

ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLA NATURA GIURIDICA DELLA
RESPONSABILITÀ DA ILLECITO ENDOFAMILIARE
E SULLA SUA ESTENSIBILITÀ ALL'INTERNO
DELLA FAMIGLIA DI FATTO

OBSERVATIONS ON THE OF LEGAL NATURE OF INTRAFAMILY
TORT LIABILITY AND ON ITS EXTENSION TO DE FACTO
FAMILIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 105-144.

Fecha entrega: 06/07/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

CARLO PETTA
Dottorando di ricerca in diritto civile
LUMSA (Libera Università Maria Ss. Assunta), sede di Palermo
carlo.petta@live.it

RIASSUNTO: Il ricorso allo strumento risarcitorio all'interno del rapporto coniugale risulta essere un approdo piuttosto recente da parte delle corti italiane in seguito ad un lungo e travagliato percorso evolutivo. Questo studio analizza l'attuale dibattito dottrinale sul corretto inquadramento della responsabilità da illecito endofamiliare proponendo, al tempo stesso, non soltanto una ricostruzione più fedele alle disposizioni codicistiche (con particolare riferimento al carattere della tipicità di cui all'art. 2059 c.c.) ma, anche, alcuni possibili correttivi all'attuale modello elaborato dalla giurisprudenza.

Lo studio offre, infine, una riflessione circa l'estensione della responsabilità da illecito endofamiliare anche all'interno della famiglia di fatto, come statuito dalla corte di Cassazione italiana nel 2013.

PAROLE CHIAVE: illecito endofamiliare, tutela dei diritti, natura della responsabilità, famiglia di fatto, danno non patrimoniale.

ABSTRACT: Recourse to compensatory measures within marital relationships is a recent occurrence in Italian Courts, achieved after a long and complex evolution. This study analyses the current doctrinal debate on the correct legal framework of intrafamily tort liability: it presents an accurate reconstruction of the provisions of the Italian Civil Code (with particular reference to Article 2059 thereof) and some possible adjustments of the current model established by the legal practice.

Lastly, the study offers a reflection on the extension of intrafamily tort liability to non-married partners, as the Italian Court of Cassation held in 2013.

KEY WORDS: intrafamily tort, protection of rights, nature of liability, *de-facto* family, non-pecuniary loss.

SOMMARIO: I. PREMessa.- II. IL DANNO DA ILLECITO ENDOFAMILIARE: ASPETTI GENERALI ED ORIENTAMENTO TRADIZIONALE-RESTRITTIVO.- III. (*SEGUE*) LE CRITICHE ALL'ORIENTAMENTO TRADIZIONALE .- IV. (*SEGUE*) LA RECENTE RICOSTRUZIONE GIURISPRUDENZIALE.- V. IL DIBATTITO SULLA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ .- VI. ILLECITO ENDOFAMILIARE E TIPICITÀ .- VII. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEL CONVIVENTE E LA REGOLA RISARCITORIA APPLICABILE.-VIII. I POSSIBILI CORRETTIVI AL MODELLO GIURISPRUDENZIALE.

I. PREMessa

Nell'ultimo ventennio la branca del diritto dei privati all'interno della quale si sono registrate le principali innovazioni ad opera della dottrina e della giurisprudenza è, molto probabilmente, quella della responsabilità civile con particolare riferimento alla figura, non a caso ancora oggi particolarmente discussa, del danno non patrimoniale. Appare qui superfluo richiamare l'ingente giurisprudenza¹ sviluppatasi in materia, che negli anni ha inciso in maniera determinante su tale figura di danno rielaborando, in parte e non senza rilievi critici², quanto fissato abbastanza chiaramente dal legislatore nel disposto dell'art. 2059 c.c.

Le note ragioni che spinsero la giurisprudenza, *in primis* costituzionale, ad ampliare le possibili voci di danno risarcibile a seguito di un illecito, si rinvergono nella salvaguardia della persona umana nelle sue innumerevoli sfaccettature, così come sancito all'interno della Carta fondamentale.

¹ FACCI G.: *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, *Fam. dir.* (2009), p. 125 ss.; Corte cost. 11 luglio 2003 n. 233, *Foro it.* (2003), I, p. 2201 ss., con nota di NAVARRETTA E.: *Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*; Cass. 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828, *Danno resp.* (2003), p. 818 e ss., con nota di BUSNELLI F.D.: *Chiaroscuri d'estate: la Corte di Cassazione e il danno alla persona*, Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972/3/4/5, pubblicate su quasi tutte le riviste specializzate ed oggetto di approfondimento, tra l'altro, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5*, Milano (2005); Cass. sez. un. 19 settembre 2009 n. 18356, *Dir. fam. pers.* (2010), 94 ss. Cfr., sulla decisione, VIRGADAMO P.: *Danno non patrimoniale e "nuova ingiustizia conformata": le "quattro stagioni" dell'art. 2059 c.c. in attesa della Corte Costituzionale?*, *ivi* (2010), p. 598 ss.

² Su tutti, GAZZONI F.: *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, *Dir. fam. pers.* (2009), p. 73 ss.; ID.: *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, *Resp. civ. prev.* (2003), p. 1292 ss.; ID.: *Alla ricerca della felicità perduta (psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, *Riv. dir. comm.* (2001), 691.

A fronte della inarrestabile, e spesso incontrollata, *vis expansiva* del filone giurisprudenziale formatosi a partire dagli Anni '80 e cristallizzatosi con le celebri “sentenze gemelle”³, all'interno della famiglia la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, soprattutto in presenza di comprovate violazioni degli artt. 143 o 147 c.c., risultò per molto tempo in parte frustrata al fine di salvaguardare il superiore valore dell'integrità del nucleo familiare, che poteva essere messa a repentaglio dalle spinte disgregatrici rappresentate dagli interessi del singolo membro. L'assunto era, d'altronde, confermato dalla costante e maggioritaria giurisprudenza della Cassazione⁴, sulla scorta della presunta sufficienza e completezza⁵ del sistema di tutele approntato dal legislatore del '42 all'interno del libro I del codice, con particolare riferimento alla separazione con addebito (art. 151, comma secondo, c.c.).

Essenzialmente, fino al decennio scorso, la regola fondamentale del nostro ordinamento civile, sancita dall'art. 2043 c.c., così come altri principi in materia di responsabilità, incontravano numerose deroghe e temperamenti allorché all'interno della fattispecie entrasse in considerazione il rapporto familiare.

A partire dalla decisione della Suprema Corte del 2005⁶, alla quale seguì un'altra importante pronuncia nel 2011⁷, il tema dell'illecito endofamiliare, oggetto di numerosi studi in passato⁸, risulta ad oggi in costante evoluzione⁹ □ e

³ Cass. 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828, cit.

⁴ Cass. 27 maggio 1921, *Foro it.* (1921), p. 778; Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, *Dir. fam. pers.*(1993), p. 1023; Cass. 22 marzo 1993 n. 3367, *Mass. Giur. it.* (1993), p. 337; Cass. 26 maggio 1995 n. 5866, *Giur. it.* (1997), 6, I, 1, 843, con nota di AMATO A.: *Giudizio di separazione: l'addebito; il tenore di vita; l'indennità per le opere di miglioramento dell'immobile in cui è stabilita la residenza familiare; il diritto di ritenzione*, *Dir. fam. pers.* (1997), 1, p. 87 con nota di MONTECCHIARI T.: *Obblighi di contribuzione, migliorie su immobile di esclusiva proprietà di un coniuge con denaro dell'altro e separazione personale*.

⁵ Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, cit., che riassume l'esposto concetto con l'inciso “*inclusio unius, exclusio alterius*”.

⁶ Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, *Giur. it.* (2006), 4, p. 691. Per completezza, si segnalano, quali decisioni isolate nel senso di riconoscere, seppur in linea di principio, la configurabilità di una responsabilità risarcitoria, Cass. 19 giugno 1975 n. 2468, *Rep. Foro it.* (1975), v. *Matrimonio*, p. 288; Cass. 26 maggio 1995 n. 5866, cit.; Cass. 7 giugno 2000 n. 7713, *Danno resp.* (2000), p. 835, con note di MONATERI P.G. e PONZANELLI G.

⁷ Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, *Dir. fam. pers.* (2012), 1, p. 174, con nota di GIACOBBE E.: *A. Trabucchi: un “profeta” inascoltato!*; *ivi*, (2012), 4, p. 1447, con nota di PETTA C.: *Infedeltà coniugale e responsabilità civile: la risarcibilità dell'illecito endofamiliare nella recente giurisprudenza di legittimità*.

⁸ PATTI S.: *Famiglia e responsabilità civile*, Milano (1984), p. 51; ID.: *Famiglia e responsabilità civile, un lungo itinerario*, in AA.VV., *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di SESTA M., in *Nuova giur. dir. civ. comm.*, Torino (2011); MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, *Riv. crit. dir. priv.* (1988), p. 605 ss.; FRACCON A.: *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano (2003); FACCI G.: *I nuovi danni della famiglia che cambia*,

dai confini sempre ampi, come testimoniato dalla recente applicazione di siffatta responsabilità anche all'interno della famiglia di fatto¹⁰.

Al fine di ricostruire in maniera compiuta il tema in esame, si procederà con l'analisi degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che si sono susseguiti negli anni¹¹, per poi formulare le riserve legate alla qualificazione giuridica della responsabilità da illecito endofamiliare¹² e della sua applicazione all'interno della famiglia di fatto¹³, come statuito dalla Cassazione nel 2013. Si concluderà con la ricerca di alcuni possibili correttivi¹⁴ al modello applicativo della responsabilità da illecito endofamiliare elaborato dalla giurisprudenza.

II. IL DANNO DA ILLECITO ENDOFAMILIARE: ASPETTI GENERALI ED ORIENTAMENTO TRADIZIONALE-RESTRITTIVO

La configurabilità di una responsabilità da illecito endofamiliare è strettamente connessa all'evoluzione dei rapporti all'interno dell'istituzione familiare, soprattutto in seguito all'avvento della Costituzione e all'intervento del legislatore con la legge sul divorzio del 1970 e con la riforma del diritto di famiglia del 1975.

La disciplina giusfamiliare novellata comprova, difatti, che i rapporti di famiglia si sono definitivamente affrancati dalla dimensione pubblicistica, propria della concezione preunitaria e del codice civile del 1942¹⁵, con

Milano (2004); ASTONE A.: *Crisi coniugale e responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e crisi della famiglia*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di SESTA M., cit., p. 1813 ss.; VIRGADAMO P.: *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. 1894 ss.; PARADISO M.: *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, *Fam. pers. succ.* (2011), p. 14 ss.

⁹ Come emerge, chiaramente, dalle numerose pronunce sul tema all'interno di un arco temporale particolarmente breve, quali: Cass. 17 gennaio 2012 n. 610; Cass. 1 giugno 2012 n. 8862, *Foro it.* (2012), I, p. 2037; Cass. 20 giugno 2013 n. 15481, *Dir. giust.* (2013), p. 847, con nota di SAVOIA R.: *Aperte le porte al risarcimento dei danni causati dalla violazione degli obblighi familiari da parte del convivente*, che ha esteso la risarcibilità dell'illecito alle coppie di fatto.

¹⁰ Cass. 20 giugno 2013 n. 15481, cit.

¹¹ *Infra*, §§ II., III., IV.

¹² *Infra*, §§ V., VI.

¹³ *Infra*, § VII.

¹⁴ *Infra*, § VIII.

¹⁵ Per una compiuta analisi storica dei rapporti familiari, cfr. UNGARI P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, n. ed. a cura di SOFIA F., Bologna (2002); RODOTÀ S., *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti (1861-2011)*, Roma (2011); CIAN G., *Introduzione. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in CARRARO L. – OPPO G. – TRABUCCHI A., *Comm. rif. dir. fam.*, I, 1 (art. 1-89), Padova (1977), p. 23 ss.; GIACOBBE G.: *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano. Materiali per una ricerca*, Torino (2011); più

l'esaltazione, al contrario, del carattere "privato" delle relazioni familiari¹⁶. La famiglia, venuto meno il dominio della figura del *pater familias*, non risulta più un luogo di compressione e di mortificazioni delle esigenze del singolo, ma, al contrario, una sede di autorealizzazione e di crescita, nell'ambito del quale lo stesso veniva garantito ancor prima che come familiare, o coniuge, come persona¹⁷, in adesione al dettato dell'art. 2 Cost. Come è stato correttamente osservato in dottrina, la lettura combinata delle disposizioni costituzionali e di quelle codicistiche "depone [...] verso la rilevanza della singola personalità in seno alla famiglia, la cui valorizzazione sminuisce l'importanza della comunità a vantaggio del singolo"¹⁸.

L'affermazione dei diritti fondamentali dell'individuo, non più sacrificati all'interno dell'*habitat* familiare, pose rapidamente il quesito se una violazione di tali diritti potesse comportare o meno la risarcibilità del danno con applicazione delle regole di diritto comune, quale, su tutte, l'art. 2043 c.c. L'incertezza interpretativa ricorreva, essenzialmente, ogniqualvolta la lesione del diritto non fosse stata posta in essere da un soggetto terzo (illecito c.d. esofamiliare), non essendovi, in siffatti casi, dubbio alcuno sulla configurabilità della responsabilità aquiliana, quanto, piuttosto, nell'ipotesi in cui il danno si fosse verificato a causa del comportamento di un altro membro della famiglia stessa (illecito c.d. endofamiliare).

L'orientamento più risalente e restrittivo¹⁹, avallato, tra l'altro, da una giurisprudenza che, fino alla prima metà degli Anni '90, risultava costante e maggioritaria, negava il ricorso alla responsabilità aquiliana con conseguente risarcibilità dell'illecito endofamiliare per una serie di ragioni.

Risulta pacifico che l'orientamento in esame era condizionato dalla concezione più tradizionale della famiglia, la cui unità doveva essere garantita contro le spinte disgregatrici dei suoi componenti, sacrificando, dunque, al fine di perseguire il superiore interesse, le libertà ed i diritti fondamentali della persona. Non stupisce, allora, che vi fosse chi si esprimeva autorevolmente

recentemente, SCALISI V.: *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi*, *Riv. dir. civ.* (2013), 5, p. 1046 ss.

¹⁶ FERRANDO G.: *Matrimonio e famiglia*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da Zatti P., I, 1 (2002), p. 139.

¹⁷ SESTA M.: *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, *Fam. dir.*, (2005), p. 307; PERLINGIERI P.: *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli-Roma (2005), p. 371.

¹⁸ FREZZA G.: *La prova del danno non patrimoniale: i "paradossi" della dottrina, le "verità" giurisprudenziali*, *Dir. pers. fam.* (2007), p. 652.

¹⁹ RESCIGNO P.: *Immunità e privilegio*, *Riv. dir. civ.* (1961), I, p. 438; MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, cit., 605 ss.; più recentemente, DE FILIPPIS B.: *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, Padova (2003), p. 19 ss.

sul possibile ingresso della tutela giurisdizionale e risarcitoria in ambito familiare in termini di “inopportunità di tale intervento in materie delicate, dove i fatti e gli interessi in giuoco possono difficilmente venire ricostruiti e valutati in giudizio”²⁰.

Accanto alle considerazioni da parte della dottrina sull’opportunità dell’ingresso dello strumento risarcitorio all’interno della famiglia, venivano evidenziati ulteriori limiti circa la configurabilità di qualsivoglia responsabilità in capo al coniuge “colpevole”, desumibili dal testo dell’art. 143 c.c., che qualificava le situazioni giuridiche soggettive negative all’interno del diritto di famiglia quali “doveri”: secondo la dottrina, la principale distinzione tra i doveri e gli obblighi era rinvenibile nell’assenza di giuridicità dei primi, con conseguente incoercibilità dei loro contenuti²¹. I doveri familiari si ponevano, quindi, al di fuori di qualsiasi idea di corrispettività, dovendo concretizzarsi in atteggiamenti spontanei di comportamenti discrezionalmente assunti ed attuati²².

Si soleva sottolineare, altresì, la presunta specialità e completezza del diritto familiare rispetto alle altre branche dell’ordinamento civile, il che comportava, in ossequio al noto brocardo *lex specialis derogat legi generali*, l’inapplicabilità nell’ambito in esame del rimedio risarcitorio rappresentato dalla tutela aquiliana²³. Tali argomentazioni trovavano puntuale riscontro nella giurisprudenza di legittimità, secondo la quale “dalla separazione personale dei coniugi può nascere sul piano economico (...) solo il diritto al mantenimento dell’uno nei confronti dell’altro coniuge”, essendo, dunque, esclusa “la possibilità di richiedere, *ex art. 2043 c.c.*, anche il risarcimento del danno a qualsiasi titolo risentito a causa della separazione, ancorché la separazione sia stata dichiarata con addebito”²⁴.

Ad avviso della giurisprudenza assolutamente maggioritaria, la violazione dei doveri coniugali di cui all’art. 143 c.c. aveva certamente delle conseguenze sul piano dell’assetto economico tra gli ex coniugi, ma tali conseguenze, o sanzioni, non potevano essere diverse da quelle previste e tipizzate *ad hoc*

²⁰ TRIMARCHI P.: *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano (1970), p. 110.

²¹ FURGIUELE G., *Libertà e famiglia*, Milano (1979), p. 62 ss. e 126 ss.; DE PAOLA V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano (1991), p. 101; più recentemente, nello stesso senso, DE FILIPPIS B.: *L’obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 24.

²² DE PAOLA V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., p. 117; SPANGARO A.: *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., 83 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, cit., 622.

²³ DE FILIPPIS B., *L’obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, cit., pp. 24-25.

²⁴ Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, cit.; in termini simili, Cass. Roma 27 maggio 1921, cit., sotto la vigenza dell’istituto della separazione per colpa.

all'interno degli istituti propri dell'ordinamento giusfamiliare, quale, su tutti, la separazione con addebito di cui all'art. 151, comma secondo, c.c.; tale affermazione, riassunta dalla stessa Corte di Cassazione col principio "*inclusio unius, exclusio alterius*"²⁵, escludeva fermamente la possibile applicazione della responsabilità aquiliana in ambito familiare.

La preoccupazione da parte dei giudici era, a ben vedere, quella di evitare che il coniuge potesse avere remore nel richiedere la separazione, temendo il potenziale utilizzo (distorto) dello strumento risarcitorio da parte dell'altro, con evidente lesione del diritto di autodeterminazione, cosicché la libertà matrimoniale -che prima del 1970 esisteva solo durante il momento della scelta, e che, dopo tale data, venne estesa anche per il periodo successivo-venisse "congruamente salvaguardata"²⁶. In altre parole, la possibile apertura nei confronti dello strumento risarcitorio in ambito familiare avrebbe introdotto un deterrente alla libertà di separarsi o di divorziare, rischiando di fomentare una litigiosità che il legislatore del 1975 avrebbe inteso limitare attraverso l'esclusione della separazione per colpa²⁷.

Altri Autori²⁸ si domandavano, similmente, come una libertà accordata all'individuo dall'ordinamento, quale appunto la libertà di divorziare o la libertà di separarsi, espressione del diritto costituzionalmente tutelato alla libera autodeterminazione (*ex art. 2 Cost.*), avrebbe potuto cagionare un "danno da separazione o divorzio", con invocazione del brocardo *qui iure suo utitur neminem laedit*. In tal senso, non vi sarebbe stato alcun modo per qualificare tali comportamenti *contra jus* o *non iure*, mancando il requisito dell'ingiustizia previsto dall'art. 2043 c.c., sì da pregiudicare definitivamente la possibilità di ottenere il risarcimento per la presunta lesione subita.

Alle medesime conclusioni addiveniva la Cassazione asserendo che "la tutela risarcitoria *ex art. 2043 c.c.* 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

²⁵ Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, cit.

²⁶ DE FILIPPIS B.: *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 25

²⁷ BASINI G.F.: *Alcune considerazioni in tema di risarcibilità del danno tra i coniugi*, *Resp. civ. e prev.* (2011), p. 981 ss., ove numerosi riferimenti in dottrina.

²⁸ SEBASTIO G.: *Illeciti tra familiari, violenza domestica, risarcimento del danno*, Milano (2006), p. 71 ss.; DE FILIPPIS B.: *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, cit., pp. 24-25; MORACE PINELLI A.: *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, cit., p. 132-133; FINOCCHIARO M.: *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, *Guida al diritto* (2002), p. 37.

un diritto dell'altro coniuge"²⁹, essendo la separazione personale stessa "un diritto inquadabile tra quelli che garantiscono la libertà della persona (cioè un bene di altissima rilevanza costituzionale)"³⁰.

Qualora, comunque, il fatto illecito tra familiari avesse integrato gli estremi del reato, per la gravità del fatto l'interesse pubblicistico alla repressione sarebbe risultato prevalente rispetto alla tutela della sfera privata dell'individuo, giustificando, allora, l'intervento del giudice³¹.

D'altro canto, è opportuno segnalare che parte della dottrina, pur aderendo all'esposta tesi restrittiva, precisava che poteva effettivamente ritenersi ammissibile la possibilità di liquidare i danni susseguenti a comportamenti suscettibili di risarcimento a prescindere dallo *status* coniugale, e che l'eventuale sede di valutazione non sarebbe stato il giudizio di separazione o di divorzio, dovendosi, invece, individuare un diverso giudizio, penale o civile, che, a prescindere dal matrimonio, anche un terzo avrebbe potuto attivare³².

III. (SEGUE) LE CRITICHE ALL'ORIENTAMENTO TRADIZIONALE

L'orientamento restrittivo risultò assolutamente maggioritario per tutto il secolo scorso, entrando, tuttavia, lentamente in crisi a causa di importanti cambiamenti a livello ordinamentale e dell'incessante contributo da parte della dottrina che, negli anni, formulò numerose riserve su quello che ormai rappresentava una sorta di dogma della inapplicabilità delle norme generali in materia di responsabilità civile in caso di illecito perpetrato all'interno della comunità familiare.

Andando con ordine, l'introduzione della legge sullo scioglimento del matrimonio e la Novella del 1975, alla quale seguì, secondo certa dottrina, la "privatizzazione" del diritto di famiglia con la conseguente esaltazione delle prerogative del singolo — meritevoli di tutela ancor prima del presunto superiore interesse all'unità familiare³³ come testimoniato, su tutti, dalla nuova disciplina della separazione personale non più vincolata al requisito

²⁹ Cass. 22 marzo 1993 n. 3367, cit.

³⁰ Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, cit.

³¹ PATTI S.: *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 32.

³² RESCIGNO P.: *Immunità e privilegio*, cit., p. 438, secondo il quale "l'esigenza di non turbare la pace familiare non giustifica il rifiuto dell'azione proposta dopo il divorzio per un danno subito durante il matrimonio"; DE FILIPPIS B.: *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, cit., p. 25.

³³ PARADISO M.: *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p. 14; FACCI G.: *L'illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari*, *Fam. dir.* (2006), p. 515 ss.

della colpa — sancirono la definitiva crisi del modello patriarcale che aveva caratterizzato la precedente legislazione.

Allo stesso modo, il ragguardevole ampliarsi, grazie al consistente impulso della giurisprudenza, delle situazioni giuridiche soggettive suscettibili di risarcimento del danno nell'ottica generale di una più penetrante tutela da parte dell'ordinamento nei confronti dell'individuo, inteso come persona umana³⁴, incise in maniera determinante sull'applicabilità del rimedio risarcitorio in ambito familiare.

Parallelamente, a fronte del nuovo assetto ordinamentale, una consistente parte della dottrina iniziò a sostenere l'opportunità di tutelare maggiormente il familiare che avesse subito un pregiudizio grave ad un diritto inviolabile attraverso lo strumento risarcitorio.

Avverso una delle maggiori argomentazioni addotte dell'orientamento restrittivo, ovverosia la presunta completezza dell'ordinamento giusfamiliare, diversi Autori³⁵ sottolineavano che gli istituti propri del diritto di famiglia risultavano inadeguati a fronte di condotte particolarmente gravi e lesive perpetrate da un familiare a danno dell'altro: in particolare, l'aprioristica negazione del possibile ricorso allo strumento risarcitorio avrebbe comportato conseguenze paradossali, in quanto situazioni che, in generale, avrebbero qualificato un comportamento illecito e risarcibile *ex art. 2043 c.c.*, tali non sarebbero state se consumate all'interno della famiglia, cosicché alcuni individui, "avvalendosi del loro vincolo di consanguineità, avrebbero potuto arrecare danno, sfuggendo ad ogni responsabilità"³⁶. Una simile conclusione comportava un'evidente ed irragionevole violazione della Costituzione, mancando una forma di tutela, anche minima, in presenza di violazioni di diritti fondamentali dell'individuo consumate all'interno di un contesto, quale quello familiare, deputato a valorizzarli alla luce degli artt. 2, 29 e 30 Cost.³⁷.

L'inadeguatezza delle sanzioni *ad hoc* proprie degli istituti di diritto familiare era, allo stesso tempo, testimoniata dall'inconsistenza ed insufficienza risarcitoria della principale sanzione prevista dal codice civile in caso di

³⁴ FACCI G.: *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008*, cit., 125 ss.; Corte cost. 11 luglio 2003 n. 233, cit.; Cass. 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828, cit.; Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972/3/4/5, cit.; Cass. sez. un. 19 settembre 2009 n. 18356, cit.

³⁵ CENDON P. – SEBASTIO G.: *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, *Resp. civ. prev.* (2002), p. 1257.

³⁶ ALPA G. – BESSONE M. – CARBONE V.: *Atipicità dell'illecito*, Milano (1993), p. 1 ss.

³⁷ FAVILLI C.: *Il danno non patrimoniale nell'illecito tra familiari*, in *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, a cura di NAVARRETTA E., Milano (2010), p. 467.

violazione dei doveri coniugali, ovverossia la pronuncia di addebito della separazione (art. 151, comma secondo, c.c.).

Similmente, anche l'assegno divorzile appariva privo di una funzione propriamente risarcitoria in quanto, alla luce della norma di riferimento (art. 5 l.d.), esso è parametrato alle condizioni economiche della coppia e non al possibile pregiudizio sofferto in seguito alla violazione dei doveri coniugali³⁸.

A ben vedere, dunque, nella separazione e nel divorzio, essendo la funzione principale svolta da tali istituti assistenziale e non già risarcitoria³⁹, la mancanza dei requisiti legali per il riconoscimento dell'addebito o la corresponsione dell'assegno divorzile comportava per il coniuge che avesse riportato un danno per la violazione dei doveri matrimoniali, la mancanza di un'adeguata tutela⁴⁰. In entrambi gli istituti, d'altronde, "la posizione dell'avente diritto alle prestazioni è fatta dipendere da una pluralità di fattori tali da escludere ogni possibilità di ragguglio diretto ed immediato tra gli illeciti addebitabili (...) e la entità delle prestazioni che solo eventualmente gli spettano"⁴¹.

A fronte di condotte gravi risultavano inadeguate, allo stesso modo, la sanzione di cui all'art. 146 c.c., dal carattere prettamente temporaneo e finalizzata al ripristino della coabitazione o alla separazione⁴², e la misura prevista dall'art. 342-*bis* c.c., rubricato "ordini di protezione contro gli abusi familiari", che, pur salvaguardando l'integrità fisica o morale, ovvero le libertà del coniuge o del convivente, non consente il risarcimento del danno ingiusto patito.

Avverso la presunta natura meramente morale degli obblighi assunti col matrimonio, in dottrina⁴³ si è sostenuto che, dopo la riforma del 1975, non possono sussistere dubbi sulla giuridicità dei suddetti obblighi, alla luce del disposto degli artt. 123 e 160 c.c.

³⁸ GIACOBBE G. – VIRGADAMO P.: *Il matrimonio*, t. II, *Separazione personale e divorzio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO R., Torino (2011), p. 480; FRACCON A., *Relazioni familiari e responsabilità civile*, cit., p. 93.

³⁹ Sul tema, MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, cit., p. 619 ss.; AL MUREDEN E.: *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano (2007), *passim*.

⁴⁰ ASTONE A.: *Crisi coniugale e responsabilità civile*, cit., p. 1824; PILLA V., *Separazione e divorzio: i profili di responsabilità*, Padova (2007), *passim*.

⁴¹ MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, cit., p. 619.

⁴² FRACCON A.: *I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Dir. fam. pers.* (2001), 1, p. 385.

⁴³ SPANGARO A.: *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, cit., p. 88; PILLA V., *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna (2006), pp. 3 e ss., 201.

Si è osservato, concludendo, che l'assenza di una norma specifica, all'interno del codice civile, che sancisca la risarcibilità dell'illecito endofamiliare, non potrebbe significare l'irrilevanza del fatto per l'ordinamento, dovendo "l'interprete muovere dal principio secondo cui la mancanza della regola specifica importa l'applicabilità della regola generale, posto ovviamente che il fatto sia riconducibile ad una fattispecie astratta prevista dal legislatore per disciplinare le conseguenze di determinati comportamenti dei consociati"⁴⁴. Tale regola generale sarebbe, per l'appunto, quella contenuta nell'art. 2043 c.c., che risulterebbe allora applicabile nelle fattispecie in esame.

Le sovraesposte argomentazioni col tempo riuscirono ad intaccare l'orientamento maggioritario, alimentando il dibattito sul punto. Parte della giurisprudenza⁴⁵ continuò a negare qualsiasi tipo di risarcimento, aderendo alla tesi più tradizionale; altra parte⁴⁶, invece, mostrò segni di apertura, configurando astrattamente in alcuni casi⁴⁷, accordando concretamente in altri⁴⁸, la risarcibilità del danno prodottosi in seguito ad illecito endofamiliare.

⁴⁴ PATTI: *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 28; nello stesso senso AA.VV.: *Illeciti-danni-risarcimento*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di CENDON, Milano (2013), p. 305, ove si sottolinea che "l'art. 2043 c.c., del resto, costituisce una clausola generale all'interno del nostro ordinamento e contiene una norma da applicare ogniqualvolta ricorra un comportamento illecito che infligga un danno alla vittima".

⁴⁵ Trib. Savona 5 dicembre 2002, *Dir. fam. pers.* (2003), 3, p. 248; Trib. Milano 19 febbraio 1999, *Dir. fam. pers.*, 2001, p. 988.

⁴⁶ Cass. 19 giugno 1975 n. 2468, cit. Ad avviso della Corte, la violazione da parte del coniuge dell'obbligo di fedeltà, a prescindere dalle conseguenze sui rapporti di natura personale, potrebbe determinare, in concorso con particolari circostanze quale il discredito sociale seguito all'adulterio, un obbligo risarcitorio a favore del coniuge danneggiato. Per la giurisprudenza di merito, si segnalano Trib. Roma 17 settembre 1988, *Nuova giur. comm.* (1989), p. 559; Trib. Monza 15 marzo 1997, *Fam. dir.* (1997), p. 462;. Si veda, anche, PALADINI M.: *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, *Resp. civ. prev.* (2007), p. 2005.

⁴⁷ Cass. 26 maggio 1995 n. 5866, cit., con la quale i giudici negarono la presunta completezza del sistema giusfamiliare con il riconoscimento, in linea teorica, della risarcibilità del danno qualora i fatti che abbiano dato luogo all'addebito avessero integrato gli estremi dell'illecito tipizzato dall'art. 2043 c.c., pur non costituendo l'addebito di per sé fonte di responsabilità extracontrattuale.

⁴⁸ Cass. 7 giugno 2000 n. 7713, cit. La Corte affermò il principio che la lesione dei diritti fondamentali della persona -nel caso di specie, un minore che per anni si era visto rifiutare dal padre i mezzi di sostentamento- poteva costituire fonte di responsabilità risarcitoria indipendentemente dall'esistenza di perdite patrimoniali del danneggiato. La lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c., si osservò nella decisione, imponeva di ritenere che tale disposizione fosse diretta a compensare il sacrificio che detti valori subirono a causa dell'illecito, così che la norma stessa, correlata agli artt. 2 e ss. della Costituzione, doveva necessariamente intendersi come comprensiva del risarcimento di tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolavano le attività realizzatrici della persona umana, indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la lesione potesse comportare.

IV. (SEGUE) LA RECENTE RICOSTRUZIONE GIURISPRUDENZIALE

L'evoluzione ordinamentale dei rapporti personali tra i coniugi e della tutela dell'individuo comportò un ripensamento sull'argomento da parte della giurisprudenza di legittimità con il riconoscimento della risarcibilità dell'illecito endofamiliare in maniera piena⁴⁹ nel 2005⁵⁰. A tale approdo seguirono altre pronunce, a partire dal 2011⁵¹, all'interno di un arco temporale particolarmente ristretto se si considera l'esiguità di decisioni sul punto nel decennio anteriore.

Occorre qui ricostruire la risarcibilità dell'illecito endofamiliare secondo lo schema applicativo posto in essere dalla giurisprudenza, in particolar modo con la significative sentenze del 2005 e del 2011, rimandando ai paragrafi successivi la formulazione delle riserve avverso il percorso logico seguito dalla Corte, con la contestuale ricostruzione di detta responsabilità in termini quanto più rigorosi possibili.

L'inaugurato filone giurisprudenziale venne condizionato in maniera decisiva dall'elaborazione dottrinale sviluppatasi nei decenni e dalla nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c. accolta dai supremi giudici, alla quale la stessa Corte affermò di voler dare continuità⁵².

Avverso l'argomentazione secondo la quale i diritti nascenti dal matrimonio avrebbero avuto carattere esclusivamente morale, la Cassazione osservò, al contrario, che questi sono da intendersi come giuridici, così come emergerebbe chiaramente dalla lettera dell'art. 143 c.c., che fa riferimento alle nozioni di dovere, obbligo e diritto, e dell'art. 160 c.c., che sancisce l'inderogabilità degli stessi, potendosi, conseguentemente, ravvisare la sussistenza di un diritto soggettivo di un coniuge nei confronti dell'altro a comportamenti conformi a detti obblighi.

Allo stesso modo, era da ritenersi superata la presunta completezza del sistema di tutele approntato dal legislatore del 1942 e del 1975, avendo la separazione ed il divorzio funzioni e limiti che rendevano evidente che detti istituti fossero strutturalmente compatibili con la tutela generale dei diritti, tanto più se costituzionalmente garantiti.

⁴⁹ Come visto nel § III., non mancarono negli anni precedenti al 2005 pronunce della giurisprudenza di merito e di legittimità che statuirono in senso favorevole alla risarcibilità, seppur certe volte meramente astratta, in presenza dell'illecito oggetto di questo studio.

⁵⁰ Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit.

⁵¹ Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.; Cass. 17 gennaio 2012 n. 610; Cass. 1 giugno 2012 n. 8862; Cass. 20 giugno 2013 n. 15481, cit., in relazione alle coppie di fatto.

⁵² Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit.

Decisiva, infine, la lettura “costituzionalmente orientata”⁵³ dell’art. 2059 c.c., sancita definitivamente a Sezioni Unite nel 2009⁵⁴, con la precisazione che il presupposto per la fondatezza della pretesa relativa al risarcimento di un danno non patrimoniale è la necessaria sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell’illecito civile di cui all’art. 2043 c.c., cioè la condotta illecita, l’ingiusta lesione di interessi tutelati dall’ordinamento, il nesso causale tra la prima e la seconda, l’esistenza di un concreto pregiudizio patito dal titolare dell’interesse leso.

Completata la ricostruzione a livello sistematico, la Corte sancì che la violazione di uno dei doveri coniugali, quale quello di fedeltà, potesse comportare, al di fuori delle ipotesi di reato, la lesione di un diritto costituzionalmente protetto e, quindi, una responsabilità risarcitoria, una volta provato il nesso causale tra detta violazione ed il danno. Anche nell’ambito della famiglia i diritti della persona risultavano tali, cosicché la loro lesione da parte di un terzo o di altro componente della famiglia poteva costituire presupposto della responsabilità civile, non configurandosi la famiglia come un luogo di compressione e di mortificazione dei diritti irrinunciabili ma, al contrario, come sede di realizzazione e di crescita ex art. 2 Cost.⁵⁵

I giudici non mancarono di precisare che l’ipotesi risarcitoria potrebbe sussistere, a ben vedere, in casi e contesti del tutto particolari, “ove si dimostri che l’infedeltà, per le sue modalità e in relazione alla specificità della fattispecie, abbia dato luogo a lesione della salute del coniuge (...), ovvero ove l’infedeltà per le sue modalità abbia trasmodato in comportamenti che, oltrepassando i limiti dell’offesa di per sé insita nella violazione dell’obbligo in questione, si siano concretizzati in atti specificamente lesivi della dignità della persona, costituente bene costituzionalmente protetto”⁵⁶. Per converso, non verrebbero in rilievo i comportamenti di minima efficacia lesiva “suscettibili di trovare composizione all’interno della famiglia in forza di quello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza”⁵⁷. Pertanto, la mera violazione dei doveri matrimoniali o anche la pronuncia di addebito della separazione non potrebbero, di per sé, automaticamente integrare una responsabilità risarcitoria.

⁵³ Per tutti, cfr., anche in chiave critica, VIRGADAMO P.: *Danno non patrimoniale e “nuova ingiustizia conformata”: le “quattro stagioni” dell’art. 2059 c.c. in attesa della Corte costituzionale?*, cit., p. 598 ss.

⁵⁴ Cass. sez. un. 1 ottobre 2009 n. 18356, cit.

⁵⁵ Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit.

⁵⁶ Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.

⁵⁷ Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit.

Rispetto alla sentenza del 2005, l'approdo giurisprudenziale del 2011 andò oltre, statuendo sulla pregiudizialità dell'addebito rispetto alla domanda di risarcimento, che rappresentava, oltretutto, uno degli specifici motivi del ricorso, essendo stato negato il risarcimento dalla Corte territoriale, tra le altre cose, poiché i coniugi erano addivenuti alla separazione consensuale.

Sul punto, la Cassazione precisò che l'assenza di addebito della separazione non risultava preclusiva di separata azione per il risarcimento del danno, stante la differenza del *petitum*, la mancanza di qualsivoglia norma di diritto positivo che dichiarasse tale presunta pregiudizialità, e la diversità della rilevanza e delle caratteristiche fattuali che la violazione potrebbe avere ai fini dell'addebitabilità o della risarcibilità.

V. IL DIBATTITO SULLA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ

La “svolta” giurisprudenziale inaugurata nel 2005 e confermata a più riprese, anche in intervalli temporali molto ristretti, a partire dal 2011 può essere considerata, a prima vista, in senso positivo, quale completamento dell'evoluzione ordinamentale in relazione alla tutela della persona umana sancita in Costituzione, che verrebbe così tutelata e valorizzata anche all'interno dell'istituzione familiare.

Ma, come a breve si dirà, i passaggi logici seguiti dalla Cassazione per affermare la sussistenza della responsabilità in capo al coniuge non sono esenti da rilievi critici ed andrebbero, molto probabilmente, rivisti.

Non stupisce, allora, che negli ultimi anni si sia sviluppato un acceso dibattito dottrinale che non verte più, come accadeva in passato, sull'opportunità di risarcire o meno i diritti lesi del familiare, ormai pacificamente riconosciuta, ma sulla natura della relativa responsabilità; come è stato correttamente osservato, infatti, “la questione non è tanto la possibilità che perdite e danni non trovino rimedio, il più delle volte nell'ordinamento, quanto la tenuta di quest'ultimo, la quale richiede che le soluzioni delle questioni di giustizia ricevano coerente interpretazione sistematica”⁵⁸.

Il sistema approntato dalla giurisprudenza è stato riassunto dalla stessa Cassazione nel 2011, a livello di principio, nei seguenti termini: “i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio hanno natura giuridica e la loro violazione non trova necessariamente sanzione unicamente nelle misure

⁵⁸ NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa e dir. priv.* (2008), p. 931.

tipiche previste dal diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, discendendo dalla natura giuridica degli obblighi suddetti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia preclusiva dell'azione di risarcimento relativa a detti danni⁵⁹.

Lo schema applicativo risulta, dunque, abbastanza semplice: se il coniuge, violando uno dei doveri di cui agli artt. 143 c.c. e ss., lede un diritto costituzionalmente garantito dell'altro, al di fuori delle ipotesi di reato, questi può essere responsabile civilmente nei confronti di costui per i danni cagionati *ex artt.* 2043 e 2059 c.c.

La ricostruzione suscita delle riserve sotto diversi aspetti.

Innanzitutto, sfugge il motivo per cui la Cassazione abbia dovuto richiamare, quale passaggio logico, la violazione dei doveri coniugali⁶⁰. Se oggetto di tutela sono i diritti fondamentali dell'individuo tutelati dalla Carta costituzionale, questi dovrebbero ricevere adeguata tutela a prescindere dalle norme del codice civile. Un comportamento gravemente lesivo, ad esempio, dell'onore del coniuge, quale l'ostentazione pubblica e reiterata di una relazione extraconiugale, risulterebbe tale a prescindere dal disposto, e dalla contestuale violazione, dell'art. 143 c.c. Il richiamo, dunque, ai doveri coniugali da parte della Cassazione risulterebbe un *quid pluris* probabilmente superfluo, in quanto, a nostro avviso, sarebbe stato molto più agevole considerare il coniuge "colpevole" come un qualsiasi altro estraneo che abbia violato il generale principio del *neminem laedere*, applicandosi così le norme ordinarie in materia di responsabilità⁶¹. In tale prospettiva, la violazione del

⁵⁹ Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.

⁶⁰ Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit., nella quale i giudici osservano che "discende, infatti, dalla natura giuridica degli obblighi su detti che il comportamento di un coniuge non soltanto può costituire causa di separazione o di divorzio, ma può anche, ove ne sussistano tutti i presupposti secondo le regole generali, integrare gli estremi dell'illecito civile". Si esprimono negli stessi termini: Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit.: "la circostanza che il comportamento di un coniuge costituisca causa della separazione o del divorzio non esclude che esso possa integrare gli estremi dell'illecito civile"; Cass. 1 giugno 2012 n. 8862., cit.: "va precisato che la responsabilità tra coniugi o del genitore nei confronti del figlio non si fonda sulla mera violazione dei doveri, matrimoniali o di quelli derivanti dal rapporto di genitorialità, ma sulla lesione, a seguito dell'avvenuta violazione di tali doveri, di beni inerenti alla persona umana, come la salute, la *privacy*, i rapporti relazionali, etc."

⁶¹ PARADISO M.: *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 18. In Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, la Corte opina correttamente in premessa affermando che "il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume i connotati di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia,

dovere coniugale rappresenterebbe soltanto l'occasione in cui si è verificata la lesione della posizione del coniuge, non in quanto tale, ma in quanto persona⁶².

Così argomentando, il comportamento lesivo risulterebbe tale a prescindere dallo *status* del soggetto che l'ha posto in essere, sia esso il coniuge oppure un soggetto terzo, superando così la concezione di "immunità" studiata dalla dottrina più risalente⁶³, ed i paradossi applicativi dell'orientamento restrittivo⁶⁴.

Analogamente, attenta dottrina ha elaborato, in chiave critica, una ricostruzione che si basa anch'essa sulla diretta violazione dei valori costituzionali prescindendo da qualsivoglia riferimento ai doveri coniugali. Infatti, "posto che il comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio è illecito perché contrastante con specifica disposizione di legge, data la risarcibilità del danno non patrimoniale allorché l'illecito abbia leso un interesse di rilevanza costituzionale, e posto che la famiglia è espressione di un valore costituzionalmente tutelato dagli artt. 29 e 31 Cost., tutti i pregiudizi conseguenti alla violazione dei diritti-doveri che derivano dal matrimonio *ex* art. 143 c.c. sono risarcibili ai sensi del coordinato disposto degli artt. 2043 e 2059 c.c., laddove lesivi del valore dell'unità della famiglia, costituzionalmente tutelato dall'art. 29 Cost."⁶⁵.

Inoltre, il costante ed evitabile richiamo ai doveri nascenti dal matrimonio pone un fondamentale problema interpretativo di non semplice soluzione.

Come segnalato in diversi commenti⁶⁶, la responsabilità sussistente tra due soggetti determinati in presenza di violazioni di specifici obblighi

così come da parte del terzo costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo chiaramente ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare"; ma poi, nel passaggio successivo, ritiene necessaria, ai fini del risarcimento, la violazione di uno dei doveri nascenti dal matrimonio.

⁶² Si esprime in questi termini DI ROSA G.: *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di MAUGERI M. e ZOPPINI A., Bologna (2009), p. 417 ss..

⁶³ RESCIGNO P.: *Immunità e privilegio*, cit., 438.

⁶⁴ CENDON P. – SEBASTIO G.: *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, cit., p. 1257.

⁶⁵ GIACOBBE E.: *A. Trabucchi: un "profeta" inascoltato!*, cit., p. 169 ss.

⁶⁶ GIACOBBE E.: *A. Trabucchi: un "profeta" inascoltato!*, cit., p. 169 ss.; PARADISO M.: *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p. 17; NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 936; VETTORI G.: *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, *Fam. pers. succ.* (2007), p. 200 ss.; BASINI G.F.: *Alcune considerazioni in tema di risarcibilità del danno tra i coniugi*, cit., p. 981 ss.

reciprocamente assunti non dovrebbe essere qualificata quale aquiliana, ma, al contrario, come logica suggerirebbe, contrattuale. In tutte le ipotesi di illecito endofamiliare la violazione potrebbe provenire soltanto da chi abbia puntuali obblighi di fedeltà, assistenza e collaborazione e alla stregua di essi dovrebbe esserne valutata la colpa e la responsabilità⁶⁷: la responsabilità da illecito endofamiliare nei confronti del coniuge nascerebbe, pertanto, per inadempimento di una obbligazione nascente dalla legge (ovverosia dagli obblighi nascenti dal matrimonio previsti dal codice civile) in conformità al disposto dell'art. 1173 c.c. sulle fonti del rapporto obbligatorio⁶⁸, applicandosi, di conseguenza, gli artt. 1218 e ss. c.c.

A ben vedere, difatti, secondo tale opinione, non si comprenderebbe per quale motivo si ricorra ad una forma di responsabilità che solitamente investe soggetti "estranei" (non legati, cioè, da alcuna relazione giuridicamente rilevante⁶⁹ all'interno di un rapporto tra soggetti determinati ed in presenza di una violazione che, per affermazione della stessa giurisprudenza, è determinata in occasione dell'inosservanza di un obbligo ben preciso, sia esso di fedeltà, di assistenza, etc. La responsabilità di cui all'art. 2043 c.c., al contrario, "è concepita per risolvere i problemi di danno tra persone senza un previo rapporto giuridico, laddove è la responsabilità da inadempimento di obblighi (o contrattuale) a dare forma agli obblighi risarcitori nei casi in cui il danno è la risultante della violazione di una regola inerente al rapporto"⁷⁰.

Allo stesso modo, si è osservato, l'applicazione della tutela aquiliana apparirebbe eccessiva a fronte di comportamenti colposi e non già dolosi, quale, ad esempio, una violazione per mera negligenza di uno dei doveri familiari, in presenza dei quali "la responsabilità extracontrattuale si presenta come una reazione brutale al danno infrafamiliare", in quanto "la colpa come mera negligenza (...) si rivela una ragione ben povera per spiegare un'interferenza così grave come la responsabilità nel diritto di famiglia"⁷¹. Tuttavia, allo stesso tempo, ridurre le ipotesi di risarcimento alle sole fattispecie dolose, pur apparendo una soluzione migliore e condivisibile in

⁶⁷ PARADISO M.: *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p. 17.

⁶⁸ OBERTO G.: *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano (2006), p. 13.

⁶⁹ Su tutti, CASTRONOVO C.: *La nuova responsabilità civile*, Milano (2006), pp. 455 ss. e 559 ss.

⁷⁰ NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 937.

⁷¹ NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 937; *contra*, CENDON P. – SEBASTIO G.: *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, cit., p. 1304, secondo i quali la semplice negligenza in capo al convenuto sarà, di norma, sufficiente per l'affermazione di un obbligo risarcitorio in relazione all'importanza del diritto leso dell'altro coniuge: "massima quindi la necessità di salvaguardia per il *plaintiff*, minimo il tenore dei rimproveri necessari per far sorgere la responsabilità".

termini di opportunità, snaturerebbe definitivamente l'istituto di cui all'art. 2043 c.c.⁷².

Un'ulteriore riprova della discutibile applicazione della regola aquiliana sarebbe rappresentata dall'esclusione della responsabilità del terzo che abbia "indotto" alla violazione del dovere coniugale sulla base del rilievo che l'estraneo, a differenza del coniuge, non sarebbe tenuto a rispettare l'altrui vita familiare⁷³: la condotta non risulterebbe illecita e non sarebbe suscettibile di risarcimento *ex art.* 2043 c.c. Come sarebbe possibile, allora, conciliare la disparità di trattamento tra il coniuge e l'estraneo?⁷⁴ Se l'obbligo fonte del risarcimento risultasse tale solo per il coniuge, apparirebbe allora evidente che la responsabilità per violazione dei doveri coniugali non potrebbe essere extracontrattuale, bensì contrattuale⁷⁵.

Tale impostazione, inoltre, ad opinione dei suoi sostenitori, risponderebbe in maniera più efficace alla *ratio* di fondo dell'intervento giurisprudenziale, ovvero sia la tutela dell'individuo nelle relazioni familiari, considerato il favorevole regime giuridico, *in primis* probatorio, a favore del soggetto danneggiato dall'inadempimento altrui, similmente a quanto, d'altronde, si assiste da tempo in campo di responsabilità medica⁷⁶.

La ricostruzione riportata, se, da una parte, risulta particolarmente convincente e maggiormente conforme ai rapporti che si instaurano tra i coniugi rispetto al ricorso alla tutela aquiliana assunto dalla giurisprudenza, dall'altra, suscita due riserve difficilmente superabili: il limite della patrimonialità della prestazione di cui all'art. 1174 c.c. e l'eccessiva dilatazione della responsabilità civile del consorte in caso di violazione del dovere coniugale.

Sotto il primo aspetto, la ricostruzione offerta non tiene debitamente conto del disposto dell'art. 1174 c.c., ai sensi del quale la prestazione oggetto

⁷² NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 937.

⁷³ Cfr., quale *leading case*, Trib. Roma 17 settembre 1988, *Nuova giur. civ. comm.* (1989), I, p. 559.

⁷⁴ È il quesito che pone PARADISO M.: *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 17.

⁷⁵ PARADISO M.: *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 17. *Contra*, FACCI G.: *Il danno da adulterio*, *Resp. civ. prev.* (2012), 05, p. 1481 ss., secondo il quale la responsabilità del terzo sarebbe negata non tanto poiché su quest'ultimo non graverebbe l'obbligo di fedeltà, quanto per il fatto che "la condotta dello stesso è considerata come esplicazione di un proprio diritto "costituzionalmente garantito alla libera espressione della propria personalità", che si manifesta altresì con la possibilità di intrattenere relazioni interpersonali, anche con persone coniugate".

⁷⁶ Su tutte, Cass. sez. un. 11 gennaio 2008 n. 577, *Danno e resp.* (2008), p. 871 ss., con nota di NICOLUSSI A.: *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*.

dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e del fatto che diversi doveri nascenti dal matrimonio, pur avendo natura giuridica, hanno carattere personale e non già patrimoniale. Tale dato è confermato dallo stesso codice civile, che, non a caso, non prevede alcuno strumento per ottenere coattivamente l'adempimento dell'"obbligazione" da parte dell'altro coniuge se non in relazione al mantenimento dei figli, come disposto dall'art. 148 c.c. La *ratio legis* appare chiara, in quanto, come sottolineato in dottrina, "gli obblighi personali sono incoercibili e, ove se ne prescrivesse una tutela per equivalente, quest'ultima realizzerebbe un obiettivo eccentrico: si incentiverebbe la litigiosità solo per far conseguire un surrogato economico sacrificando un bene personale come la relazione coniugale"⁷⁷. A sostegno di tale confutazione, si riporta altresì il disposto dell'art. 2941, n. 1, c.c., che indica lo stesso rapporto di coniugio come causa di sospensione della prescrizione⁷⁸.

Per superare l'obiezione, si potrebbe tentare una più complessa ricostruzione del sistema, essendo "più corretto ritenere che il fenomeno descritto dall'art. 1218 c.c. trovi applicazione solo con riguardo a quei doveri giuridici tecnicamente qualificabili come 'obbligazioni' e dunque caratterizzati dalla patrimonialità, secondo quanto disposto dall'art. 1174 c.c., laddove le violazioni degli altri doveri lasceranno aperto il campo alla valutazione di ingiustizia del danno per una possibile applicazione dell'art. 2043 c.c."⁷⁹. In altre parole, a seconda del diritto-dovere coniugale violato, la responsabilità civile in capo al coniuge potrebbe avere natura diversa, contrattuale o extracontrattuale, in presenza o meno del carattere della patrimonialità.

In via esemplificativa, il dovere di fedeltà, qualora non si voglia ridurre quest'ultimo allo storico *ius in corpus* esclusivo, ha carattere strettamente personale e la sua lesione comporterebbe il ristoro del danno patito applicando le regole sulla responsabilità extracontrattuale (artt. 2043 e 2059 c.c.). Al contrario, l'obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia, che l'art. 143, terzo comma c.c., pone a carico di entrambi i coniugi, è un dovere di carattere prettamente economico⁸⁰ ed in caso di inadempimento potrebbe esperirsi il rimedio di cui all'art. 1218 c.c., con la possibilità di richiedere, allo stesso tempo, in virtù di una interpretazione costituzionalmente orientata, il risarcimento dell'eventuale danno non patrimoniale cumulando le due azioni, come a breve si chiarirà.

⁷⁷ NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 946.

⁷⁸ NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 946, ove l'Autore estrapola dalla disposizione riportata il principio "i coniugi non si fanno causa".

⁷⁹ OBERTO G.: *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, cit., p. 16.

⁸⁰ MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, cit., 623; OBERTO G.: *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, cit., 23 ss., ove diversi riferimenti giurisprudenziali; FACCI G., *Il danno da adulterio*, cit., p. 1481 ss.

Per quanto concerne la seconda, condivisibile, obiezione, appare evidente che tentare di ricondurre l'illecito endofamiliare nell'alveo della responsabilità contrattuale comporterebbe il concreto rischio di veder risarciti pregiudizi futili ed irrisori⁸¹, che, al contrario, dovrebbero trovare composizione nella dimensione relazionale e solidaristica della famiglia⁸², in presenza di qualsivoglia violazione, e dunque inadempimento, del dovere coniugale. In caso di inadempimento contrattuale, difatti, essendo stato violato un obbligo ben preciso, non si pone il problema circa l'ingiustizia del danno con l'automatico sorgere della responsabilità risarcitoria per il solo mancato adempimento.

A fronte dei suesposti condivisibili e difficilmente superabili limiti, certa dottrina⁸³ ha proposto di inquadrare la responsabilità in esame ricorrendo alla figura degli obblighi di protezione⁸⁴ (*Schutzpflichten*), elaborati originariamente dalla dottrina tedesca. Tali obblighi “non sarebbero accessori di un obbligo di prestazione che in realtà non sussiste, ma costituirebbero ugualmente un rapporto, di contenuto ridotto rispetto a quello dell'obbligazione ordinaria, a metà strada tra l'assenza di rapporto previo che caratterizza la responsabilità extracontrattuale ed il rapporto obbligatorio di prestazione, all'inadempimento del quale, in genere, si riferisce la responsabilità contrattuale”⁸⁵.

La funzione dei doveri nascenti da siffatti obblighi è rappresentata dalla salvaguardia delle ragioni della controparte alla luce del generale principio di buona fede che regge la disciplina dei rapporti contrattuali ed obbligatori. La particolarità degli *Schutzpflichten* è che questi sono considerati autonomi rispetto all'obbligo di prestazione e possono, dunque, sussistere anche in assenza di quest'ultimo, come nelle ipotesi di contratto nullo o non concluso: tali doveri sono, dunque, imposti ai soggetti del rapporto prescindendo dalla qualifica di creditore e debitore.

La sussistenza degli obblighi di protezione all'interno del nostro ordinamento sarebbe, del resto, confermata da diverse disposizioni, quali gli artt. 1337, 1338, 1358, 1366 e 1375 c.c., nonché l'art. 2087 c.c.

⁸¹ ASTONE A.: *Crisi coniugale e responsabilità civile*, cit., p. 1818.

⁸² Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit.

⁸³ NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 959 ss.; GATTO A., *Natura della responsabilità derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà tra coniugi*, *Giust. civ.* (2012), 11, p. 2602 ss.

⁸⁴ Si veda, su tutti, CASTRONOVO C.: *La nuova responsabilità civile*, cit., 443 ss.; ID.: *Obblighi di protezione*, *Enc. giur. Treccani*, Roma (1990), XXI, p. 2.

⁸⁵ CASTRONOVO C.: *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 447.

Secondo la dottrina in esame, sarebbe possibile ricondurre l'illecito endofamiliare all'interno degli *Schutzpflichten*, riconoscendo "la comunanza nella natura giuridica di figure di responsabilità da violazione di obblighi di protezione che nel matrimonio si inverano nei doveri matrimoniali"⁸⁶. Gli obblighi di protezione, d'altronde, mostrerebbero maggiori affinità con la responsabilità da illecito endofamiliare, alla luce del rapporto instaurato tra marito e moglie, a differenza della responsabilità aquiliana che, al contrario, prescinde totalmente da qualsiasi rapporto pregresso⁸⁷.

Applicando in materia matrimoniale gli *Schutzpflichten*, il coniuge sarebbe responsabile ogniqualvolta abbia violato un dovere coniugale ed il generale dovere di protezione nei confronti del consorte, il che potrebbe integrare sia i presupposti per l'intollerabilità della convivenza, sia la lesione, risarcibile, di un diritto costituzionalmente garantito della persona.

Ai fini dell'eventuale azione risarcitoria è opportuno qui ricordare che la dottrina maggioritaria considera la responsabilità scaturente da violazione degli obblighi di protezione quale contrattuale⁸⁸, con applicazione, dunque, delle regole di cui agli artt. 1218 e ss. c.c. Dal punto di vista disciplinare, pur essendo possibile raggiungere risultati analoghi a quelli scaturenti dal concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, sussistono alcune differenze rilevanti evidenziate in dottrina⁸⁹, quali l'impossibilità di ottenere il risarcimento dei danni morali (assicurati, viceversa, dalla tutela aquiliana) e la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile (salvo il caso di dolo) *ex* art. 1225 c.c., che non risulterebbe applicabile in presenza di illecito extracontrattuale per il disposto di cui all'art. 2056 c.c.

A tale ricostruzione è stato obiettato da certa dottrina⁹⁰ che, così opinando, sussisterebbe una sorta di automatismo tra la violazione del dovere coniugale, con annesso obbligo di protezione, ed il risarcimento del danno subito. Tale impostazione, secondo l'opinione riportata, non risponderebbe all'impostazione codicistica, ove la dichiarazione di addebito non è mai conseguenza automatica della suddetta violazione. Asserendo il contrario, il mero addebito della separazione potrebbe comportare il conseguente insorgere della responsabilità risarcitoria con un ritorno alla funzione sanzionatoria della separazione per colpa che il legislatore del 1975 ha inteso escludere.

⁸⁶ NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 961.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ CASTRONOVO C.: *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 455 ss., ove numerosi riferimenti in dottrina.

⁸⁹ CHINÈ G. – FRATINI A. – ZOPPINI M.: *Manuale di diritto civile*, Roma (2012), p. 1964.

⁹⁰ FACCI G.: *Il danno da adulterio*, cit., p. 1481 ss.

Similmente, altra parte della dottrina⁹¹ ha rilevato che far dipendere il risarcimento dalla violazione degli *Schutzpflichten* in seguito all'inosservanza di "doveri comportamentali propri" comporterebbe un ritorno ad una forma di danno in *re ipsa*, respinto con forza dalla giurisprudenza unanime di cui si è detto, essendo necessaria, al fine di accordare la tutela risarcitoria, la lesione di un diritto inviolabile dell'individuo, che non sempre sussiste in caso di mancata osservanza di uno dei doveri coniugali.

A sostegno della ricostruzione in esame, va qui puntualizzato che l'eventuale violazione degli *Schutzpflichten* rappresenterebbe sicuramente l'occasione in cui potrebbe verificarsi la lesione del diritto del familiare, ma ai fini della liquidazione del danno sarà sempre necessaria la raggiunta prova sulla sussistenza e sull'entità dello stesso, non configurandosi, dunque, alcun danno in *re ipsa*.

Prescindendo dalle riserve sovraespresse, qualora si optasse per la riconducibilità dell'illecito endofamiliare nell'alveo della responsabilità contrattuale, è opportuno valutare la risarcibilità del danno non patrimoniale. In linea generale, il ristoro del suddetto pregiudizio patito dal familiare sarebbe ugualmente assicurato alla luce di quella giurisprudenza⁹² che accorda pacificamente tale tipo di risarcimento in seguito all'inadempimento contrattuale, con la cumulabilità dei due istituti.

Va, tuttavia, segnalato che, a fronte della ambiguità da parte delle Sezioni Unite sul punto, la dottrina non è concorde sulla fonte normativa del ristoro del danno non patrimoniale, essendovi chi ritiene la fattispecie integralmente disciplinata dagli artt. 1218 e ss. c.c., in virtù di una interpretazione costituzionalmente orientata, e chi, al contrario, ha affermato la teoria del carattere "anodino" dell'art. 2059 c.c. con la sua conseguente applicabilità anche all'interno della responsabilità per inadempimento⁹³.

Ritenendosi più convincente questa seconda interpretazione per le motivazioni ampiamente approfondite dalla dottrina più recente⁹⁴, è evidente che il risarcimento del danno non patrimoniale dovrebbe essere accordato

⁹¹ CAMILLERI E.: *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'european tort law*, *Europa e dir. priv.* (2010), p. 172 ss.

⁹² Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972/3/4/5, cit.; in dottrina, BONA C.: *Danno non patrimoniale da inadempimento: risarcibilità e limiti*, *Danno e resp.* (2008), p. 191 ss.; *contra*, GAZZONI F.: *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, cit., *passim*.

⁹³ Per una compiuta disamina su tale argomento, si rimanda interamente al recente studio di VIRGADAMO P.: *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, Torino (2014), p. 227 ss., ove numerosi riferimenti in dottrina e giurisprudenza.

⁹⁴ VIRGADAMO P.: *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, cit., p. 227 ss.

comunque -anche qualora, cioè, si ritenesse la responsabilità in esame ascrivibile al modello contrattuale e non già a quello aquiliano- secondo il filtro restrittivo contemplato dalla norma in esame, quale, su tutti, il rinvio alle ipotesi tipiche.

VI. ILLECITO ENDOFAMILIARE E TIPICITÀ

A fronte delle difficoltà di ricondurre la responsabilità in esame all'interno delle due forme tipiche della responsabilità civile, a nostro avviso potrebbe essere proposto un modello differente e più rigoroso al fine, soprattutto, di limitare le ipotesi risarcitorie a comportamenti connotati da una certa lesività e, per questo, tipizzati.

Il problema interpretativo di fondo è rappresentato dalla forzatura del sistema avvenuta con le c.d. sentenze gemelle e lo snaturamento della figura del danno non patrimoniale⁹⁵, passato dall'originaria funzione sanzionatoria a quella risarcitoria⁹⁶, nonché dalla probabilmente eccessiva velocità con la quale, attualmente, si espandono le frontiere della responsabilità extracontrattuale e del danno ingiusto⁹⁷.

All'interno delle pronunce giurisprudenziali richiamate, che hanno pienamente riconosciuto la sussistenza e la configurabilità della responsabilità risarcitoria in capo al familiare, vi è il continuo riferimento al “concorso di particolari circostanze”⁹⁸, ovvero a “casi e contesti del tutto particolari”⁹⁹ che inciderebbero in maniera determinante sul prodursi della lesione del diritto. Essendo rimessi al giudice il bilanciamento degli interessi in gioco e l'accertamento del superamento o meno di “una soglia minima di tollerabilità” dell'offesa, appare evidente che la ricostruzione giurisprudenziale pone numerosi problemi interpretativi ed applicativi, lasciando all'organo giudicante eccessivi spazi di discrezionalità nella valutazione di certi comportamenti, quali quelli familiari, che non sempre

⁹⁵ GAZZONI F.: *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, cit., p. 73, che afferma: “è inutile ripercorrere la storia del modo in cui l'assenza di previsione di quella legge pretesa dall'art. 2059 c.c. è stata superata, a partire dalla pessima sentenza della Corte Costituzionale del 1986, la quale pretendeva di ricondurre il danno biologico all'interno dell'art. 2043 c.c., fino all'approdo finale, confermato dalle Sezioni Unite, all'interno dell'art. 2059 c.c., in virtù di una infausta disapplicazione della norma, con eliminazione del limite stesso, in nome dei diritti inviolabili previsti dalla Costituzione”.

⁹⁶ FREZZA G.: *La prova del danno non patrimoniale: i “paradossi” della dottrina, le “verità” giurisprudenziali*, cit., p. 652.

⁹⁷ OBERTO G.: *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, cit., p. 4.

⁹⁸ Cass. 19 giugno 1975 n. 2468, cit.

⁹⁹ Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.

possono essere compresi compiutamente da un soggetto esterno alla famiglia stessa. Il rischio sarebbe quello di veder cedere la presunta funzione razionalizzatrice del diritto di fronte agli ampi spazi interpretativi entro cui potrebbe muoversi il giudice adito¹⁰⁰, vincolato, per così dire, a concetti eccessivamente vaghi, quale la coscienza ovvero la realtà sociale che, senza alcun richiamo ad una legge ordinaria puntuale, è “fonte inevitabile di atipicità e dunque di confusione”¹⁰¹.

La ricostruzione che apparirebbe, quindi, più corretta, al fine di evitare applicazioni della responsabilità endofamiliare dettate maggiormente da ragioni di equità che di diritto, sarebbe allora quella propugnata da autorevole dottrina¹⁰², che riconosce la risarcibilità del danno non patrimoniale all'interno delle sole ipotesi tipiche.

A sostegno di una simile ricostruzione è opportuno sottolineare che le violazioni più gravi consumate all'interno della famiglia trovano un riscontro non esclusivamente nella normativa civile, ma anche in quella penale: la violazione del dovere di coabitazione è specificamente sanzionato dagli artt. 146, 151 e 153 c.c. unitamente all'art. 570 c.p.; la violazione dell'obbligo di fedeltà trovava tutela negli artt. 559 e 560 c.p., dichiarati poi incostituzionali; il dovere di reciproca assistenza e quello specifico di mantenimento di cui agli artt. 143 e 145 c.c., infine, sono tutelati *ex art.* 151 c.c. ed, eventualmente, attraverso i delitti di cui agli artt. 570 e 572 c.p.¹⁰³.

Il legislatore, a ben vedere, avrebbe apportato un sistema di tutele ben definito su due piani distinti: per le normali violazioni, la tutela rimarrebbe sul piano civile con il ricorso agli strumenti di cui al libro I del c.c., mentre, in presenza di comportamenti ben più gravi, interverrebbe l'ordinamento penale in coerenza con i generali principi di necessità e sussidiarietà che regolano suddetta materia. Il comportamento posto in essere dal coniuge caratterizzato da una notevole lesività potrebbe rientrare in una serie di ipotesi delittuose, quali: la violazione degli obblighi di assistenza familiare

¹⁰⁰ GAZZONI F.: *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, cit., p. 73 ss., secondo cui “la certezza del diritto è, pertanto, sostituita dall'incertezza della sentenza, esito delle pulsioni interpretative del giudice, ai limiti del puro arbitrio. Sarà sufficiente, al fine di concedere il risarcimento, invocare una norma costituzionale collegata al sentire sociale”.

¹⁰¹ GAZZONI F.: *Manuale di diritto privato*, Napoli (2013), p. 743.

¹⁰² GAZZONI F.: *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, cit., p. 73; ID.: *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, cit., p. 1292; ID.: *Alla ricerca della felicità perduta (favola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, cit., 691.

¹⁰³ GIACOBBE E.: *A. Trabucchi: un “profeta” inascoltato!*, cit., p. 169 ss., ove numerosi riferimenti giurisprudenziali. Si veda, anche, MOROZZO DELLA ROCCA P.: *Violazione dei doveri coniugali, immunità o responsabilità?*, cit., p. 625 ss.

(art. 570 c.p.), i maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), le percosse o lesioni (artt. 581 e 582 c.p.), l'ingiuria (art. 594 c.p.), la diffamazione (art. 595 c.p.), la violenza privata (art. 610 c.p.), la minaccia (art. 612 c.p.), gli atti persecutori, o c.d. *stalking* (art. 612-*bis* c.p.), senza dimenticare le fattispecie rientranti nella categoria dei delitti contro la libertà personale (artt. 605 e ss.)¹⁰⁴. L'attenzione del legislatore penale nei confronti dei comportamenti lesivi perpetrati all'interno della famiglia, è altresì, confermata dalla circostanza aggravante comune di cui all'art. 61, n. 11, c.p. quando il fatto sia stato commesso con "l'abuso di autorità o di relazioni domestiche" e dalla misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare di cui all'art. 282-*bis* c.p.p.

In siffatte ipotesi, l'offesa ai diritti del coniuge sarebbe portata con modalità tanto gravi, e per questo motivo selezionate dal legislatore penale, da giustificare il ristoro del danno non patrimoniale, rappresentato dal c.d. danno morale soggettivo *ex* art. 185 c.p., quale sanzione, dal punto di vista civilistico, da parte dell'ordinamento, per il *patis* sofferto dalla persona offesa dal delitto¹⁰⁵.

Resterebbe ferma, comunque, la generale possibilità di accordare il risarcimento del danno non patrimoniale nelle altre ipotesi previste dalla legge come, ad esempio, in presenza di una violazione della *privacy* posta in essere dal coniuge, ai sensi dell'art. 15, d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196.

Tale opzione ermeneutica, così delineata, sarebbe, a nostro avviso, la più coerente e rigorosa¹⁰⁶ dal punto di vista sistematico, non assistendosi allo

¹⁰⁴ Per completezza si riportano, altresì, le ipotesi di: bigamia (art. 556 c.p.); induzione al matrimonio mediante inganno (art. 558 c.p.); incesto (art. 564 c.p.); attentati alla morale familiare con mezzo di stampa periodica (art. 565); soppressione, supposizione, alterazione e occultamento di stato (artt. 566-569 c.p.); sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.); sottrazione di persone incapaci (art. 574 c.p.); inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori). Nonché, l'art. 6 legge n. 154 del 2001, che sanziona penalmente la violazione degli ordini di protezione contro gli abusi familiari; l'art. 12-*sexies* legge n. 898 del 1970, che sanziona chi si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile; art. 3 legge n. 54 del 2006, che sanziona la violazione di obblighi di natura economica conseguenti alla separazione dei genitori. Cfr., sul punto, VIRGADAMO P.: *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, cit., 207 ss.

¹⁰⁵ Nel caso giurisprudenziale del 2011, in cui il danno non patrimoniale patito dalla ex moglie era stato prodotto dal discredito sociale derivante dalla notorietà della relazione adulterina intrattenuta dal marito, si sarebbe dovuta verificare, secondo l'interpretazione che qui si sostiene, la sussistenza di uno dei reati di cui agli artt. 594 e 595 c.p. ed, eventualmente, liquidare il danno.

¹⁰⁶ In senso contrario, rispetto alla soluzione prospettata, CENDON P. – SEBASTIO G.: *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra i coniugi*, cit., p. 1275, ove si osserva che, talvolta, i reati non sono effettivamente perseguiti per le più svariate ragioni, quali la crisi della giustizia penale, l'estinzione del reato per prescrizione, il patteggiamento da parte del reo, etc. Quale

snaturamento o all'interpretazione eccessivamente estensiva di alcuno degli istituti richiamati. Al tempo stesso, si eviterebbe di inaugurare un nuovo possibile filone di cause bagatellari connesse ai giudizi di separazione o divorzio con conseguente ed inevitabile "patrimonializzazione dei sentimenti"¹⁰⁷, anche alla luce della chiarita non pregiudizialità della dichiarazione di addebito¹⁰⁸, corretta dal punto di vista formale, ma probabilmente inopportuna in un Paese con una spiccata tendenza al contenzioso. Sotto quest'ultimo aspetto, il tentativo da parte della giurisprudenza di ancorare il risarcimento del danno alle ipotesi di violazione non tollerabile di diritti costituzionalmente garantiti della persona appare un *escamotage* interpretativo sterile e facilmente aggirabile soprattutto a fronte della formulazione aperta dell'art. 2 Cost.¹⁰⁹.

Tuttavia, tale interpretazione, per quanto rigorosa, appare, in tutta realtà, oggi difficilmente attuabile a fronte dell'ormai consolidato ed assolutamente maggioritario orientamento sviluppatosi nell'ultimo trentennio sul danno non patrimoniale, alla luce del quale siffatto risarcimento non potrebbe essere limitato alle sole ipotesi tipiche in senso stretto, dovendosi, al contrario, risarcire anche le lesioni dei diritti costituzionalmente garantiti pur in assenza di una norma di rinvio espressa.

VII. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEL CONVIVENTE E LA REGOLA RISARCITORIA APPLICABILE

L'ormai costante espansione della tutela dei diritti fondamentali della persona nelle relazioni familiari è stata recentemente ribadita ed estesa dalla Cassazione¹¹⁰ anche in caso di convivenza *more uxorio*. Una disamina sull'applicabilità delle norme generali della responsabilità civile all'interno della famiglia di fatto risulta quanto mai opportuna, stante la considerevole

caso emblematico gli Autori riportano un celebre caso (Cass. 7 giugno 2000 n. 7713), nel quale il padre, inadempiente per anni dell'obbligo di mantenimento nei confronti del figlio e per questo imputato *ex art.* 570 c.p., aveva chiesto il patteggiamento e corrisposto integralmente gli arretrati. Il comportamento illecito da parte del genitore, però, aveva comportato un danno residuale, esistenziale, nei confronti del minore che, secondo la Corte, andava risarcito.

¹⁰⁷ GIACOBBE E.: *A. Trabucchi: un "profeta" inascoltato!*, cit., p. 169 ss.

¹⁰⁸ Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.

¹⁰⁹ GAZZONI F.: *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, cit., p. 73, che definisce il "filtro dei diritti costituzionali inviolabili (...) un filtro che, può ben dirsi, fa acqua da tutte le parti" con l'aggiramento della riserva di legge pretesa dall'art. 2059 c.c., che "deve cedere di fronte alla lesione di diritti inviolabili, i quali sono però sostanzialmente, ma anche formalmente, innominati, non essendo essi tipizzati dall'art. 2 Cost."

¹¹⁰ Cass. 20 giugno 2013 n. 15481, cit.

rilevanza sociale e giuridica¹¹¹ del fenomeno e la portata dell'assunto giurisprudenziale.

Sembra interessante affrontare la problematica in esame traendo spunto da un caso concreto recentemente affrontato dalla giurisprudenza di legittimità.

Il caso sottoposto all'attenzione dei giudici nel 2013 è abbastanza semplice: l'uomo, dopo anni di convivenza, decide di disattendere la promessa di matrimonio fatta alla *partner*, abbandonando la casa familiare per intraprendere una nuova relazione e privando costei ed il figlio, da poco nato, della necessaria assistenza morale e familiare. La censura formulata dalla donna si conclude con la richiesta alla Corte di stabilire "se il diritto all'assistenza morale e materiale, il diritto alla fedeltà e alla sessualità e i doveri derivanti dal matrimonio quali diritti fondamentali della persona e, in quanto tali, posti al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti, si riflettono sui rapporti tra le parti anche nella fase precedente al matrimonio"¹¹².

La Corte, dopo aver riassunto, come spesso aveva fatto anche nelle precedenti pronunce, l'evoluzione giurisprudenziale relativa alla risarcibilità della lesione di diritti fondamentali della persona e alla tematica dell'illecito endofamiliare, entra nel merito della questione statuendo che l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente al matrimonio stesso, imponendo loro, pur in mancanza di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva di costituire quest'ultimo, un obbligo di lealtà, correttezza e solidarietà. Ciò premesso, la violazione dei diritti fondamentali della persona sarebbe configurabile, nell'ottica riferita, anche all'interno delle unioni di fatto che abbiano le caratteristiche di serietà e stabilità, con la conseguente tutela accordata *ex art.* 2 Cost., essendo la famiglia di fatto una delle formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo¹¹³.

¹¹¹ Per le linee generali sulla famiglia di fatto, anche in chiave critica, si rimanda agli studi di GAZZONI F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano (1983); ROPPO E.: *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non-diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, Riv. trim. dir. proc. civ. (1980), p. 697 ss.; SANTILLI M.: *Note critiche in tema di «famiglia di fatto»*, *ivi* (1980), p. 771 ss.; LIPARI N.: *La categoria giuridica della «famiglia di fatto» e il problema dei rapporti personali al suo interno*, in AA.VV., Atti del Convegno Nazionale "La famiglia di fatto" di Pontremoli 27-30 maggio 1976, Tarantola, Montereale (1977), p. 58 ss.; PROSPERI F.: *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Napoli (1980); nonché PARADISO M.: *I rapporti personali tra coniugi*, Artt. 143-148, in *Comm. Schlesinger*, Milano (1990), p. 91 ss.

¹¹² Cass. 20 giugno 2013 n. 15481, cit.

¹¹³ Cass. 15 marzo 2012 n. 4184, *Dir. fam. pers.* (2012), p. 696.

A sostegno della propria interpretazione, la Corte non manca di riportare numerosi interventi legislativi¹¹⁴, che rappresenterebbero “segnali di una crescente attenzione del legislatore verso fenomeni di consorzio solidaristico e modelli familiari in cui per libera scelta si è escluso il vincolo, e, con esso, le conseguenze legali del matrimonio”¹¹⁵.

Ad ulteriore riprova della rilevanza giuridica e sociale della famiglia di fatto, la sentenza richiama alcuni precedenti della Corte Costituzionale¹¹⁶, nonché alcune recenti interpretazioni¹¹⁷ dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo elaborate dalla Corte di Strasburgo sulla tutela del diritto alla vita familiare non soltanto in relazione alla famiglia legittima, ma anche a quella di fatto.

Le difficoltà già prospettate¹¹⁸ di inquadrare correttamente a livello ordinamentale la ricostruzione offerta dalla Cassazione per il danno prodottosi all’interno della famiglia legittima si ripropongono, in parte, anche in relazione all’esposto approdo giurisprudenziale. Si badi bene, non si vuole qui mettere in discussione l’opportunità di accordare il risarcimento all’interno della famiglia di fatto (intesa quale “formazione sociale” *ex* art. 2 Cost. e non come forma alternativa di famiglia), ove le prerogative fondamentali dell’individuo devono essere oggetto di tutela così come prescritto dalla Costituzione, ma, anche in questo caso, si intende sollevare talune riserve sulla logicità ed opportunità del modello proposto in sentenza.

¹¹⁴ Gli interventi legislativi espressamente richiamati in sentenza sono: la legge 10 dicembre 2012 n. 219, che ha eliminato ogni residua discriminazione tra figli “legittimi” e “naturali”; la legge 4 aprile 2001 n. 154, che ha introdotto nel codice civile gli artt. 342-*bis* e 342-*ter*, estendendo gli ordini di protezione contro gli abusi familiari al convivente; la legge 4 maggio 1983 n. 184, che prevede il requisito della stabilità della coppia di adottanti anche quando costoro abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni; la legge 9 gennaio 2004 n. 6, il cui art. 3 ha novellato l’art. 408 c.c., ai sensi del quale il convivente del beneficiario può diventare suo amministratore di sostegno; in virtù dell’art. 5, comma primo, della medesima legge, è stato novellato anche l’art. 417 c.c., che con la nuova formulazione consente alla persona stabilmente convivente di presentare l’istanza di interdizione o inabilitazione; la legge 19 febbraio 2004 n. 40, che consente l’accessibilità alle tecniche della fecondazione assistita da parte delle coppie di fatto; la legge 8 febbraio 2006 n. 54, sull’affidamento condiviso, applicabile anche nei procedimenti relativi a figli di genitori non coniugati.

¹¹⁵ Cass. 20 giugno 2013 n. 15481, cit.

¹¹⁶ Le sentenze richiamate dalla Cassazione sono: la sentenza n. 237 del 1986, che definì la famiglia di fatto costituzionalmente rilevante; la sentenza n. 404 del 1988, che dichiarò incostituzionale la legge n. 392 del 1978, nella parte in cui non prevedeva tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente; la sentenza n. 138 del 2010, che ribadì il concetto di formazione sociale idonea a consentire lo sviluppo della persona.

¹¹⁷ Sentenza 24 giugno 2010, Prima Sezione, caso *Shalk e Kopf* contro Austria.

¹¹⁸ *Supra*, § VI.

Preliminarmente, occorre ribadire che la ricostruzione più rigorosa, al fine di evitare un'eccessiva dilatazione dei confini della responsabilità civile, sarebbe, anche in questo caso, quella secondo la quale la liquidazione del risarcimento del danno non patrimoniale sarebbe subordinata alla presenza di una norma puntuale di legge, come nel caso in cui il comportamento del *partner* integri gli estremi di una fattispecie delittuosa¹¹⁹. Tale interpretazione, d'altro canto, risulta, anche in siffatte ipotesi, difficilmente attuabile a causa dei limiti di cui si è poc'anzi detto¹²⁰.

Ciò posto, la ricostruzione della tutela civile in caso di violazione di diritti costituzionalmente garantiti tra *partner* sarebbe potuta, comunque, essere più agevole rispetto a quella prospettata in sentenza: la non sussistenza di precisi obblighi reciproci tra conviventi, che, consapevolmente, hanno optato per un regime maggiormente improntato sulla libertà rispetto a quello matrimoniale, avrebbe evitato la riproposizione dell'errato richiamo ai suddetti obblighi, così come puntualmente fatto dalla giurisprudenza per l'illecito endofamiliare, nonché le conseguenti, quanto legittime, perplessità circa il corretto inquadramento sistematico della responsabilità in esame. Più semplicemente, l'assenza di precisi diritti-doveri reciproci tra soggetti determinati avrebbe potuto (e dovuto) comportare l'applicabilità diretta delle norme sulla responsabilità aquiliana, con ristoro dell'eventuale danno non patrimoniale patito dal *partner* per la lesione di un diritto inviolabile.

La Corte, invece, ha optato per un percorso ermeneutico più complesso, richiamando un dibattito precedente del 2005¹²¹ ed affermando che

¹¹⁹ A riprova della tutela accordata dal legislatore penale al convivente in quanto tale, si pensi all'art. 572 c.p., che, pur essendo nel titolo XI "Dei delitti contro la famiglia", è rubricato "Maltrattamenti contro familiari e conviventi".

¹²⁰ *Supra*, § VI.

¹²¹ Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit. La questione riguardava le pretese di una donna che, a causa dell'impotenza del marito, tenuta nascosta da costui fin dopo le nozze, aveva ottenuto la dispensa in sede canonica ed il divorzio in sede civile per matrimonio *rato ma non consumato*, per poi agire successivamente al fine di ottenere la condanna dell'ex coniuge al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale patito a causa della asserita mancata realizzazione come moglie e come donna all'interno del rapporto coniugale. La ricorrente rilevava, inoltre, che la condotta illecita da parte dell'uomo fosse contraria ai canoni di lealtà, correttezza e buona fede sia a causa delle mancate informazioni prima della celebrazione del matrimonio sulle sue condizioni psicofisiche, sia per essersi questi sottratto, successivamente, alle opportune cure mediche specialistiche al fine di evitare che l'*impotentia coeundi* fosse nota ai terzi. La Corte statui che "l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio, segnati da inderogabilità ed indisponibilità, non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro — pur in mancanza, allo stato, di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva della costituzione di tale vincolo — un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà, che si sostanzia anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza inerente le proprie condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il

l'intensità dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio si rifletterebbe anche nella fase precedente alla celebrazione dello stesso, nella prospettiva della costituzione del vincolo coniugale. Siffatta ricostruzione poteva ritenersi ammissibile¹²², a tutto concedere, nel caso prospettato nel 2005, in cui effettivamente vi era stata, successivamente, la celebrazione del matrimonio, ma applicarne i medesimi principi in caso di convivenza, giustificando l'operazione ermeneutica su un mero giudizio ipotetico e prognostico ("nella prospettiva della costituzione di tale vincolo"), appare, a nostro avviso, eccessivo. D'altronde, l'applicabilità delle norme relative ai rapporti personali tra i coniugi all'interno della famiglia di fatto, oggetto di acceso e risalente dibattito dottrinale, porrebbe il complesso problema sulla possibile estendibilità delle medesime sanzioni previste per i coniugi in caso di violazione degli stessi da parte del convivente¹²³.

Inoltre, non va dimenticato che il codice civile tutela puntualmente la fase prematrimoniale attraverso due distinti istituti (il risarcimento del danno per rottura della promessa di matrimonio *ex art. 81 c.c.* ed il matrimonio putativo *ex artt. 128 ss. c.c.*), dando precise indicazioni su quali comportamenti possono risultare civilmente rilevanti in tale fase ed in presenza di quali condizioni di carattere formale.

L'art. 81 c.c. commina il risarcimento del danno per le spese sostenute in funzione della celebrazione del matrimonio al promittente "che senza giusto motivo ricusi di eseguirla". L'applicabilità di siffatto istituto, che, effettivamente, vincola, da un certo punto di vista, le parti ad osservare un determinato comportamento nella fase prematrimoniale, è subordinato

matrimonio è rivolto. Applicando i richiamati principi alla fattispecie in esame, osserva la Corte che il diritto del quale la ricorrente assume la lesione assurge certamente al rango di diritto fondamentale della persona. È qui in discussione il diritto alla sessualità, che la dottrina costituzionalistica degli anni Ottanta annoverava tra i nuovi diritti, e che certamente si sostanzia in una posizione soggettiva tutelata dalla Costituzione. Va, al riguardo, richiamata la sent. n. 561 del 1987 della Corte cost., la quale affermò che la sessualità costituisce uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire".

¹²² *Contra*, GAZZONI F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 368. Partendo dall'assunto che la condotta illecita omissiva da parte dell'ex marito sarebbe stata integrata dalla mancata comunicazione, da parte di quest'ultimo, di dovute informazioni prematrimoniali, l'Autore critica la ricostruzione offerta dalla Cassazione, in quanto "con questa generalizzazione inquietante, che va ben oltre l'art. 129-bis, comma primo, la fase prematrimoniale diverrebbe, in chiave di obbligo giuridico, una sorta di trattativa precontrattuale, da condurre secondo buona fede", potendo così il giudice disporre il risarcimento *ex art. 1337 c.c.*

¹²³ Si veda, sul punto, PARADISO M.: *I rapporti personali tra coniugi*, cit., p. 101, ove numerosi riferimenti in dottrina.

legalmente alla condizione che la promessa di matrimonio sia stata fatta vicendevolmente per atto pubblico o scrittura privata autenticata. In assenza di tale requisito di natura formale, non sarà, dunque, possibile ottenere il ristoro del danno. Appare evidente che, nel caso in esame, mancando una promessa solenne di matrimonio, il riferimento a puntuali obblighi sui *partner* postulato dai supremi giuridici sembrerebbe contraddire quanto espressamente previsto e disciplinato nel codice.

Ad ulteriore riprova del fatto che l'ordinamento non impone ai promittenti alcun comportamento, se non in presenza delle condizioni ora viste, si richiama l'art. 79 c.c., il quale sancisce, specularmente, che la promessa di matrimonio "non formale" non obbliga le parti ad alcunché se non alla restituzione dei doni fatti in funzione della celebrazione del matrimonio stesso (art. 80 c.c.).

L'assunto è confermato da recente giurisprudenza¹²⁴, che ha negato categoricamente che dalla rottura della promessa di matrimonio possa derivare un obbligo risarcitorio per la lesione dei diritti costituzionalmente garantiti. La Corte, nella sua motivazione, enfatizza il fatto che dalla promessa di matrimonio non deriva un obbligo a contrarre lo stesso, in quanto "la legge vuol salvaguardare fino all'ultimo la piena ed assoluta libertà di ognuno di contrarre o non contrarre le nozze", con la conseguenza che "l'illecito consistente nel recesso senza giustificato motivo non è assoggettato ai principi generali di responsabilità civile, contrattuale od extracontrattuale, né alla piena responsabilità risarcitoria che da tali principi consegue, poiché un tale regime potrebbe tradursi in una forma indiretta di pressione sul promittente nel senso dell'accettazione di un legame non voluto". Le uniche conseguenze risarcitorie potrebbero essere, quindi, esclusivamente quelle previste dalle legge *ex* art. 81 c.c.

Altro indice del fatto che la ricostruzione offerta dalla pronuncia della Cassazione non si inserisce armonicamente nell'assetto codicistico sarebbe rinvenibile dall'esame della disciplina del c.d. matrimonio putativo. Anche in relazione a tale fattispecie il legislatore impone alle parti l'osservanza del dovere di buona fede, con particolare riferimento alla consapevolezza di una causa di invalidità del matrimonio, ma anche in tali casi la disciplina legale è applicabile soltanto in presenza di un atto matrimoniale, seppur nullo¹²⁵. La

¹²⁴ Cass. 2 gennaio 2012 n. 9, *Dir. fam. pers.* (2013), p. 431, con nota di COCUCCIO M.: *Promessa di matrimonio: è ammesso il "ripensamento", ma non sono risarcibili i danni morali.*

¹²⁵ A conferma di tale ricostruzione, cfr. GAZZONI F.: *Manuale di diritto privato*, cit., p. 368. *Contra*, NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 944, ove l'Autore, all'interno della prospettiva riportata sugli obblighi di protezione, afferma che "la tutela dell'art. 129-*bis* appare, insomma, legata alla violazione di un obbligo di protezione vigente nella fase prematrimoniale e non può ricordare gli obblighi di protezione che agli artt.

presenza dell'atto matrimoniale, così come nell'esempio sopra riportato della promessa formale, dimostra che il codice civile impone alle parti l'osservanza di determinati comportamenti nella fase prematrimoniale in casi eccezionali, nei quali effettivamente è presente un determinato atto (matrimoniale nullo o promessa di matrimonio formale) che ben si distingue dall'eccessivamente generica e labile "prospettiva di costituzione di tale vincolo", di cui si legge in sentenza.

Il richiamo, seppur indiretto, ai diritti e doveri nascenti dal matrimonio nel caso in esame appare, dunque, assolutamente evitabile anche, se non soprattutto, alla luce della "peculiare scelta dei conviventi, considerata nel suo profilo negativo di sostanziale rifiuto della formalizzazione del vincolo e degli effetti giuridici da quello indissolubili, costituisce un elemento che l'interprete non può sottovalutare"¹²⁶.

Al contrario, il riflesso che i diritti e doveri reciproci potrebbero avere nella fase precedente alla celebrazione del matrimonio sembrerebbe confermare, a ben vedere, la ricostruzione offerta dall'esposta dottrina che ha tentato di ricondurre l'illecito endofamiliare all'ipotesi di violazione degli obblighi di protezione¹²⁷. A prescindere da obblighi di natura formale ed in assenza di qualsiasi vincolo, similmente a quanto è stato postulato in materia contrattuale, i conviventi dovrebbero comunque osservare, all'interno dei loro rapporti reciproci, "un obbligo di lealtà, correttezza e solidarietà", riecheggiante il generale principio di buona fede tutelato dai *Schutzpflichten*.

Le obiezioni già mosse¹²⁸ troverebbero applicazione anche in relazione al caso in esame: un possibile automatismo tra certe patologie dei rapporti affettivi e l'insorgere di una responsabilità risarcitoria, già discutibile all'interno della famiglia fondata sul matrimonio, apparirebbe inammissibile all'interno di un rapporto, quale quello tra *partner*, basato sulla legittima scelta di non imporsi i pregnanti obblighi reciproci previsti dalla legislazione civile nei confronti dei coniugi. D'altro canto, "l'esigenza delle persone conviventi di realizzare rapporti giuridicamente qualificati, e quindi espressivi di diritti e doveri reciproci, nel nostro ordinamento giuridico trova naturale realizzazione attraverso il matrimonio"¹²⁹.

1337-1338 c.c. pongono alle parti nella fase precontrattuale vincolandole al principio di buona fede".

¹²⁶ SANTILLI M.: *Note critiche in tema di «famiglia di fatto»*, cit., p. 791.

¹²⁷ NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 959 ss.; GATTO A.: *Natura della responsabilità derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà tra coniugi*, cit., p. 2602.

¹²⁸ *Supra*, § VI.

¹²⁹ GIACOBBE G., *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, *Dir. fam. pers.* (2009), p. 310.

Prescindendo dalla ricostruzione offerta dalla giurisprudenza nella sentenza in commento e riconoscendo le difficoltà applicative dell'opzione interpretativa che ricondurrebbe il risarcimento del danno non patrimoniale alle sole ipotesi tipiche, quale, su tutti, il reato, la ricostruzione della responsabilità civile tra *partner* in presenza di gravi violazioni delle prerogative fondamentali della persona dovrebbe essere ricondotta agli artt. 2043 e 2059 c.c. L'applicazione della regole generali in materia di responsabilità civile non sembra, in queste ipotesi, collidere con precisi obblighi reciproci assunti dalle parti, che nelle fattispecie in esame, a differenza di quanto avviene nella famiglia legittima, mancherebbero, fugando così ogni dubbio circa l'opportunità di applicare un diverso tipo di responsabilità, quale quella da inadempimento.

VIII. I POSSIBILI CORRETTIVI AL MODELLO GIURISPRUDENZIALE

Con la disamina giurisprudenziale si ha avuto modo di sottolineare l'incidenza del tema in esame in materia familiare. La tutela risarcitoria in tale ambito è stata negli ultimi anni accordata pacificamente, come dimostrato dalla recente giurisprudenza di legittimità e di merito¹³⁰.

Avendo la Cassazione optato per il rimedio aquiliano quale paradigma giuridico all'interno del quale sussumere tale forma di responsabilità, ed avendo riconosciuto le difficoltà sistematiche di inquadrare diversamente la stessa, risulta quanto mai opportuno proporre alcuni correttivi al fine di evitare un possibile ed eccessivo dilatamento della responsabilità risarcitoria in un ambito, quale quello familiare, che storicamente possiede dei connotati che lo rendono uno dei "luoghi" maggiormente sensibili dal punto di vista sociale per la compiuta realizzazione dell'individuo.

Si badi bene, anche in questo caso non si intende formulare un giudizio negativo sull'ingresso della responsabilità risarcitoria all'interno della famiglia, ma, al contrario, si vuole sottolineare come un'eccessiva ed indiscriminata tutela della persona potrebbe innescare meccanismi e spinte eccessivamente disgregatrici all'interno dell'ambiente domestico, con il concreto rischio di uno "snaturamento delle basi solidaristiche e personali della famiglia"¹³¹.

¹³⁰ *Ex plurimis*, Trib. Brescia 14 ottobre 2006, *Fam. dir.* (2007), p. 57 ss., con nota di FACCI G.; in *Giust. civ.* (2007), p. 987 ss., con nota di MASCIA A.; App. Milano 12 aprile 2006, in *Fam. dir.* (2006), con nota di FACCI G.; Trib. Venezia 14 maggio (2009), *Nuova giur. civ. comm.* (2010), con nota di BENNI DE SENA A.; *Resp. civ. prev.* (2009), con nota di CENDON P.; Trib. Busto Arsizio 5 febbraio 2010, *ivi*, con nota di FACCI G.

¹³¹ NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 936.

È opportuno rilevare che le considerazioni appena fatte non sfuggivano alla Cassazione, che, all'interno delle sentenze esaminate, ha tentato di porre taluni limiti al ricorso alla tutela risarcitoria, similmente a quanto statuito da quella giurisprudenza che, tra il 2008¹³² ed il 2009¹³³, ridefiniva l'assetto del risarcimento del danno non patrimoniale.

Uno tra essi è la limitazione della responsabilità ai soli danni conseguenza evitando la risarcibilità *ex se* della mera violazione dei doveri coniugali: infatti, “fermo restando che la mera violazione dei doveri matrimoniali, o anche la pronuncia di addebito della separazione, non possono di per sé ed automaticamente integrare una responsabilità risarcitoria”¹³⁴, per quanto concerne i danni non patrimoniali, dovrà “riscontrarsi la concomitante esistenza di tutti i presupposti ai quali l'art. 2059 c.c. riconnette tale responsabilità”¹³⁵.

Appare, quindi, necessario che il giudice adito riscontri la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, con particolare riferimento all'ingiustizia del danno ed al nesso di causalità. Sotto quest'ultimo aspetto, la prova del presunto danno non patrimoniale patito dalla vittima deve essere quanto mai rigorosa¹³⁶, affermando la stessa Cassazione che la sussistenza e l'insorgere di tale tipo di danno potrebbe verosimilmente concretizzarsi in “casi e contesti del tutto particolari”¹³⁷, ove si dimostri che la condotta lesiva posta in essere abbia comportato, per le sue modalità, la lesione della salute o di altro diritto costituzionalmente garantito.

A livello di fattispecie, il più importante elemento che potrebbe effettivamente limitare il risarcimento del danno alle sole ipotesi concretamente meritevoli di una tutela ulteriore, rispetto a quella garantita dagli istituti specifici già previsti dal legislatore, è l'ingiustizia del danno stesso¹³⁸. L'effettiva sussistenza dell'ingiustizia del presunto danno subito, unitamente alle considerazioni appena svolte per quanto concerne l'onere probatorio, dovrebbe limitare l'accesso al rimedio, evitando così un incentivo

¹³² Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972/3/4/5, cit.

¹³³ Cass. sez. un. 19 settembre 2009 n. 18356, cit.

¹³⁴ Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Sulla prova del danno non patrimoniale si rimanda a FREZZA G.: *La prova del danno non patrimoniale: i “paradossi” della dottrina, le “verità” giurisprudenziali*, cit., p. 652.

¹³⁷ Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.

¹³⁸ In questo senso FACCI G.: *Il danno da adulterio*, cit., p. 1481 ss.; FERRANDO G.: *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da VISINTINI G., Torino (2009), I, p. 403 ss. Sul giudizio di bilanciamento nelle ipotesi in esame, si rimanda a CAMILLERI E.: *Illeciti endofamiliari*, cit., p. 145 ss.

al contenzioso, non dovendosi trascurare che gli autonomi giudizi risarcitori in esame sorgerebbero, con molta probabilità, in concomitanza o immediatamente dopo il giudizio di separazione.

La valutazione sull'ingiustizia del danno comporta, nondimeno, un giudizio non facile per il giudice, che dovrà tentare un particolarmente complesso bilanciamento tra le libere esplicazioni della personalità dei due coniugi, molto spesso oggetto di tutela a livello costituzionale per il tramite dell'art. 2. In altre parole, come è stato correttamente osservato, "l'interprete è chiamato ad un delicato bilanciamento tra le contrapposte posizioni e, in particolare, tra i diritti del coniuge danneggiato ed i diritti di libertà e di autonomia dell'autore della condotta, a conferma che la responsabilità civile in famiglia solleva il difficile problema del contemperamento tra la tutela delle libertà fondamentali della persona ed il loro rapporto con la solidarietà in ambito familiare"¹³⁹.

L'intervento giudiziale dovrebbe sempre prendere in considerazione il fatto che la sopracitata libertà di separarsi o di divorziare (con i suoi effetti sulla cessazione degli obblighi coniugali) rappresenta la principale innovazione introdotta dalla riforma del 1975 ed una eccessiva espansione della tutela risarcitoria potrebbe compromettere tale diritto, nonché aggravare, in maniera plausibilmente eccessiva, la posizione del coniuge "danneggiante", che, oltre agli oneri di natura patrimoniale previsti dal codice in relazione alla fase patologica del rapporto matrimoniale, potrebbe incorrere anche in un obbligo risarcitorio sorto *ex artt.* 2043 e 2059 c.c.

D'altro canto, il coniuge danneggiante non potrà invocare indiscriminatamente l'eccezione "*iure suo uti*", quale scriminante illimitata ed automatica, in quanto il ricorso a tale *escamotage* potrebbe comportare, a ben vedere, il ritorno ad una forma di immunità in ambito familiare che il nuovo orientamento giurisprudenziale ha voluto, invece, escludere¹⁴⁰.

Un ulteriore elemento costitutivo della fattispecie, su cui risulta opportuna un'attenta riflessione, è rappresentato dall'elemento psicologico. L'applicazione degli artt. 2043 e 2059 c.c. comporta, quale logico corollario, la configurabilità della responsabilità in esame anche a fronte di lesioni colpose, frutto, dunque, di mera negligenza, di uno degli obblighi scaturenti dal matrimonio.

¹³⁹ FACCI G.: *Il danno da adulterio*, cit., p. 1481 ss.

¹⁴⁰ CAMILLERI E.: *Illeciti endofamiliari*, cit., p. 202.

Certa dottrina¹⁴¹ qualifica il dolo negli illeciti endofamiliari “come comportamento intenzionale teso ad abusare di un diritto di libertà e di autodeterminazione che, in sé, non è posto in alcun modo in discussione. Il dolo, così inteso, quindi, attrae nell’area dell’illecito comportamenti che, altrimenti, sarebbero giuridicamente irrilevanti”, escludendo, dunque, la possibilità di accordare un risarcimento a fronte di violazioni colpose. Allo stesso modo si è sottolineato che il ricorso allo strumento aquiliano a fronte di violazioni colpose consumate all’interno della famiglia rappresenterebbe una reazione eccessivamente “brutale” da parte dell’ordinamento¹⁴².

Da un punto di vista giuridico-formale, le riserve formulate non convincono, in quanto l’interprete non potrebbe arbitrariamente disapplicare il riferimento al “fatto doloso o colposo” di cui all’art. 2043 c.c., dovendosi, dunque, riconoscere l’estendibilità della responsabilità in esame anche alle ipotesi in cui il comportamento del familiare sia qualificabile come colposo. Tale impostazione è, d’altronde, confermata dalla stessa giurisprudenza, che recentemente ha definito la condotta lesiva ai danni del familiare quale “comportamento (doloso o colposo) che, incidendo su beni essenziali della vita, produce un danno ingiusto, con conseguente risarcimento, secondo lo schema generale della responsabilità civile”¹⁴³.

All’interno delle pronunce giurisprudenziali che si sono susseguite negli anni, è comunque possibile individuare taluni correttivi che sarebbe opportuno trovassero applicazione in siffatti casi, al fine di evitare il risarcimento del danno in ipotesi in cui la lesione, seppur colposa, non si possa considerare grave. La giurisprudenza, sulla scorta dei canoni interpretativi tracciati dalle c.d. sentenze di San Martino¹⁴⁴ in merito alla soglia minima di risarcibilità, ha specificato che non sono da considerarsi rilevanti, ai fini risarcitori, “i comportamenti di minima efficacia lesiva, suscettibili di trovare composizione all’interno della famiglia in forza di quello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza, ma

¹⁴¹ SPANGARO A.: *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di SESTA M., cit., p. 127; FACCI G.: *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, 581. Cfr. PATTI S.: *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 34, il quale afferma che “la comunione di vita e la comunanza di interessi che legano i membri della famiglia consentono in molte ipotesi di risolvere all’interno del gruppo le questioni attinenti all’illecito civile commesso da uno dei familiari, specialmente quando non ricorre il dolo”.

¹⁴² NICOLUSSI A.: *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 938.

¹⁴³ Cass. 1 giugno 2012 n. 8862, cit.

¹⁴⁴ Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972/3/4/5, cit.; cfr. CAMILLERI E.: *Illeciti endofamiliari*, cit., p. 205 ss.

unicamente quelle condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona¹⁴⁵.

Dunque, acclarata l'applicabilità della responsabilità in esame anche alle ipotesi di violazioni colpose, il ruolo fondamentale è rimesso all'organo giudicante, che dovrà valutare con particolare attenzione se la condotta lesiva integri o meno il requisito dell'intrinseca gravità individuato dalla giurisprudenza ai fini del ristoro del danno.

In conclusione, l'evoluzione ordinamentale ha avuto quale sua sintesi naturale l'ingresso della tutela risarcitoria all'interno della famiglia, superando una immunità dettata più da regole di costume che giuridiche ed imperante per almeno un secolo. Ad oggi, al contrario, la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo nelle relazioni familiari risulta garantita a più livelli, sia attraverso istituti *ad hoc* previsti dal codice civile, sia, ormai, attraverso il ricorso alle regole generali in materia di responsabilità civile per il ristoro del danno patrimoniale e non patrimoniale.

Quella che rappresenta una conquista della scienza giuridica non deve, però, portare ad una incontrollata "smania risarcitoria". Il ricorso ai diversi correttivi appena delineati (sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, rigoroso onere probatorio, attenta valutazione sull'ingiustizia del danno e della lesività della condotta) dovrebbe, in linea teorica, circoscrivere detta forma di responsabilità nei casi di lesioni particolarmente gravi di diritti costituzionalmente garantiti consumate in contesti e situazioni particolari, fugando così il rischio di un nuovo proliferare di cause bagatellari connesse ai giudizi di separazione e simili, dovuto al fatto che la responsabilità in esame sorge abitualmente nella fase patologica del rapporto e che, soprattutto, l'addebito della separazione non risulta pregiudiziale rispetto alla domanda di risarcimento¹⁴⁶.

Come si è avuto modo di osservare, tuttavia, la limitazione del risarcimento in esame alle sole ipotesi tipiche, *ex artt.* 2059 c.c. e 185 c.p., dovrebbe già permettere il ricorso a tale forma di tutela in situazioni effettivamente gravi, a fronte delle quali gli altri rimedi codicistici, con particolare riferimento a quelli di cui al libro I, risulterebbero, in verità, insufficienti in presenza di una lesione di un diritto inviolabile della persona.

Non si ignora che il riferimento alle sole ipotesi tipiche, siano esse reati o altri casi di legge, potrebbe, come è stato rilevato, lasciare dei vuoti di tutela in

¹⁴⁵ Cass. 10 maggio 2005 n. 9801, cit. Più recentemente, Cass. 17 gennaio 2012 n. 610, cit., ove si richiede "la prova di condotte specifiche, dotate d'intrinseca gravità".

¹⁴⁶ Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, cit.

relazione a taluni diritti inviolabili. Le soluzioni più convincenti appaiono, essenzialmente, due: o “ipotizzare una dichiarazione di incostituzionalità della norma ordinaria confliggente con la Carta fondamentale (...), ovvero potrebbero auspicarsi interventi legislativi volti a colmare le lacune che le letture combinate dell’art. 2059 c.c. con le norme di rinvio lasciano scoperte”¹⁴⁷.

¹⁴⁷ VIRGADAMO P.: *Danno non patrimoniale e “ingiustizia conformata”*, cit., p. 216 ss.

