazione sociale-famiglia ha un ruolo particolarmente incisivo nella crescita e nello sviluppo della persona. Si rileva, infatti, che "la famiglia (sia essa legittima, naturale, adottiva o di fatto) può considerarsi la comunità intermedia principale e più rilevante [...] proprio perché all'interno di essa ha inizio quel processo di socializzazione del singolo che è necessario per un ordinato sviluppo e per la maturazione delle facoltà (anche psichiche) di ogni uomo". Così BESSONE M., ALPA G., D'ANGELO A., FERRANDO G. e SPALLAROSSA M.L., *La famiglia nel nuovo diritto*, 5^a ed., Bologna, 2002, p. 91.

²⁵ PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2^a ed., Napoli, 1991, p. 474.

²⁶ L'art. 2 cost. ha un ruolo chiave nell'ambito della tutela della persona e, sotto la spinta della dottrina più pionieristica (PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 175) gli si riconosce natura precettiva. Propendono per la natura meramente programmatica dell'art. 2 cost., privandolo della sua utilità: PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1983, p. 3 ss.; BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 65 ss.

²⁷ PERLINGIERI P., *Rapporti personali nella famiglia*, cit., p. 39; dello stesso avviso anche: PROSPERI F., *Rilevanza della persona e nozione di status*, *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 824; RUSCELLO F., *I rapporti personali tra i coniugi*, Milano, 2000, p. 48 ss., il quale evidenzia che la famiglia intanto viene tutelata in quanto risponda a un giudizio di meritevolezza riguardante l'idoneità a realizzare il pieno sviluppo della personalità dei suoi membri. Significative le parole di PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 32, secondo il quale "lo status di familiare non deve comportare una riduzione e una limitazione delle prerogative, ma, semmai, un aggravamento delle conseguenze a carico del responsabile".

²⁸ Sul punto si veda GIARDINA F., *Per un'indagine sulla responsabilità civile della famiglia*, 1999, Pisa, p. 16, secondo cui: "In presenza dello stesso fatto, il legame familiare tra il colpevole e

nella quale il rispetto del principio di uguaglianza impone di non limitare la tutela dei diritti fondamentali dei membri della famiglia, sottraendo le relazioni familiari al diritto comune e, in particolare, alla tutela risarcitoria²⁹.

III. L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA PONE LE BASI PER IL RICONOSCIMENTO DELL'ILLECITO ENDOFAMILIARE.

Come emerso dalle precedenti considerazioni, l'evoluzione del diritto di famiglia, nonché l'avvento della Costituzione hanno condotto ad un affievolimento dell'atteggiamento di chiusura della dottrina e della giurisprudenza nei confronti della configurabilità dell'illecito endofamiliare.

Di primaria importanza è il passaggio da una visione patriarcale della famiglia ad una prospettiva della stessa quale luogo privilegiato per lo sviluppo della persona³⁰. L'uguaglianza e la pari dignità morale e giuridica dei coniugi è affermata dall'art. 29, comma 2, cost., che non soltanto comporta il definitivo abbandono di paradigmi culturali superati ma, sotto l'aspetto eminentemente

la vittima ne cancella l'illiceità, lo sottrae alla valutazione del diritto, lo nasconde agli occhi del giudice”.

²⁹ Significative sul punto le parole di ZATTI P., *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in FERRANDO G., FORTINO M., RUSCELLO F. (a cura di), *Famiglia e matrimonio, Tratt. dir. fam.* Zatti, Milano, 2002, p. 22: “La famiglia cessa di essere un territorio “separato” dal diritto comune e nel quale i coniugi entrano spogliandosi delle prerogative che proteggono la personalità individuale. Le regole di protezione dei diritti fondamentali non trovano ostacolo nel recinto coniugale, ma penetrano a permeare tutta la vita familiare”.

³⁰ Ricordiamo, infatti, che la famiglia era vista quale istituzione, sovraordinata rispetto ai singoli componenti e strutturata alla stregua dello Stato, ossia secondo un modello autoritario e gerarchico. Essa, inoltre, era considerata quale soggetto portatore di interessi autonomi e sovraordinati rispetto a quelli individuali (sul punto si veda per tutti: CICU A., *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, p. 108 ss.). La concezione pubblicistica della famiglia, frutto della cultura neohegeliana, aveva formato sia i giuristi del codice Pisanelli, sia quelli deputati alla preparazione del codice del 1942. L'istituto familiare era fin dal suo nascere consegnato alla sua dimensione pubblicistica, nella misura nella quale si attribuiva natura costitutiva alla dichiarazione del pubblico ufficiale, mortificando così l'importanza e la rilevanza del consenso degli sposi. Emblematica anche la prima versione dell'art. 147, comma 2, c.c., che imponeva ai coniugi di istruire ed educare i figli secondo la morale fascista, tanto da strumentalizzare tale formazione sociale al conseguimento degli obiettivi politici dello stato.

Il profondo cambiamento al quale si è assistito è ben rappresentato da BIANCHINI D., *Appunti e spunti in tema di responsabilità ed illecito endofamiliare*, *Fam. dir.*, 2010, p. 963: “Si è passati da una visione (tipicamente ottocentesca) della famiglia intesa quale “microsocietà” fortemente gerarchizzata, quasi autosufficiente e produttiva di precise regole di condotta per i propri membri (la cui violazione poteva anche determinare l'allontanamento dal gruppo e la perdita dei diritti successorii) ad una visione della famiglia ove, in primo luogo, al centro è posto il singolo individuo e, in secondo luogo, al principio gerarchico si è sostituito quello democratico”.

giuridico, legittima entrambi i coniugi, conformemente all'art. 3 cost., ad esercitare e tutelare l'intera gamma dei diritti fondamentali³¹. L'uguaglianza e l'unità della famiglia, valori entrambi affermati nell'art. 29 cost., non sono in contrasto l'uno con l'altro e, soprattutto, l'unità non può essere riconosciuta quale limite all'uguaglianza. Piuttosto quest'ultima rappresenta lo strumento principale per realizzare l'unità stessa, minata da posizioni e garanzie diversificate per i componenti familiari³².

È per questa strada superata la concezione della famiglia quale valore da tutelare anche a discapito del bene dei singoli componenti. Del resto, la famiglia non può essere concepita quale ente giuridico, ossia come autonomo centro d'interessi, ma soltanto quale luogo strumentale alla realizzazione del singolo: le esigenze della famiglia sono le esigenze dei singoli membri³³.

³¹ Cfr. ZATTI P., *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., p. 22, là dove sottolinea che: "L'emancipazione della donna ha per conseguenza che per entrambi i coniugi, in egual misura, si ponga il problema di conservare, e adattare alla vita coniugale, l'intera dotazione dei diritti fondamentali della persona: quei diritti che un tempo erano conservati in larga misura soltanto dal marito". V. anche NICOLUSSI A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 929, il quale afferma: "L'uguaglianza è perciò l'adito attraverso il quale in via principale penetra la giuridicità nella famiglia, quale strumento di controllo affinché la famiglia, anziché modello esemplare di formazione sociale dove si svolge la personalità dei singoli, non degeneri in luogo di prevaricazioni e di abusi".

³² Cfr. Corte cost., 13 luglio 1970, n. 133, *CED on line*, secondo la quale: "Riguardo al problema se una disparità di trattamento giuridico tra i coniugi trovi giustificazione, ai sensi dell'art. 29, secondo comma, della Costituzione, in funzione dell'unità familiare, si può affermare che, quando si tratti di rapporti patrimoniali, è proprio la eguaglianza dei coniugi che garantisce quella unità, e, viceversa, è la disuguaglianza a metterla in pericolo [...]. La unità della famiglia non si indebolisce, ma, al contrario, si rafforza quanto più i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità". In dottrina v. PULEO S., *Famiglia, Enc. giur.* Treccani, XIV, Roma, 1989, p. 7, il quale afferma che "la circostanza che l'unità e l'eguaglianza stanno sullo stesso piano, e soprattutto quella che l'unità si realizza sostanzialmente per mezzo dell'eguaglianza, fanno sì che l'unità non può essere vista come limite dell'uguaglianza"; ZATTI P., *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, *Tratt. dir. priv.* Rescigno, III, 2^a ed., Torino, 1996, p. 27; RUSCELLO F., *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, in FERRANDO G., FORTINO M., RUSCELLO F. (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, *Tratt. dir. fam.* Zatti, cit., p. 730 s.

³³ PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2^a ed., cit., p. 482, il quale sottolinea che le ragioni della famiglia non sono autonome rispetto alle ragioni individuali, nella misura nella quale "l'interesse singolo è collegato ad altri interessi singoli, tutti confluenti – sia pure talvolta confliggenti – nell'unità della famiglia"; BESSONE M., ALPA G., D'ANGELO A., FERRANDO G. e SPALLAROSSA M.R., *La famiglia nel nuovo diritto. Principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, Bologna, 1995, p. 35, dove l'interesse della famiglia è definito quale "interesse costituito dalla somma degli interessi dei singoli che vivono nella comunità familiare"; BIANCA C.M., *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, p. 10 ss., che evidenzia: "i riferimenti normativi alle esigenze della famiglia [...] devono [...] intendersi come riferimenti alle esigenze dei componenti della famiglia nella loro globale valutazione".

Non si rinviene alcuna ragione giustificativa del pur professato affievolimento degli interessi individuali al cospetto del preminente interesse familiare³⁴, quasi ci si trovasse al cospetto della degradazione dei diritti soggettivi a interessi legittimi, fenomeno giustificato nella misura nella quale la P.A. persegua un interesse pubblico.

In particolare, prende avvio il processo di privatizzazione del diritto di famiglia, che determina l'emersione della primazia degli interessi dei singoli componenti della famiglia e l'attenuazione di quelli pubblicistici³⁵. Tale processo è comprovato, a titolo meramente esemplificativo, dalla legge sul divorzio e da quella sulla violenza domestica, che ha introdotto, sotto il profilo civilistico, gli ordini di protezione familiare e, in ambito penalistico, la misura cautelare dell'allontanamento dall'abitazione familiare, a dimostrazione della necessità di utilizzare strumenti efficaci per reprimere gli abusi domestici³⁶.

In particolare, la legge sul divorzio³⁷ è la prima normativa ordinaria a dare concreta attuazione al principio di pari dignità sociale ed uguaglianza tra i coniugi, nonché al principio di strumentalizzazione della formazione sociale – famiglia allo sviluppo della persona e alla tutela della stessa. Là dove, infatti, non sia più riscontrabile l'essenza del rapporto coniugale, ossia la “comunione spirituale e materiale”, non è auspicabile la prosecuzione del rapporto stesso. Si rileva, significativamente, che: “se la famiglia è una formazione sociale nella quale deve essere garantito il pieno sviluppo della

³⁴ Cfr. SANTORO PASSARELLI F., *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in CIAN G., OPPO G. e TRABUCCHI A. (a cura di), *Commentario al diritto italiano di famiglia*, Padova, 1992, p. 503 ss.

³⁵ Si veda ZATTI P., *Introduzione*, in FERRANDO G., FORTINO M., RUSCELLO F. (a cura di), *Famiglia e matrimonio, Tratt. dir. fam.* Zatti, cit., p. 19; FERRANDO G., *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in CENDON P. (a cura di), *Persona e danno*, III, Milano, 2003, p. 2778; CARBONE E., *Requiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*, *Giur. it.*, 2006, p. 701 ss.; VETTORI G., *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 197 ss.; PARADISO M., *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit. p. 14.

³⁶ Il riferimento è alla legge 4 aprile 2001, n. 154, rubricata “Misure contro la violenza nelle relazioni familiari”, la quale ha introdotto l'art. 342 *ter* c.c., ai sensi del quale: “Con il decreto di cui all'articolo 342 *bis* il giudice ordina al coniuge o convivente, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante, ed in particolare al luogo di lavoro, al domicilio della famiglia d'origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare i medesimi luoghi per esigenze di lavoro [...]”.

³⁷ Legge primo dicembre 1970, n. 898.

persona, è ovvio che non è possibile pretendere di mantenere in vita nuclei familiari nei quali non sussista alcuna convergenza di interessi”³⁸.

L’uguaglianza tra i coniugi, inoltre, è ribadita dalla riforma del 19 maggio 1975, n. 151³⁹, che introduce, innanzi tutto il nuovo articolo 143 c.c., ai sensi del quale dal matrimonio sorgono per il marito e la moglie i medesimi obblighi e diritti⁴⁰. La solidarietà tra i coniugi, che si evince dall’elencazione dei doveri indicati nei commi 2 e 3 dell’art. 143 c.c., ispira il nuovo diritto di famiglia, all’interno del quale si “impone la regola del consenso, coesenziale all’attuazione del principio paritario”⁴¹.

L’autonomia rinviene uno spazio sempre maggiore all’interno della famiglia e l’accordo tra i coniugi ne permea l’intera vita, dalla sua nascita alla sua ‘morte’⁴². Si osserva che “la stabilità della famiglia è nelle mani dei coniugi,

³⁸ TOMMASINI R., *I rapporti personali tra coniugi: determinazione dell’ambito di rilevanza*, in *Il diritto di famiglia*, IV, *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1991, p. 116.

³⁹ Con la riforma del diritto di famiglia ad opera della l. n. 151 del 1975, il “non diritto” in ambito familiare” è frutto “di scelte diffuse da parte dei protagonisti di quel genere di rapporti sociali” e non più “espressione di un’opzione di policy”. Così CAMILLERI E., *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European tort law*, *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 148. Sul ‘non diritto’ in ambito familiare, cfr. CARBONNIER J., *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, trad. it. di DE VITA A., Milano, 1997, p. 32 s.

⁴⁰ Sul punto, significative le parole di PARADISO M., *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit. p. 14, secondo il quale “il principio di uguaglianza ha rivoluzionato il diritto di famiglia: mandando in soffitta la prospettiva paternalistica ha tolto significato agli obblighi di protezione e ai connessi diritti di correzione (così precludendo ogni residuo spazio all’idea di immunità in ambito familiare); fondando il governo della famiglia sull’accordo dei coniugi, ha introdotto il principio dell’autonomia, aprendo così le porte della cittadella familiare al diritto comune e comprimendo le residue valenze istituzionali della disciplina a favore della privatizzazione”.

⁴¹ FRACCON A., *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 43. Sull’incidenza dell’autonomia privata già prima della riforma del 1975, fondamentale è la lettura delle pagine di SANTORO PASSARELLI F., *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 381 ss., già *Dir. giur.*, 1945, p. 3 ss.

L’esimio giurista evidenzia che la specialità della materia del diritto di famiglia “importa non già che debba negarsi l’autonomia privata e ripudiarsi la figura del negozio, sì invece che la dottrina generale del negozio giuridico trovi qui applicazione con quegli adattamenti, dipendenti dal modo particolare in cui l’autonomia privata deve esplicarsi nel diritto di famiglia” (SANTORO PASSARELLI F., *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., p. 4). Ancora, si sottolinea che l’entrata in vigore del codice civile del 1942 abbia determinato “un’estensione dell’autonomia privata, come espressione di libertà, dall’individuo alle formazioni sociali intermedie, in prima linea la famiglia” (SANTORO PASSARELLI F., *Cento anni di “Diritto e giurisprudenza”*, *Dir. giur.*, 1985, p. 1 ss., e *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, p. 20).

⁴² La dottrina evidenzia che l’esigenza di potenziare la tutela dei singoli membri della famiglia ha determinato la “penetrazione progressiva di congegni e tecniche di diritto comune, che ha investito in primo luogo il contratto – specie con riguardo a tutte le manifestazioni di autonomia privata relative ai profili patrimoniali – ma al quale [...] non è

l'ordinamento non pone regole per garantirla contro la volontà degli interessati⁴³.

Quello descritto è il quadro sul quale si innesta il riconoscimento dell'illecito endofamiliare ad opera della Giurisprudenza, spinta anche dalle istanze di tutela più volte avanzate da parte della dottrina⁴⁴.

IV. LA CASSAZIONE RICONOSCE L'ILLECITO ENDOFAMILIARE.

L'illecito endofamiliare, prima di approdare in Cassazione, è stato timidamente prospettato dalla giurisprudenza di merito, la quale, in più di un'occasione, è parsa favorevole all'approdo della responsabilità civile nell'ambito della famiglia⁴⁵.

rimasta estranea la stessa responsabilità civile" (così CAMILLERI E., *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law*, cit., p. 146). Sul tema si veda: RESCIGNO P., *Appunti sull'autonomia negoziale*, *Giur. it.*, 1978, c. 113; PALMERI G., *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Milano, 2001; ZOPPINI A., *Autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 213 ss., il quale prospetta la necessità di un controllo da parte del giudice sugli atti di autonomia negoziale posti in essere nel contesto della compagine famiglia. In particolare, si afferma che: "l'autonomia negoziale, quale strumento dell'autoregolamento di interessi privati, trova nel diritto di famiglia un intimo equilibrio nel controllo sul contenuto del contratto [...]. Chi scrive è consapevole del costo applicativo che determina l'estensione anche al contratto individuale negoziato tra le parti del controllo giudiziale sull'equilibrio normativo ed economico, atteso che ciò innegabilmente significa una più accentuata discrezionalità del giudice e, di conseguenza, una maggiore incertezza della regola consensualmente fissata. Si tratta, tuttavia, d'un costo applicativo che in questo campo può ritenersi accettabile, sia in considerazione dei valori su cui la regola privata viene ad incidere, sia in considerazione del fatto che si tratta di situazioni giuridiche e di relazioni poste al di fuori della dinamica del mercato"; MARELLA M.R., *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 57 ss.

⁴³ SESTA M., *1975 – 2005, 30 anni di evoluzione del diritto di famiglia e prospettive di riforma. Mutamenti familiari e responsabilità civile*, consultabile sul sito www.studiosesta.it.

⁴⁴ Sul punto: BARCELLONA P., *Famiglia*, *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 786; PERLINGIERI P., *Rapporti personali nella famiglia*, cit., p. 39; ZATTI P., *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, *Tratt. dir. priv.* Rescigno, III, Torino, 1982, p. 16 ss.; PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 32, il quale, invoca il ricorso all'art. 2043 c.c. sul presupposto che nel contesto familiare "la tutela del danneggiato [...] non deve risultare più limitata di quella prevista per ogni consociato".

⁴⁵ Diverse pronunce di merito, in particolare del Tribunale di Milano, hanno riconosciuto l'astratta risarcibilità del danno tra coniugi. Cfr., per esempio: Trib. Roma, 17 settembre 1988, *Contr. impr.*, 1990, p. 607 ss., con nota di CENDON P., *Non desiderare la donna d'altri*. Il Giudice intravede nella violazione dell'obbligo di fedeltà una possibile fonte di responsabilità per danni a favore del coniuge tradito, nei limiti nei quali sia fornita la prova che da tale violazione abbia determinato un danno patrimoniale; Trib. Milano, 10 febbraio 1999, *Fam. dir.*, 2001, p. 185 ss., con nota di BONA M., *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?*, che significativamente afferma: "I danni

Di là dalla già citata sentenza del Tribunale di Piacenza⁴⁶, che apre la strada al riconoscimento dell'illecito commesso dai genitori nei confronti dei figli, degna di nota è una pronuncia del Tribunale di Firenze del 2000⁴⁷. Il Giudice, al cospetto di un comportamento contrario al dovere di assistenza nascente dal matrimonio, perpetrato dal marito nei confronti della moglie affetta da disturbi mentali, afferma che tale condotta sia idonea non soltanto a fondare la pronuncia di addebito della separazione, ma anche a giustificare quella di responsabilità per danni all'integrità psicofisica "e più in generale alla salute dell'altro coniuge, con condanna al risarcimento del danno biologico"⁴⁸.

La dottrina, in commento alla pronuncia, mostra di condividere, non soltanto l'ulteriore 'allargamento' dei confini della responsabilità civile, ma in modo particolare il superamento dell'aria di 'privilegio' che si era, irragionevolmente, determinata nel contesto familiare a favore dei componenti autori di comportamenti riprovevoli e causativi di danni ingiusti in capo agli altri membri della compagine familiare⁴⁹.

da violazione dei doveri coniugali sono risarcibili, non sussistendo, al riguardo, deroga alcuna alla clausola generale di responsabilità di cui all'art. 2043 c.c.: difatti, ai doveri derivanti 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 rispondenti 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 altri diritti personalissimi dell'individuo". Nella fattispecie concreta il Giudice, tuttavia, nega il risarcimento del danno a favore dell'attrice, la quale, seppure lamentava di aver subito un pregiudizio di natura psichica a causa dell'incapacità sessuale del marito, aveva proseguito il rapporto matrimoniale per molti anni dalla scoperta della patologia dello sposo; Trib. Milano, 7 marzo 2002, *Corr. giur.*, 2002, p. 1211 ss., con nota di DE MARZO G., *Responsabilità civile nelle relazioni familiari tra esigenze di tutela e categorie formali*, che riconosce la risarcibilità dell'eventuale danno esistenziale derivante dalla violazione dei doveri coniugali, nella fattispecie del dovere di assistenza; Trib. Milano, 24 settembre 2002, *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 465 ss., con nota di FACCI G., *L'infedeltà coniugale e l'ingiustizia del danno*; Trib. Savona, 5 dicembre 2002, *Fam. dir.*, 2003, p. 248 ss., con nota di LONGO F., *Famiglia e responsabilità civile: rapporti tra coniugi e danno risarcibile*.

⁴⁶ Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, cit.

⁴⁷ Trib. Firenze, 13 giugno 2000, *Fam. dir.*, 2001, p. 161, con nota adesiva di DOGLIOTTI M., *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*.

⁴⁸ Così Trib. Firenze, 13 giugno 2000, cit.

⁴⁹ Sul punto v. DOGLIOTTI M., *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, cit., p. 170, il quale conclude che l'ingresso della responsabilità civile all'interno della famiglia sia un "fenomeno sorprendente, ma in sostanza condivisibile: l'area della responsabilità civile si estende ancora, e si affianca, ma per ora non sostituisce strumenti, pur superati, come l'addebito, lambisce profili di diritto particolare, caratterizzati ora da zone franche di privilegi deresponsabilizzanti, ora da situazioni di forte coercibilità, secondo logiche sanzionatorie e repressive, contraddittorie commistioni di diritto privato e pubblico, introducendo ragioni e logiche del diritto comune. Certo non si può auspicare o

Il vero e proprio riconoscimento dell'illecito endofamiliare viene ascritto, da parte della dottrina⁵⁰, alla pronuncia della Cassazione n. 7713 del 2000⁵¹, che attribuisce al figlio naturale il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale subito per la condotta del genitore, il quale aveva rifiutato per anni di corrispondere al figlio stesso il mantenimento⁵². La Corte afferma che, nel caso di specie, si profila la sussistenza della “lesione in sé” di fondamentali diritti della persona inerenti alla qualità di figlio e di minore”. Ciò che rileva, pertanto, è la circostanza che il reiterato rifiuto da parte del padre di corrispondere al figlio i mezzi necessari per la sussistenza dello stesso abbia leso un suo diritto fondamentale. Condivisibile è il richiamo all'art. 2 cost., nella parte nella quale la Cassazione asserisce che una lettura

prevedere la fine di un diritto di famiglia, come branca autonoma del diritto civile, ma una più forte incidenza dell'“altro” diritto, non può che essere vista con favore, e pare contribuire a segnare una nuova prospettiva per i ruoli stessi all'interno della famiglia, anche in rapporto alla realtà esterna”.

⁵⁰ Cfr. CAMILLERI E., *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law*, cit., p. 146. Taluna dottrina, invece, nega che la sentenza in oggetto si inquadri nella problematica della configurabilità dell'illecito endofamiliare. In particolare, si sostiene che “anche il caso del risarcimento del danno tra genitore e figlio naturale dà luogo a numerosi problemi; ma questi problemi sono in gran parte diversi da quelli legati al risarcimento del danno tra coniugi, e mi pare si allaccino, anzitutto, alla necessità di fare convivere quest'orientamento che ammette la risarcibilità, con un altro, costante e non controverso, orientamento, che vuole il riconoscimento come libero e spontaneo atto di volontà, mai dovuto dal genitore al proprio figlio biologico”. Così BASINI G.F., *Alcune considerazioni in tema di risarcibilità del danno tra coniugi*, *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 981.

Un primo spiraglio di luce nell'ottica della risarcibilità dell'illecito endofamiliare, inoltre, si era già intravisto nella pronuncia della Cass., 26 maggio 1995, n. 5866, *Giur. it.*, 1997, c. 843, con nota di AMATO A., secondo la quale “l'addebito della separazione, di per sé considerato, non è fonte di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., determinando, nel concorso delle altre circostanze specificamente previste dalla legge, solo il diritto del coniuge incolpevole al mantenimento. Pertanto, la risarcibilità dei danni ulteriori è configurabile solo se i fatti che hanno dato luogo all'addebito integrano gli estremi dell'illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità espressa dalla norma citata”.

⁵¹ Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, *Giur. cost.*, 2001, p. 4167, con nota di PRINCIPATO L.

⁵² Giova evidenziare che, seguendo l'insegnamento di autorevole dottrina, sarebbe preferibile correlare l'indagine sulla patrimonialità non al danno, il risarcimento del quale è per sua natura sempre patrimoniale, ma all'interesse violato, che può essere anche non suscettibile di valutazione economica. Così PERLINGIERI P., *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 777 ss. Aderendo a tale impostazione, taluni autori hanno, ad esempio, qualificato il danno da vacanza rovinata quale danno di natura contrattuale “a tutela di un interesse non patrimoniale”. In questi termini: LEPORE A., *Il contratto di assicurazione nei servizi turistici e il c.d. danno da vacanza rovinata*, in CAVAZZONI G., DI NELLA L., MEZZASOMA L., RIZZO F. (a cura di), *La tutela del consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, 2012, p. 426, il quale evidenzia che la qualificazione come danno contrattuale non è scevra di conseguenze, posta la necessità di utilizzare l'art. 1218 c.c. e considerati gli ulteriori effetti relativi all'onere della prova e alla prescrizione. Sull'onere probatorio, v. LONGOBUCCO F., *Danno da vacanza rovinata: brevi note sul regime probatorio*, *Danno resp.*, 2004, p. 395 ss.

combinata degli artt. 2043 c.c. e 2 cost. determina la risarcibilità non soltanto dei danni patrimoniali “ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana”. Taluna dottrina, nondimeno, sottolinea che sarebbe stato preferibile il rinvio non all’art. 2 cost. bensì all’art. 30 cost., relativo al dovere dei genitori di educare, mantenere ed istruire la prole⁵³.

L’affermazione della Cassazione ha un effetto dirimpente, nella misura nella quale consente il risarcimento del danno ogni qualvolta il comportamento del genitore limiti o metta a repentaglio il corretto sviluppo della personalità del minore. Non vi è dubbio alcuno che, nel caso che ci occupa, la corresponsione del mantenimento da parte del padre con gravissimo ritardo abbia impedito al figlio di condurre un tenore di vita consono alle disponibilità economiche dei genitori e, per l’effetto, abbia comportato un deterioramento della sua qualità di vita. Si rileva, infatti, che la riduzione di risorse economiche, inevitabilmente limiti “le spese per l’abbigliamento, per lo studio e la cultura, per le vacanze [...]”; di conseguenza tutte le opportunità sociali, di promozione individuale, culturale, professionale; in definitiva, il futuro della persona rimane pregiudicato”⁵⁴. Quanto affermato sembrerebbe smentire le critiche sollevate da alcuni commentatori⁵⁵, relative al fatto che la parte danneggiata, nella fattispecie trattata, non abbia dimostrato, in concreto, il danno subito. La circostanza, infatti, che una minore disponibilità economica abbia inciso negativamente sulla qualità di vita del minore, non necessita di “particolari dimostrazioni”⁵⁶, considerando, altresì, che la richiesta e la relativa liquidazione del danno risultano irrisori. Non può, tuttavia, sottacersi che la Cassazione a Sezione unite, con la nota pronuncia n. 26972 del 2008⁵⁷, abbia disposto la necessaria dimostrazione della sussistenza del danno non patrimoniale, escludendo che si tratti di un danno evento, in questo modo avallando le osservazioni critiche avanzate contro la pronuncia del 2000.

Di là dalle sanzioni specifiche espressamente previste nel diritto di famiglia nelle ipotesi di violazione dei doveri inerenti allo *status* di genitore – che possono condurre finanche alla perdita della potestà genitoriale o ad una sua limitazione – dunque, sarà ben possibile ottenere una condanna al risarcimento del danno non patrimoniale subito per condotte non conformi

⁵³ DOGLIOTTI M., *La famiglia e l’“altro” diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, cit., p. 169.

⁵⁴ FRACCON A., *Relazioni familiari e responsabilità civile*, cit., p. 306.

⁵⁵ Si cfr. FINOCCHIARO M., *In assenza di un dimostrato pregiudizio del minore non è giustificabile una condanna al risarcimento*, *Guida dir.*, 2000, p. 47; D’ADDA A., *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, *Foro it.*, 2001, c. 199.

⁵⁶ FRACCON A., *o.l.u.c.*

⁵⁷ Cass. Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, *Foro it.*, 2009, I, c. 120 ss.

ai doveri indicati negli artt. 147 c.c. e 30 cost. Del resto, non sembrano rinvenibili ragioni che ostacolino il ricorso sia ai rimedi specifici, come quelli previsti negli artt. 330 e 333 c.c., sia al rimedio del risarcimento del danno non patrimoniale patito dal figlio⁵⁸. Diversamente, si profilerebbe un'irragionevole limitazione dei mezzi di tutela della persona, nonché un altrettanto ingiustificato trattamento 'di favore' per il genitore colpevole⁵⁹

È bene, inoltre, chiarire che "se nel diritto di famiglia non rileva mai [...] la volontarietà del comportamento genitoriale, che viene invece considerato obiettivamente, per la sua incidenza sulla personalità del minore"⁶⁰, diversamente, quando si ricorre alla clausola generale *ex art. 2043 c.c.*, sarà necessario riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi dell'illecito, non per ultimo quello psicologico.

Ne deriva che se una condotta contraria ai doveri genitoriali, seppure indotta da circostanze non ascrivibili alla volontà dell'autore del comportamento stesso, può determinare il giudice minorile ad adottare, ad esempio, un provvedimento che limiti la potestà genitoriale (si pensi all'ipotesi nella quale il padre sia affetto da disturbi psicotici che possono risultare potenzialmente lesivi per il figlio), quella stessa condotta, per rilevare ai fini di una condanna al risarcimento del danno, deve necessariamente essere dolosa o colposa.

La sentenza del 2000 in tema di illecito endofamiliare perpetrato da un genitore nei confronti del figlio è stata seguita da una successiva pronuncia, nella quale si è proclamato da parte della suprema Corte⁶¹ l'ingresso dell'illecito aquiliano anche nei rapporti tra coniugi. La Cassazione afferma che la violazione dei diritti inviolabili di un componente della compagine

⁵⁸ A conferma di quanto asserito, giova rilevare che – seppure nell'ambito dei doveri matrimoniali – già da tempo la dottrina ha sottolineato che i rimedi tipici sono, talvolta, insufficienti. Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA P., *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, cit., p. 605; VILLA G., *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, I, Tratt. Bonilini-Cattaneo, Torino, 1997, p. 317, il quale sottolinea l'opportunità – posta l'insufficienza del rimedio dell'addebito o l'impossibilità di ricorrervi – di rafforzare la giuridicità dei doveri coniugali con strumenti generali.

⁵⁹ Di questa opinione, già negli anni ottanta, PATTI S., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 122, il quale, nel sottolineare il diverso ruolo ascrivibile, rispettivamente, all'art. 330 c.c. e all'art. 2043 c.c., chiarisce che l'esclusione del ricorso al risarcimento del danno non "potrebbe argomentarsi dalla norma che prevede la pronuncia della decadenza della potestà [...]. Infatti, se la norma escludesse la possibilità del risarcimento del danno si risolverebbe, sotto questo profilo, in una disposizione di favore per il genitore responsabile: risultato certamente contrastante con il significato e la finalità dell'istituto".

⁶⁰ Così DOGLIOTTI M., *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, cit., p. 169.

⁶¹ Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, *Fam dir.*, 2005, p. 365, con nota di SESTA M., *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*.

familiare da parte di un altro rappresenta il presupposto logico della responsabilità civile, dovendosi escludere che i diritti inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che la lesione si ponga o no all'interno di un contesto familiare.

Del resto, la sanzione dell'addebito della separazione potrebbe mostrarsi inefficace, là dove la perdita del diritto all'assegno di mantenimento colpisca il coniuge che non ne avrebbe comunque avuto diritto. Più incisiva è, senza dubbio, la perdita dei diritti successori che, tuttavia, avviene in ogni caso – indipendentemente dalla declaratoria di addebito in fase di separazione – con la sentenza di divorzio⁶². Di là dall'inidoneità della declaratoria di addebito a ristorare il coniuge vittima della condotta illecita dell'altro, non può sottacersi, altresì, la diversa funzione ascrivibile all'assegno di mantenimento rispetto alla condanna risarcitoria. Lo stesso, infatti, ha una funzione non risarcitoria ma meramente assistenziale ed è volto a garantire al coniuge economicamente più debole un tenore di vita simile a quello condotto durante la vita matrimoniale.

La Corte chiarisce, ancora, che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio – nella misura nella quale il comportamento lesivo abbia determinato l'aggressione ai diritti fondamentali della persona – non possa ricevere la propria sanzione soltanto nelle misure tipiche previste nel diritto di famiglia, in nome di una presunta specificità ed autosufficienza di tale branca del diritto, posta l'innegabile compatibilità dei rimedi specifici con quello generale predisposto per la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti. Ne consegue che lo stesso comportamento può rilevare “sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle pertinenti statuizioni di natura patrimoniale, sia [...] quale fatto generatore di responsabilità aquiliana”.

La sentenza del 2005 scardina, così, il muro di irrisarcibilità dei danni derivanti dalla violazione dei doveri coniugali e nella sua esaustiva e dettagliata motivazione sembra rispondere alle obiezioni sollevate da sempre per negare l'ingresso della responsabilità civile nel rapporto di coniugio.

V. LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE NELLA COMPAGINE FAMILIARE.

Un ulteriore aspetto, però, necessita di approfondimento. Occorre verificare quale “sia la posizione soggettiva giuridicamente tutelata che giustifica la qualificazione del danno come ingiusto: è questo l'aspetto sicuramente più

⁶² Sul punto, in giurisprudenza, cfr. Trib. Milano 10 febbraio 1999, cit.; Trib. Milano, 4 giugno 2002, *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 1440. In dottrina v. SESTA M., *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione “arriva” in Cassazione*, cit., p. 374.

problematico dell'illecito civile endomatrimoniale"⁶³. Da una prima osservazione del fenomeno si potrebbe concludere che la posizione tutelata – la cui lesione spiegherebbe la qualificazione del danno come ingiusto – ha la natura non del diritto assoluto, ma del diritto relativo. Dal matrimonio, infatti, discendono per i coniugi diritti e doveri reciproci e là dove uno di tali doveri non sia adempiuto, inevitabilmente, si verifica la lesione dell'interesse del membro incolpevole della coppia. Il suddetto interesse “è giuridicamente protetto proprio in quanto qualificato dalla legge come diritto conseguente al matrimonio”⁶⁴. L'accostamento tra la violazione di un diritto relativo e il rimedio *ex art. 2043 c.c.*, a prima vista, non crea perplessità, posta la già affrontata questione della risarcibilità di tutti gli interessi meritevoli di tutela, di là dalla loro qualificazione come diritti assoluti. Tuttavia, non può non rilevarsi, sulla scia di attenta dottrina⁶⁵, come la fattispecie concreta si presenti dissimile dalla ‘tradizionale’ tutela aquiliana del credito, giacché il diritto relativo non è leso da un terzo ma da una delle parti tenuta all'adempimento dell'obbligo⁶⁶.

L'*impasse* è evidente. Se si considera la situazione lesa quale diritto relativo, frutto dell'inadempimento degli obblighi derivanti dal matrimonio, non può non ricorrersi alla responsabilità contrattuale, ferma restando la possibilità di configurare l'ulteriore danno non patrimoniale da inadempimento⁶⁷. Ciò, soprattutto, in presenza della violazione di obbligazioni in senso stretto, quali ad esempio, quella di contribuzione.

La conseguenza che la dottrina fa derivare dal ricorso da parte della giurisprudenza al solo art. 2043 c.c. è che il risarcimento, in ogni caso, è legato alla violazione di un diritto fondamentale della persona e non, ad esempio, al diritto relativo del figlio a ricevere dal padre i giusti mezzi di

⁶³ Così RIMINI C., *La violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità della famiglia?*, *Resp. civ.*, 2006, p. 6, il quale, su tale aspetto, richiama FACCI G., *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, *Fam. dir.*, 2005, p. 375.

⁶⁴ RIMINI C., *o.l.u.c.*

⁶⁵ RIMINI C., *o.l.u.c.*

⁶⁶ La lesione di un diritto relativo da parte di un terzo, in particolare l'ipotesi di induzione di un coniuge all'adulterio è, invece, affrontata dal Trib. Milano, 24 settembre 2002, cit., secondo il quale “la responsabilità del terzo per induzione all'inadempimento dell'obbligazione non può essere estesa agli obblighi inerenti al matrimonio ed a quello di fedeltà in particolare. Rispetto a questi le componenti emotive e lo scambio connaturato alle relazioni d'amore e di sesso escludono che possano ravvisarsi in capo al terzo il ruolo di “induttore” ed in capo al coniuge trasgressore quello di “indotto””.

⁶⁷ Sul danno non patrimoniale da inadempimento, sul quale si avrà modo di ritornare, cfr., COSTANZA M., *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127 ss.; BILLOTTA F., *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, *Giur. it.*, I, p. 1159 ss. In Giurisprudenza, per tutte: Cass. Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, cit.

sussistenza⁶⁸. Si rileva, in particolare, che l'ingiustizia del danno non è frutto della lesione "dei diritti che derivano dai rapporti di famiglia, ma presuppone l'individuazione di un diritto fondamentale della persona compromesso dal fatto illecito"⁶⁹. L'ingiustizia del danno, dunque, deriva dalla lesione non di un diritto endofamiliare ma di un diritto inviolabile della persona. L'attenzione dell'interprete si sposta, dunque, dal piano del dovere familiare non rispettato a quello dell'interesse leso⁷⁰. Così argomentando, si rileva, si prescinde dalla considerazione degli *status* e dei doveri di solidarietà "facendo unicamente leva sulla lesione delle persone a loro volta riguardate come monadi avulse dal vincolo familiare: parenti come passanti - si potrebbe dire-, non più prossimi né congiunti, semplicemente individui nella folla"⁷¹.

Le considerazioni della dottrina riportata, se da una parte sollecitano una riflessione su questioni a volte trascurate, dall'altra su taluni punti lasciano perplessi. Nella nostra prospettiva, infatti, non è contestabile la circostanza che l'attenzione sia incentrata sull'interesse leso. Il risarcimento del danno non patrimoniale, infatti, necessariamente deve essere frutto della violazione di interessi intangibili della persona, indipendentemente dalla circostanza che la stessa abbia anche lo *status* di moglie, di figlio, ecc. In caso contrario, si giungerebbe all'inaccettabile conclusione che la violazione di un diritto fondamentale della persona, quale ad esempio la salute, trovi il giusto ristoro soltanto nelle famiglie legittime e non in quelle di fatto. Ciò che deve essere tutelata è la persona in quanto tale, indipendentemente dallo *status familiae*.

In quest'ottica anche l'espressione illecito endofamiliare può essere foriera di visioni sbagliate. Potremmo, piuttosto, asserire che l'illecito è endofamiliare non perché necessariamente frutto dell'inadempimento dei doveri familiari, ma perché consumato all'interno della compagine familiare o parafamiliare, confinando così l'espressione endofamiliare soltanto ad una valenza meramente indicativa del luogo di consumazione di un illecito.

⁶⁸ Si interroga su quali siano gli interessi giuridici la violazione dei quali è idonea, in ambito familiare, a configurare il danno come ingiusto: VIRGADAMO P., *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari a violabilità dinamica*, *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1894.

⁶⁹ RIMINI C., *La violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità della famiglia?*, cit., p. 7, il quale puntualizza, altresì, che "la situazione giuridica tutelata non è costituita dalle relazioni familiari e dai diritti reciproci dei componenti dell'istituzione familiare, quanto piuttosto dalla sfera individuale di ciascuno dei membri della famiglia stessa". In questo senso già SESTA M., *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, cit. p. 377.

⁷⁰ MESSINETTI D., *Diritti della famiglia e identità della persona*, *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 149.

⁷¹ NICOLUSSI A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 931.

Pensiamo inoltre, sotto un altro angolo visuale, che il rilievo della fonte del danno ingiusto – ossia la violazione dei doveri coniugali – sia mortificato. In particolare, da una parte non dubitiamo del fatto che l'inottemperanza degli obblighi familiari, di là dai rimedi specifici, possa determinare una condanna al risarcimento del danno non patrimoniale soltanto se dalla stessa violazione sia scaturita una lesione a un diritto fondamentale del soggetto; dall'altra, invece, prospettiamo la necessità di configurare una responsabilità di tipo contrattuale là dove taluni doveri nascenti dal matrimonio assurgano a vere e proprie obbligazioni e dalla loro violazione scaturisca anche un danno alla persona.

Del resto, la stessa espressione 'responsabilità contrattuale', nella nostra prospettiva, va chiarita. In particolare, l'applicabilità della stessa, in alternativa a quella extracontrattuale, nasce dalla circostanza che tra le parti sussista un rapporto obbligatorio pregresso al compimento dell'atto dannoso e il contratto è soltanto una delle fonti dell'obbligazioni. Queste, infatti, possono nascere, ai sensi dell'art. 1173 c.c., "da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico". Se è indubbio che il fatto illecito è antecedente alla nascita dell'obbligazione (risarcitoria), sì che prima tra le parti non sussisteva alcun vincolo giuridico, ma soltanto un 'dovere di non ledere', nell'ipotesi di obbligazioni nascenti da contratto o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico sussiste un precedente vincolo giuridico che, se inadempito, comporta la nascita di un'obbligazione risarcitoria, che abbraccia i danni patrimoniali e non patrimoniali eventualmente prodotti. È indubbio, del resto, che negli ultimi anni si è assistito ad un potenziamento del profilo dell'atipicità delle fonti dell'obbligazione e, di conseguenza, della responsabilità contrattuale, a discapito di quella extracontrattuale. In sostanza, sembrerebbe che di là dalle fattispecie nelle quali non si dubita della natura 'contrattuale' della responsabilità, posta la fonte negoziale dell'obbligo inadempito, ogni qualvolta tra le parti esiste un pregresso rapporto, fonte di obbligazioni, l'inadempimento delle stesse va ricondotto all'area della responsabilità contrattuale.

La ritrosia della giurisprudenza ad invocare, con riferimento all'illecito endofamiliare, la responsabilità contrattuale, poggia, invece, sulla convinzione, in parte superata, che concetti quali "obbligazione" e "contratto" mal si concilino con i rapporti familiari⁷².

⁷² Sul punto si veda OBERTO G., *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 28 ss.; ID., *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, p. 15 s.; ID., *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano, 2006, p. 5.

Non si è mancato, però, di evidenziare i profondi cambiamenti dovuti all'affermarsi della negozialità anche nell'ambito della famiglia⁷³. La giurisprudenza, non da ultimo, è concorde nell'attribuire la natura di negozio sia all'accordo di separazione personale, sia a quello di divorzio su domanda congiunta, nonché agli accordi patrimoniali – qualificati dalla dottrina come “contratti della crisi coniugale”⁷⁴ – conclusi in sede di separazione o di scioglimento definitivo del vincolo coniugale⁷⁵.

⁷³ Sul tema, si veda: SANTORO PASSARELLI F., *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., p. 3 ss.; RESCIGNO P., *Appunti sull'autonomia negoziale*, cit., c. 113; DONISI C., *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 494 ss.; OPPO G., *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 19 ss.; ANGELONI F., *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997; OBERTO G., *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 13 ss.; ID., *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, *Famiglia*, 2003, p. 617 ss.; ID., *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Sub artt. 215-219, Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2005, p. 64 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, in ROPPO V. (a cura di), *Trattato del contratto*, VI, Milano, 2006, p. 105 ss.; ZOPPINI A., *Autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., p. 213 ss.; MARELLA M.R., *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, cit., p. 57 ss. Si vedano anche i rilievi di CIPRIANI N., *La simulazione nella separazione consensuale*, Napoli, 2008, p. 13 ss., il quale ricorda che “a partire dalla riforma del 1975, l'autonomia abbia visto crescere il proprio ruolo nella regolamentazione di tutti i momenti della vita della famiglia e in tutti i rapporti giuridici in essa individuabili: dai rapporti personali a quelli patrimoniali tra i componenti della famiglia, dalla fisiologia alla patologia della vita familiare, senza escludere, con la riforma del diritto internazionale privato, anche le regole del conflitto” (CIPRIANI N., *o.c.*, p. 16).

⁷⁴ OBERTO G., *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 28 ss.

⁷⁵ La Cassazione ha statuito che: “in tema di separazione consensuale, mentre le modificazioni pattuite dai coniugi successivamente all'omologazione, trovando fondamento nell'art. 1322 c.c., devono ritenersi valide ed efficaci, anche a prescindere dallo speciale procedimento disciplinato dall'art. 710 c.p.c., quando non varchino il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 c.c., le pattuizioni convenute antecedentemente o contemporaneamente all'accordo omologato sono operanti soltanto se si collocano in posizione di “non interferenza” rispetto a quest'ultimo (perché concernono un aspetto che non è disciplinato nell'accordo formale, oppure perché hanno un carattere meramente specificativo di disciplina secondaria) ovvero in posizione di conclamata e incontestabile maggior rispondenza rispetto all'interesse tutelato, come per l'assegno di mantenimento concordato in misura superiore a quella sottoposta ad omologazione”. Così Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, *Dir. fam.*, 1994, p. 868. In senso conforme: Cass., 28 luglio 1997, n. 7029, *CED on line*; Cass., 11 giugno 1998, *ivi*; più di recente Cass., 20 ottobre 2005, n. 20290, *Fam. dir.*, 2006, p. 147 ss., con nota di OBERTO G., *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*; Cass., 9 aprile 2008, n. 9174, *Giust. civ.*, 2010, p. 181. Sul punto si v. CIPRIANI N., *La simulazione nella separazione consensuale*, cit., p. 23, là dove qualifica le pattuizioni aventi contenuto patrimoniale stipulate dai coniugi in occasione o successivamente alla separazione come contratti e non semplici negozi.

Relativamente alla validità degli accordi preventivi tra i coniugi che disciplinino le conseguenze patrimoniali dell'annullamento del matrimonio: Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, *Corr. giur.*, 1993, p. 822, con nota di LOMBARDI G., *La Cassazione privilegia l'autonomia negoziale dei coniugi negli accordi di separazione*, *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1670, con nota di CASOLA M., *Convenzioni patrimoniali tra coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio: nuove aperture della*

La rimarcata contrattualizzazione del diritto di famiglia ha sicuramente contribuito ad una sua maggiore ‘comunicazione’ con il diritto dei contratti e delle obbligazioni e, sul versante del riconoscimento dell’illecito aquiliano, con quello della responsabilità.

Per verificare – nelle fattispecie di danno da violazione dei doveri familiari – la percorribilità della strada dell’illecito contrattuale, tuttavia, occorre soffermarsi sulla natura dei suddetti doveri, giacché soltanto l’inattuazione di un’obbligazione in senso stretto può determinare in capo al debitore una responsabilità *ex art.* 1218 c.c. Appurato ciò, non si dubita del fatto che anche un inadempimento contrattuale possa causare la lesione di un diritto fondamentale.

Il punto di partenza – posto che la responsabilità contrattuale è conseguenza dell’inadempimento di un’obbligazione, la quale, *ex art.* 1174 c.c., deve avere ad oggetto una prestazione suscettibile di valutazione economica – non potrà che essere la natura delle prestazioni familiari. L’impossibilità di conferire il carattere della patrimonialità ai doveri familiari, quali ad esempio l’obbligo di

Cassazione all’autonomia negoziale dei privati, *Vita not.*, 1994, p. 91, con nota di CURTI M., *Accordi patrimoniali tra coniugi*, secondo la quale “gli accordi fra coniugi in vista o nell’eventualità di una futura pronuncia di nullità del matrimonio sono validi non venendo in gioco, in questo caso, una determinazione delle parti in ordine allo scioglimento del vincolo coniugale, con la conseguenza che il principio di autonomia contrattuale non soffre alcuna compressione per ragioni di ordine pubblico”. In dottrina v. CECCHERINI G., *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del menage*, Padova, 1999; ID., *Contratti tra coniugi in vista della separazione e del divorzio*, *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 311; ID. e GREMIGNI FRANCINI L., *Famiglie in crisi e autonomia privata*, Padova, 2013; CAPOBIANCO E., *Crisi familiare e autonomia privata*, *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 809 ss.

L’autonomia contrattuale fonda, altresì, anche i trasferimenti immobiliari e mobiliari fatti in sede di separazione. Sul tema v. OBERTO G., *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, *Fam. dir.*, 1995, p. 155 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, II, Milano, 1999, p. 1211 ss.; ID., *Prestazioni “una tantum” e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000; G. DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare*, Milano, 1996; CECCHERINI G., *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, *Giust. civ.*, 1996, p. 378 s.; RUSSO T.V., *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001; BRIGANTI E., *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, *Riv. not.*, 1997, p. 1 ss.; PATTI S., *Accordi patrimoniali tra coniugi connessi alla crisi del matrimonio. Autonomia negoziale e ruolo del notaio*, *Vita not.*, 2004, p. 1381; RUSCELLO F., *Autonomia coniugale e crisi della famiglia. Rilevi introduttivi*, *ivi*, 2005, p. 68 ss.; QUADRI E., *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella crisi della famiglia*, *Famiglia*, 2005, p. 1 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 11 novembre 1992, n. 12110, *Giur. it.*, 1994, p. 304 ss., con nota di MORACE PINELLI A., *Separazione consensuale e negozi atipici familiari*, che riconosce – salvo la forma scritta – la validità della clausola contenuta nel verbale di separazione consensuale, con la quale un coniuge attribuisce all’altro un immobile, “ad integrazione del regolamento stabilito per la separazione personale”; Cass., 22 novembre 2007, n. 24321, *Giust. civ.*, 2008, p. 1198.

fedeltà, comporta la collocazione degli stessi “sul versante dei rapporti di natura personale e quindi non patrimoniale”⁷⁶.

Ciò non toglie, però, che taluni doveri nascenti dal matrimonio in quanto aventi natura indiscutibilmente patrimoniale, determinino, in caso di loro violazione, una responsabilità contrattuale. Si pensi, fra tutti, al caso trattato dalla Cassazione del 2000⁷⁷, là dove il danno non patrimoniale patito dal figlio era diretta conseguenza dell’inadempimento dell’obbligo del padre di corrispondere i mezzi strumentali alla sua sussistenza, ossia dell’obbligazione di mantenimento. Il Giudice, anziché applicare l’art. 1218 c.c., anche in questo caso, è ricorso, al 2043 c.c., invocando a ragione, di là dall’inadempimento di obbligazioni di natura patrimoniale, la violazione di diritti fondamentali della persona⁷⁸, ma trascurando la strada della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento. Sul punto, la Cassazione, con la pronuncia del 2008, ha asserito che là dove l’inadempimento comporti, in aggiunta ai danni di natura economica, anche la lesione di un diritto inviolabile del creditore in quanto persona, la tutela del danno non patrimoniale dallo stesso patito potrà essere inclusa nell’azione di responsabilità contrattuale⁷⁹.

Ne discende che, là dove dall’inadempimento delle suddette obbligazioni familiari derivi anche un comprovato danno alla persona, in capo al soggetto inadempiente sorgerà l’obbligo di risarcire il danno non patrimoniale da inadempimento

Le conseguenze del prospettato inquadramento di taluni doveri familiari nell’ambito delle obbligazioni in senso stretto e, dunque, dell’illecito di natura contrattuale, si percepiscono sul piano dell’onere della prova e dei termini di prescrizione.

⁷⁶ NICOLUSSI A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 931.

⁷⁷ Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, cit.

⁷⁸ Cfr. RIMINI C., *La violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità della famiglia?*, cit., p. 7, il quale afferma che “la responsabilità extracontrattuale viene utilizzata [...] come strumento alternativo e parallelo alla responsabilità da inadempimento per evadere dai rigidi confini posti dalle regole che presiedono alla commisurazione del danno nella responsabilità contrattuale ex art. 1223 c.c.”.

⁷⁹ Sul punto v. Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, cit., secondo la quale: “vengono in considerazione, anzitutto, i c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario. In questi gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l’inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali”.

VI. RILIEVI CONCLUSIVI.

La parabola dell'illecito all'interno della comunità familiare, disegnata dalla giurisprudenza e prima ancora dalla dottrina, sembra averci condotto su sentieri sicuri e, in parte, percorribili. Il superamento delle ritrosie a lungo manifestate avverso l'ingerenza del giudice all'interno della compagine familiare è, infatti, apprezzabile e condivisibile. Ciò, in quanto, sulla spinta di autorevoli insegnamenti, la famiglia è strumento privilegiato di sviluppo della persona e non un luogo di mortificazione della dignità della stessa⁸⁰. Irragionevole, invero, sarebbe una limitazione della tutela dei diritti fondamentali della persona proprio all'interno della comunità sociale-famiglia che, invece, dovrebbe garantirne un rafforzamento, favorendo l'armonico sviluppo dell'individuo e la sua realizzazione.

Ciò che, tuttavia, si è rilevato è l'utilizzo a volte improprio della locuzione illecito endofamiliare, quasi a voler significare che le situazioni lese siano necessariamente legate allo *status familiae*. Di là dagli strumenti specificamente predisposti dal legislatore in caso di violazione dei doveri familiari, infatti, l'eventuale risarcimento del danno non patrimoniale, non può nella nostra ottica dipendere dalla qualifica di un soggetto quale padre, madre, figlio, fratello ecc. La violazione dei diritti fondamentali e, per l'effetto, il ristoro del danno non patrimoniale subito, invero, è relativo alla persona in quanto tale. Per tale via, possiamo parlare di illecito endofamiliare soltanto a fini meramente descrittivi, per indicare che l'illecito si è consumato all'interno della famiglia.

Si è rilevato, infine, che, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e in considerazione del contenuto patrimoniale di taluni obblighi nascenti dal matrimonio, è ben possibile che la violazione degli stessi, oltre a determinare danni di natura patrimoniale, potrebbe ben essere la fonte di ulteriori danni non patrimoniali alla persona. In tal caso, dunque, non si è escluso il ricorso al risarcimento del danno non patrimoniale da responsabilità contrattuale.

⁸⁰ V. *retro*, nota 24.

