

## CENNI INTRODUTTIVI

Da territorio inesplorato, la responsabilità nei rapporti tra familiari si è trasformata, nel breve volgere di tempo, in luogo di indagine approfondita e, da ultimo, di contesa.

Calato il sipario dell'immunità, gli interpreti sono rimasti affascinati dalle suggestioni esercitate dall'incontro tra due dei settori più vivaci del diritto privato moderno, destinato a realizzare una sovrapposizione dell'obbligazione risarcitoria e del rapporto familiare con effetti ben più dirompenti di quelli procurati dalla mera intersezione degli stessi, provocata dall'illecito che coinvolge un familiare, come autore o come vittima, ed un soggetto terzo; intersezione cui consegue una coincidenza parziale dei due aspetti, limitata, sul fronte debitorio, alla responsabilità dei genitori per il danno cagionato dai minori *ex art. 2048 c.c.* e, sul fronte creditorio, alla vicenda del danno ai congiunti.

Ammettere la responsabilità per i danni in famiglia, infatti, significa misurare la tenuta del sistema rispetto a diversi piani: relativamente all'equilibrio tra autonomia e eteronomia nella organizzazione dei rapporti interni al nucleo; alla compatibilità tra il diritto privato generale e la normativa di settore, già contenente rimedi propri contro i danni e la previsione di conseguenze per la violazione degli obblighi familiari; all'inquadramento nelle categorie di diritto comune, alla luce della lettura tradizionale che modella l'alternativa tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sulla pregressa estraneità tra le parti o viceversa sulla presenza di un vincolo obbligatorio anteriore alla verifica del danno.

Le numerose e approfondite indagini dedicate al confronto tra i due settori sono state sviluppate privilegiando un'ottica diversa da quella che muove dall'analisi della "fonte dei problemi", ovvero il rapporto familiare al cui interno scaturisce il danno. Nel focalizzare l'attenzione sul se e come la responsabilità sia destinata ad approdare in famiglia non si è infatti sempre appieno valorizzato il contesto applicativo – tutt'altro che trascurabile – che rappresenta, in definitiva, il motore di svolgimento dell'intera vicenda e da cui conseguentemente promanano spunti e indicazioni sistematiche. Nel favorire questo incontro con la responsabilità, la famiglia dà voce a tensio-

ni e esigenze di tutela che non trovano sbocco nella normativa di settore e lo fa richiedendo l'applicazione di strumenti neutri che non possono essere calati su un tessuto relazionale tanto peculiare senza tenere conto delle sue logiche e delle sue specificità; in particolare, del fatto che si tratta di rapporti destinati a sopravvivere, ancorché intaccati dall'illecito e, quindi, a mantenere viva l'esigenza di un bilanciamento tra i bisogni dell'individuo e le istanze di solidarietà familiare.

Da tale rilievo derivano il titolo dell'indagine e la scelta di avvalersi di un'espressione che, giocando sulla duplicità di significati della responsabilità *adeguata* alla famiglia, si presta a sintetizzare gli obiettivi e l'approccio suggerito dall'angolo di osservazione prescelto: intervenire nel dibattito sulla natura della responsabilità, onde riconsiderarne la consueta ricostruzione aquiliana in favore del paradigma dell'art. 1218 c.c., mercè la ricerca della regola che risulti maggiormente idonea ad insinuarsi nelle specificità di un contesto relazionale irripetibile; ponderare la congruenza del rimedio risarcitorio rispetto alla difesa degli interessi di cui sono portatori i familiari, sì da verificare l'opportunità di preferire o di combinare la responsabilità con ulteriori accorgimenti in grado di assicurare l'effettività della tutela.

Poiché la traiettoria dell'indagine procede dalla famiglia alla responsabilità, i parametri per effettuare la valutazione di adeguatezza e gli spunti per l'adeguamento debbono essere rinvenuti all'interno del diritto «secondo», segnatamente nelle regole di tutela contro i danni in famiglia sparse nei codici e nella normativa speciale. L'attento dosaggio della tutela risarcitoria e la sua combinazione o sostituzione con rimedi diversi delineano un modello di equilibrio tra la spinta individualista e l'istanza solidarista dal quale attingere le coordinate per orientare l'intervento della responsabilità nell'ambito familiare. Viene, così, in luce un'ulteriore manifestazione del dialogo tra diritto primo e «diritti secondi», in cui mentre il diritto primo costituisce la fonte delle regole per colmare gli spazi lasciati vuoti dalla normativa di settore, il «diritto secondo» diviene a sua volta fautore di un progresso del diritto comune della responsabilità verso una maggior articolazione delle soluzioni offerte. La qualificazione degli interessi di cui i soggetti coinvolti sono portatori in virtù della loro appartenenza alla famiglia, d'altro canto, deve essere operata alla luce del concreto ed effettivo svolgimento della relazione evitando sia di lasciarsi condizionare dalla terminologia utilizzata, talora con evidente improprietà, da parte del legislatore, sia di forzare categorie note ma non rispondenti alle reali dinamiche interne. Sempre la famiglia, infine, rappresenta il banco di prova delle ricadute che ciascuna delle regole sulla responsabilità è in grado di determinare, e quindi dell'incidenza sugli equilibri interni al nucleo e su quelli raggiunti, dal diritto della famiglia, tra diritto e costume nella disciplina dell'assetto familiare.

Nella prospettiva dell'adeguamento, invece, le regole di tutela pensate per la famiglia possono suggerire il percorso per assicurare una piena aderenza della tutela risarcitoria agli interessi delle parti della relazione familiare. Le azioni di responsabilità tra familiari tendono, invero, da sempre a rappresentare la trasposizione in chiave economica di richieste che vanno oltre la riparazione pecuniaria del danno. Talora l'obiettivo, addirittura primario, è quello di conseguire la responsabilizzazione del familiare, incline a scrollarsi di dosso gli impegni assunti. Talaltra, e in particolare quando il danno sia di tale gravità da compromettere del tutto il rapporto, il risarcimento persegue istanze di ordine diverso, che discendono dal complesso degli interessi non patrimoniali coinvolti. In quest'ottica, oltre a ipotizzare (ed ammettere) una declinazione individual-deterrente del risarcimento del danno non patrimoniale, occorre, altresì, indagare se nelle regole di tutela pensate per la famiglia sia possibile cogliere argomenti per realizzare entrambe le esigenze: trasformare il rapporto e garantire l'effettività della tutela.

La prospettiva di indagine e la metodologia prescelte, pur originando da un quadro normativo che impiega come modello la «società naturale» evocata dall'art. 29 Cost., non inducono tuttavia a trascurare, al di là della recente riforma che ha affermato l'unificazione giuridica dello stato di figlio, il dato, tratto dalla realtà, della perdita di una fisionomia unitaria da parte della famiglia e, soprattutto, i numerosi punti di contatto tra le azioni per i danni tra *partner* (nella famiglia di fatto) e tra coniugi, consistenti nella congruenza delle istanze di tutela, nell'emersione di interessi comuni inerenti al rapporto ancorché non formalizzato, e nei problemi di bilanciamento tra libertà e solidarietà. Non è parso opportuno, tuttavia, declinare al plurale la ricerca e parlare di una responsabilità adeguata alle famiglie, poiché i profili di contiguità riguardano la comunità in quanto tale, indipendentemente dall'immagine proiettata in concreto dal «caleidoscopio familiare», per usare un'espressione coniata da Salvador Minuchin e ripresa da Chiara Saraceno, e a prescindere dagli esiti del percorso, che attualmente attraversa una fase cruciale, verso la regolamentazione di talune forme di convivenza.



## CAPITOLO I

# RESPONSABILITÀ CIVILE E RAPPORTI FAMILIARI: ALLA RICERCA DI UN EQUILIBRIO TRA TUTELA INDIVIDUALE E SOLIDARIETÀ FAMILIARE

SOMMARIO: 1. La responsabilità in famiglia tra diritto e costume. – 2. L'auto-limitazione del diritto nella famiglia tradizionale. – 3. Dietro il velo dell'immunità: l'applicazione delle regole di diritto comune sulla responsabilità. – 3.1. Nei rapporti tra coniugi. – 3.2. Nei rapporti tra genitori e figli. – 3.3. Spazi e funzioni della responsabilità nell'ambito familiare. – 4. L'attitudine espansiva della responsabilità nella famiglia moderna. – 4.1. Nei rapporti tra coniugi. – 4.2. Nei rapporti tra genitori e figli. – 4.3. Le esigenze di tutela sottese alla pretesa risarcitoria e il ruolo del danno non patrimoniale. – 5. Contro l'onda lunga della responsabilità: l'argine della tolleranza e il collegamento con la regola sulla sospensione della prescrizione. – 6. La responsabilità civile: dai contatti tra "estranei" ai rapporti tra "familiari". – 7. L'incidenza del rapporto familiare sull'applicazione delle regole di responsabilità. – 7.1. La delimitazione di aree di immunità. – 7.2. L'introduzione di filtri selettivi. – 7.3. La valutazione dei presupposti alla luce delle dinamiche interne. – 8. Piano della riflessione: responsabilità civile e regole di tutela *pensate* per la famiglia, diritto privato generale e «diritti secondi».

### 1. *La responsabilità in famiglia tra diritto e costume*

L'applicazione della responsabilità civile<sup>1</sup> nei rapporti tra familiari schiude tre diverse prospettive di osservazione della dialettica tra diritto e costume che attraversa la famiglia<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Nell'accezione *lata* che ricomprende sia la responsabilità aquiliana sia quella derivante dall'inadempimento di un'obbligazione: cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 634.

<sup>2</sup> Per C. GRASSETTI, *Famiglia (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 48, «il sentimento morale è l'anima» della famiglia nella quale «i costumi sono più forti del diritto»; G. CIAN, *Introduzione. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Comm. rif. dir. fam.*, a cura di CARRARO-OPPO-TRABUCCHI, I, 1, Padova, 1977, 24, evidenzia connessioni e contaminazioni tra diritto di famiglia e fattori

Una prima immagine è quella della ripartizione dei ruoli in ordine al «governo della famiglia». Secondo un impianto inveterato e insensibile ai mutamenti attraversati dall'istituzione<sup>3</sup>, la disciplina dei rapporti interni è affidata a regole di formazione spontanea<sup>4</sup>. Al diritto (della famiglia) spetta il ruolo di «cornice»<sup>5</sup>, a garanzia del fondamento della «società naturale» e del rispetto di principi e valori omogenei e ineludibili<sup>6</sup>; al tempo stesso esso è chiamato a integrare e supplire al difetto di regole comunitarie oppure a correggere le eventuali deviazioni dall'ordine interno<sup>7</sup> e, in generale, a porre rimedio ai risvolti patologici assunti dal rapporto<sup>8</sup>.

---

etici, sociali, religiosi. Di tale interazione sottolinea i risvolti problematici: P. ZATTI, *Familia, familiae - Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 15 s., il quale ricorre alla metafora dello «specchio» per mettere in luce come il diritto della famiglia rifletta l'evoluzione delle relazioni familiari in un determinato contesto sociale. Sul ruolo che il costume, insieme allo stile di vita dei popoli europei, è destinato ad assumere nell'orientare «la ricerca di un sostenibile modello familiare da porre a base di un riformato e uniforme diritto di famiglia in Europa», si v. V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 22.

<sup>3</sup> Sulle funzioni di tale distinzione si cfr. A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 932 ss.

<sup>4</sup> Così A.M. SANDULLI, *Sub art. 29 Cost.*, in *Comm. dir. it. fam.*, dir. da CIAN-OPPO-TRABUCCHI, I, Padova, 1992, 7. Cfr., anche, G. CIAN, *op. ult. cit.*, 24; F. SANTORO PASSARELLI, *Note introduttive agli artt. 24-28 Nov.*, in *Comm. rif. dir. fam.*, I, 1, cit., 216; C. GRASSETTI, *op. ult. cit.*, 49; F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Libertà della persona e responsabilità della coppia nell'attuazione della Costituzione*, in *Studi in tema di diritto della famiglia*, Milano, 1967, 92 ss.; M. GIORGIANNI, *Il governo della famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia*. Atti del convegno di Venezia 30 aprile-1 maggio 1967, Padova, 1967, 30; A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e coordinate da L. Scavo Lombardo, Milano, 1957, 223; R. NICOLÒ, *Osservazioni di metodo e osservazioni generali sul progetto*, in *La riforma del diritto di famiglia*, cit., 205.

<sup>5</sup> Metafora utilizzata da G. CIAN, *op. ult. cit.*, 24 per indicare il ruolo del diritto rispetto al costume.

<sup>6</sup> Per B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1907, 603 i doveri morali e naturali legati ai vincoli di sangue.

<sup>7</sup> A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Vassalli, 3<sup>a</sup> ed., III, 1, Torino, 1957, 36, il matrimonio e la famiglia sono dominati «da forze incoercibili [...] da istinti primordiali [...] da elementi religiosi [...]», onde il legislatore «appare molto spesso come quello che non domina la materia ma ne è dominato; non imbriglia il fiume, ma pone dei cartelli là dove si spongono le acque».

<sup>8</sup> Nota efficacemente G. CIAN, *op. ult. cit.*, 24, che mai come in questo ambito «il diritto appare creato per l'uomo malvagio»; A.C. JEMOLO, *Parole introduttive*, in *La riforma del diritto di famiglia*, cit., 2, evidenzia «la vita familiare, se sana, ignora il diritto [...]»; è soltanto quando soffia il vento freddo del disinganno o della discordia, che ci si ricorda che esistono norme giuridiche anche in questo ambito»; M. GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, 43, definisce «candidati alla separazione» i coniugi che «non sapendo altrimenti risolvere i loro contrasti, si rivolgono al giudice»; L. CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv.*

La centralità del costume nell'assetto organizzativo<sup>9</sup>, oltre a influire sugli spazi di intervento dell'autorità giudiziaria, incide sull'applicazione del diritto comune e quindi sull'ampliamento degli spazi "giuridificati", oltre a quelli già conquistati dalla normativa di settore<sup>10</sup>.

Il diritto di famiglia riflette, infatti, quell'equilibrio instabile, perché in continua evoluzione, tra *ius* e *mos*, diritto e non-diritto<sup>11</sup>, comunità e persone, fattori personali e economici<sup>12</sup>. Le sue regole, infatti, nell'adattare la «cornice» al quadro, bilanciano la tutela individuale con la solidarietà<sup>13</sup> insita nell'appartenenza a questo specifico gruppo<sup>14</sup> e, nel contrastare il

---

*dir. civ.*, 1975, I, 93, sottolinea l'importanza del diritto quando la famiglia entra in crisi «e non riesce più a trovare quella sua autonoma regola di vita che ne consente la normale e più fruttuosa funzione».

<sup>9</sup> Si pensi innanzitutto all'autonomia dei coniugi nell'individuazione del contenuto dei doveri reciproci, fatto salvo il contenuto minimo essenziale e ineludibile che valga a garantire l'identità sostanziale: M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, Artt. 143-148, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, 12.

<sup>10</sup> Cfr. A. CICU, *Lo spirito del diritto familiare*, (1913), in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, 1, Milano, 1965, 127, il quale sottolinea che «manca completamente la libertà di conformare secondo i propri interessi i rapporti familiari, di diminuire o ampliare i diritti ed obblighi fra genitori e figli, fra marito e moglie [...] di garantire meglio di quel che faccia la legge l'adempimento di tali obblighi, o di eliminare le garanzie di legge».

<sup>11</sup> Nella riflessione sociologica il non-diritto è inteso come assenza del diritto in un certo numero di rapporti umani ove il diritto teoricamente tenderebbe ad essere presente: J. CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Milano, 1997, 25 ss. (trad. it. curata da A. De Vita di *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7<sup>a</sup> ed., Paris, 1992). Secondo J. CARBONNIER, *ibidem*, 32 e *L'hypothèse du non-droit*, in *Le dépassement du droit. Archives de philosophie du droit*, 8, Paris, 1963, 55, all'interno del matrimonio, «*le non-droit est l'essence, le droit l'accident*».

<sup>12</sup> La medesima cautela espressa in ordine all'applicazione delle regole sulla responsabilità è stata manifestata relativamente alla possibilità di estendere l'autonomia dei coniugi oltre i confini previsti dal diritto di famiglia mediante il ricorso allo strumento contrattuale, facendo leva sulla distanza tra i negozi familiari e la logica (patrimonialistica e individualistica) contrattuale. In entrambi i settori tuttavia il processo di privatizzazione della famiglia ha condotto al progressivo ampliamento degli spazi di interazione tra le regole di diritto comune e le regole di settore: cfr. M.R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari tra stratificazioni e "resistenze". Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 233 ss.; P. GALLO, *Trattato del contratto*, I, Torino, 2010, 63 ss.

<sup>13</sup> Sulla solidarietà come concetto polisenso, si v. N. LIPARI, «*Spirito di liberalità*» e «*spirito di solidarietà*», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 10; F.D. BUSNELLI, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 1999, 436; M.C. BLAIS, *La solidarietà. Storia di un'idea*, (trad. it. di *La solidarité. Histoire d'une idée*, Paris, 2007) a cura di B. MAGNI, Milano, 2012, 4; K. BAYERTZ, *Il concetto e il problema della solidarietà*, in BAYERTZ-BAURMANN, *L'interesse e il dono. Questioni di solidarietà*, a cura di P. PORTINARO, Torino, 2002, 4.

<sup>14</sup> Nella riflessione dei grandi maestri della sociologia (in particolare, di Durkeim, Comte, Spencer) la solidarietà rappresenta la cifra della famiglia e il mondo della famiglia

dilagare del diritto, offrono principi organizzativi e strumenti di protezione contrassegnati da un attento dosaggio degli elementi patrimoniali, trattandosi di rapporti fondati su vincoli di natura affettiva o biologica<sup>15</sup> e orientati, almeno secondo taluni<sup>16</sup>, dalla logica della gratuità, e del dono, anziché dai criteri della corrispettività e dello scambio<sup>17</sup>.

Dinanzi a questo assetto si spiegano la prudenza degli interpreti rispetto alla prospettiva del ricorso alle regole sulla responsabilità e il variare dell'intensità di tale atteggiamento in funzione dell'assetto sociale e giuridico contingente. La cautela raggiunge picchi estremi, di netta chiusura, nella fase in cui la difesa dell'autonomia dell'istituzione, immersa nel diritto pubblico<sup>18</sup>, serve all'affermazione e alla conservazione di un ordine interno

---

si contrappone a quello costituito dall'individuo, dalle leggi del mercato, dal principio della prestazione, come sottolinea F. SETTEMBRINI, *La famiglia*, in M.A. TOSCANO (a cura di), *Introduzione alla sociologia*, Milano, 2006, 205. Osserva, tuttavia, F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e l'attesa della povera gente, oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 416 ss., che il diritto civile del nostro secolo, anziché dall'impulso solidarista proveniente dalla Costituzione, è attratto dall'orizzonte individualista e libertario d'oltreoceano, come dimostra la concezione di famiglia riflessa dalla Carta di Nizza, quale semplice profilo della *privacy* di ciascun individuo, in luogo della dimensione aggregante della «società naturale» designata dalla Costituzione: la famiglia, come si dice, (p. 423) si fraziona negli individui che la compongono; e la *protezione* si traduce nel *rispetto*.

<sup>15</sup> S. PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code Civil*, Aix-en-Provence, 2007, 19, evidenzia che le regole del diritto della famiglia sono elaborate dal legislatore con prudenza in considerazione del loro concreto impatto sulla vita del gruppo. A tal fine si avvalgono di parametri esterni al diritto delle obbligazioni: l'affetto, la pace della comunità, il legame di sangue, la *vie commune*, la solidarietà morale e materiale, la tolleranza, l'interesse del minore.

<sup>16</sup> Parte della sociologia spiega la vita familiare, nelle sue premesse come negli esiti, come uno scambio complesso di attività mutuamente ricompensanti e definisce i valori familiari come il risultato di un comportamento dei coniugi ispirato a un principio di reciprocità o contraccambio che «consiste in un dovere di reciprocare le prestazioni e in generale le azioni ricevute dall'Alter»; visione che enfatizza gli isomorfismi tra famiglia e mercato. Su tali letture che pongono lo scambio come fattore fondante e esplicativo della coesione e delle relazioni familiari e sulle critiche che hanno sollevato: P. DONATI-P. DI NICOLA, *Lineamenti di sociologia della famiglia. Un approccio relazionale all'indagine sociologica*, Roma, 1989, 76 ss. Va detto, d'altra parte, che nel sistema previgente era stata intravista negli obblighi reciproci dei coniugi una logica di scambio, anziché di integrazione o concorso nell'attuazione del consorzio familiare, posta la sostanziale diversità di attitudini e di capacità: M. PARADISO, *op. ult. cit.*, 11.

<sup>17</sup> L. LENTI, *Famiglia e danno esistenziale*, in P. CENDON-P. ZIVIZ (a cura di), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, 255 ss.; F. SETTEMBRINI, *op. ult. cit.*, 214 s.; G. DI ROSA, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in MAUGERI-ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato. Le funzioni della responsabilità*, Bologna, 2009, 411.

<sup>18</sup> Cfr. A. CICU, *Considerazioni sulla struttura del rapporto giuridico* (1944), in *Scritti*

verticistico, il che richiede di privilegiare la coesione e l'apparente armonia del nucleo sugli interessi e sull'autonomia dei singoli<sup>19</sup>. Con la caduta delle barriere erette attorno alla famiglia, la prudenza si stempera di poco in quanto occorre comunque proteggere la stabilità della comunità familiare contro quella che inizialmente ampia parte della dottrina vive come l'«insidia» dell'eguaglianza promossa dalla Costituzione<sup>20</sup>. Allargare lo spessore della «cornice» con il ricorso alle formule giuridiche tradizionali, avrebbe significato introdurre limiti all'autonomia interna mediante strumenti inappropriati<sup>21</sup>, in contrasto con l'archetipo dell'intervento minimo della legge, che vale a contenere la stessa prospettiva di espansione della disciplina di settore<sup>22</sup>, e dell'ingerenza giudiziale<sup>23</sup>, guardata con diffidenza

---

*minori di Antonio Cicu*, I, 1, cit., 73 ss.; ID., *Quello che la Costituzione non dice* (1948), *ibidem*, 84 ss.; ID., *Lo spirito del diritto familiare*, cit., 123 ss. e *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo c.c.* (1939), *ibidem*, 145 ss.

<sup>19</sup> Cfr. A. CICU, *Lo spirito del diritto familiare*, cit., 131, 137, sottolinea che «nella famiglia predominano sentimenti, bisogni, impulsi che comprimono l'egoismo individuale fino ad esigere il sacrificio della stessa esistenza» e (p. 141) che «lo spirito individualistico va bandito in questa materia: esso porterebbe logicamente e fatalmente alla abolizione del matrimonio, al libero amore, alla dissoluzione della famiglia».

<sup>20</sup> Sulla difficoltà di elaborare un punto di equilibrio tra i due valori una volta entrata in vigore la Costituzione: M. BIN, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di eguaglianza*, Torino, 1971, 48; F. MODUGNO, *L'eguaglianza nell'unità della famiglia*, in *Studi in tema di diritto della famiglia*, Milano, 1967, 4 ss.

<sup>21</sup> A. TRABUCCHI, *I principi generali della riforma nel sistema del diritto di famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia*, cit., 12, parlando del criterio di responsabilità che ispira il campo della filiazione sottolinea il suo distacco dalla responsabilità per l'attività dannosa in quanto oltre a escludere la sussistenza dei relativi presupposti evidenzia che «non sarebbero adatte le normali conseguenze».

<sup>22</sup> Come sottolinea P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, 1 s., «la famiglia, tra le formazioni sociali, è senza dubbio quella contrassegnata dal massimo di immunità, e cioè di impenetrabilità all'invasione della regolamentazione giuridica [...]. Le stesse leggi positive, a cominciare dalle previsioni costituzionali, muovono dall'idea di questa indipendenza, e resistenza, del nucleo familiare; questo è il significato, in particolare, della formula costituzionale della società naturale... nel senso che la famiglia è una realtà che precede il diritto e che il diritto deve almeno per ciò che riguarda alcune elementari aspettative rispettare. Vi è insomma, in quella formula, l'idea di un limite che l'ordinamento giuridico incontra, e che il legislatore deve costantemente aver presente quando scende alla puntuale regolamentazione della comunità familiare».

<sup>23</sup> P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 358, evidenzia che la famiglia è la formazione sociale che oppone la maggiore resistenza all'intervento giurisdizionale esterno e che, al contempo, suscita il più alto rispetto da parte dell'ordinamento per la particolare intensità delle relazioni tra i suoi membri. Manifestano preoccupata diffidenza rispetto all'intervento decisionale esterno per aspetti legati agli interessi della comunità, P. SCHLESINGER, *L'ordine*

anche qualora, per calarsi nella famiglia, si avvalga di un organismo appositamente istituito<sup>24</sup>.

La seconda prospettiva di riflessione è rappresentata dal confronto tra l'orientamento degli interpreti e le dinamiche sociali. A questo proposito, anticipando quanto sarà documentato nelle pagine successive è possibile rinvenire fin dal Codice Pisanelli una divergenza tra lo scetticismo degli interpreti<sup>25</sup> e la determinazione espressa a livello sociale nel sollecitare la tutela esterna per i danni derivanti da una condotta lesiva dell'affidamento ingenerato dal rapporto familiare.

Si ravvisa quindi un contrasto tra l'*autolimitazione del diritto*, nella forma del *non-diritto intellettuale*<sup>26</sup>, e la domanda di diritto proveniente dalla prassi, eccetto che in un'area circoscritta, delimitata dagli episodi di danno che abbiano lasciato indenne il rapporto<sup>27</sup>, area di *non-diritto per l'auto-neutralizzazione del diritto*, riconducibile al costo della sua realizzazione<sup>28</sup> o ad una *scelta diffusa*<sup>29</sup>. Tutto intorno a questa sfera di immunità, e quindi in ordine a fatti dannosi che hanno impedito che il rapporto proseguisse, si irradia una richiesta costante nel tempo di rafforzamento della tutela indivi-

---

*interno della famiglia*, in *Iustitia*, 1965, 30 ss., in considerazione del fatto che i rapporti coniugali sono per loro natura insuscettibili di definizione in termini legalistici (liceità, doverosità) e di coercizione; F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *op. ult. cit.*, 98, ritiene un attentato all'autonomia della famiglia sancita dall'art. 29 C. l'idea di ammettere l'intervento del giudice in costanza di matrimonio; per A. BUCCIANTE, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1971, 14, tale intervento rischia soltanto di «acuire il dissenso e l'exasperazione del coniuge insoddisfatto senza alcun risultato pratico e laddove si traduca in un potere decisionale esterno esso implicherebbe ferire a morte l'«organo vitale della famiglia» ossia l'accordo interno nel governo di essa».

Si esprimono invece in favore dell'intervento del giudice, anche in costanza della convivenza coniugale, in quanto funzionale alla salvaguardia della comunità della cui autonomia ci si preoccupa, F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 23 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il governo della famiglia e l'intervento del giudice*, in *La riforma del diritto di famiglia*, cit., 1967, 154 s.; U. NATOLI, *Osservazioni di metodo e osservazioni generali sul progetto*, *ibidem*, 159 s.

<sup>24</sup> Il riferimento è alla proposta ripetutamente formulata di istituire un Tribunale della famiglia, sulla quale si cfr. E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981, 35 ss.

<sup>25</sup> C. LABRUSSE, *Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint*, in *Rev. int. droit comp.*, 1967, 431 ss., evidenzia che la qualità di coniugi e quella di parti in giudizio sono tra loro incompatibili.

<sup>26</sup> J. CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, cit., 29 si riferisce alle ipotesi di lacune che potrebbero essere colmate mediante tecniche come il ricorso all'analogia e che gli interpreti si rifiutano di utilizzare.

<sup>27</sup> Sulle spiegazioni offerte a tale meccanismo di risoluzione endogena dei conflitti e delle tensioni-intrafamiliari, si v. P. DONATI-P. DI NICOLA, *op. ult. cit.*, 75 ss.

<sup>28</sup> J. CARBONNIER, *op. ult. cit.*, 30.

<sup>29</sup> J. CARBONNIER, *op. ult. cit.*, 32.

duale e della solidarietà familiare affidata alla responsabilità aquiliana<sup>30</sup>. Le aspirazioni sottese alla pretesa risarcitoria variano nel tempo: dapprima, si mira a garantire il rispetto delle gerarchie interne, a difendere l'istituzione familiare dagli attentati perpetrati dal singolo<sup>31</sup>, in considerazione dell'incoercibilità dei doveri morali e sociali non spontaneamente eseguiti<sup>32</sup>, e a gettare un ponte per l'accesso al *diritto* dei rapporti rilevanti unicamente sul piano sociale<sup>33</sup>; successivamente, si cerca di ovviare alla resistenza allo schema dell'assunzione di un impegno reciproco<sup>34</sup> o alla degenerazione della libertà in fuga dalle responsabilità inerenti agli impegni assunti con il matrimonio e con la procreazione<sup>35</sup>. Se cambiano le esigenze e gli obiettivi, in entrambe le fasi permane, invece, la tensione tra la protezione della persona e quella della comunità di appartenenza<sup>36</sup>. Più precisamente, in un primo momento, l'impostazione familistica, sottesa all'*autolimitazione del diritto* garantita dagli interpreti, viene mitigata dall'approccio individualistico che ispira il ricorso allo strumento risarcitorio per l'affermazione della supremazia del singolo<sup>37</sup>. In seguito, la valorizzazione della persona anche

---

<sup>30</sup> E. CAMILLERI, *Violazione dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2012, 428, sottolinea che tra le tecniche rimediali quella aquiliana «si candida a presidiare più e meglio delle altre la sfera individuale, per lo meno in relazione a lesioni che non semplicemente maturino nella cornice della istituzione sociale primaria e della trama di relazioni affettive che la intessono ma che originino a partire da condotte già integranti violazioni della disciplina giusfamiliare».

<sup>31</sup> È il caso dell'azione per adulterio (della moglie): v. *infra* par. 3.1.

<sup>32</sup> È il caso dell'azione per ottenere il ritorno del coniuge che si è allontanato: v. *infra* par. 3.1.

<sup>33</sup> È il caso dell'azione di seduzione intentata dalla donna con l'obiettivo di ottenere il mantenimento del figlio; dell'azione di risarcimento nel caso di matrimonio religioso non seguito da quello civile: v. *infra* par. 3.1.

A proposito della considerazione tributata dalla giurisprudenza alle situazioni di fatto, J. CARBONNIER, *op. ult. cit.*, 34, evidenzia che si tratta di effetti giuridici e che «uno statuto giuridico, anche se incompleto, anche se di secondo piano, è l'antitesi del non-diritto».

<sup>34</sup> M. PARADISO, *op. ult. cit.*, 6, riconduce tale resistenza all'anomia che caratterizza le società moderne per l'accavallarsi di una serie di fattori strutturali, culturali e contingenti, rappresentati questi ultimi dalla disciplina recente sempre più cogente sul piano economico e lassista sul piano dei rapporti personali e della stabilità del vincolo.

<sup>35</sup> È la casistica delle azioni intentate dal figlio nei confronti del genitore che abbia ommesso il riconoscimento o trascurato i doveri derivanti dalla filiazione: v. *infra* par. 3.2.

<sup>36</sup> Sul rapporto intercorrente tra persona e comunità anche nella formazione familiare, si v. P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, all'interno del quale lo scritto su *Immunità e privilegio*, 379 ss., tratta tra le altre cose, dell'immunità del familiare dall'applicazione delle regole sulla responsabilità civile, prendendo spunto dall'esperienza di *common law*. Cfr., altresì, V. SCALISI, *op. ult. cit.*, 15.

<sup>37</sup> B. SHMUELI, *Tort litigation between spouses: let's meet somewhere in the middle*, in *Harv. Negotiation L. Rev.*, 2010, 204.

all'interno dei gruppi e il depotenziamento della tutela apprestata dalle regole di settore gettano le basi per un ingresso potenzialmente generalizzato della responsabilità di diritto comune nei rapporti tra familiari<sup>38</sup>. La pervasività dell'approccio individualistico viene, tuttavia, controbilanciata dalle dinamiche familiari che tendono, stavolta in ottica familistica, a mantenere fermo lo spazio di *non-diritto* in nome della coesione e dell'autonomia del gruppo.

La medesima dialettica e un percorso per molti tratti simile nel temperamento tra interessi individuali e esigenze della comunità possono essere riscontrati anche nei paesi di *common law*, nonostante la distanza dall'esperienza giuridica continentale. L'*autolimitazione del diritto* è però in quel caso più marcata: il *self-restraint* è stato, infatti, formalizzato dalla giurisprudenza mediante una regola espressa di immunità della famiglia dall'applicazione del *tort law*, preclusiva della stessa ammissibilità in giudizio dell'azione risarcitoria<sup>39</sup>. La mancata rassegnazione delle vittime al diniego di tutela, e quindi il costume, è valso però ad allentare progressivamente le resistenze della giurisprudenza, fino al punto di indurla ad accantonare la regola dell'immunità e ad adottare un approccio più flessibile, diretto a calibrare la tutela individuale sul rapporto con l'autore e sul contesto di maturazione del danno<sup>40</sup>.

La terza angolatura di osservazione è quella dell'influenza vicendevole di diritto e costume. Da un lato, è evidente, infatti, l'impatto di determinati mutamenti sistematici<sup>41</sup> sull'assetto dei rapporti familiari e sul ricorso alle misure di tutela offerte dal diritto comune<sup>42</sup>. Da un altro lato, l'espansione della responsabilità deve essere messa in relazione con la più accentuata precarietà delle unioni e con l'alterazione degli equilibri tra individuo e

<sup>38</sup> Sul punto, cfr. le considerazioni di E. GIACOBBE, *A. Trabucchi: profeta inascoltato!*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 169.

<sup>39</sup> Sulla *interspousal tort immunity* e sulla *parent-child tort immunity* si v. W. PROSSER, *The Law of Torts*, St. Paul Minnesota, 1971, 859 ss.; H.H. CLARK, *The law of domestic relations in the United States*, St. Paul Minnesota, 1988, 370 ss. Riflettendo sul punto, C. LABRUSSE, *op. cit.*, 432, evidenzia che al medesimo risultato sarebbe potuta giungere la giurisprudenza francese facendo leva, prima del 1938, sull'incapacità della donna coniugata, sulla *puissance maritale* nonché sulla regola in base alla quale debiti e responsabilità si liquidano al momento della dissoluzione del regime matrimoniale.

<sup>40</sup> Vedi *infra* parr. 4.1 e 4.2.

<sup>41</sup> Tra i tanti richiamati da E. ROPPO, *Coniugi, I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 2, i più significativi a questo riguardo sono rappresentati dal permeare dei valori costituzionali nel tessuto codicistico, dal superamento del principio di indissolubilità del matrimonio, dall'affermazione della separazione come rimedio e dalla depenalizzazione dell'adulterio.

<sup>42</sup> Si v. A. TRABUCCHI, *Famiglia e diritto nell'orizzonte degli anni '80*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 162 ss.

dimensione aggregante della solidarietà familiare (art. 2, 29 Cost.) all'interno dello stesso costume sociale. Non essendo più possibile guardare alla stabilità e alla continuità della coppia come norme di riferimento per la definizione, l'organizzazione e il governo della famiglia – poiché il matrimonio è divenuto, da istituzione che era, un'esperienza soggettiva legata al desiderio del singolo<sup>43</sup> (è entrato nella fase del *démariage* per Irène Théry)<sup>44</sup> – la responsabilità civile viene evocata come strumento per contemperare l'aspirazione alla felicità individuale<sup>45</sup> con gli interessi degli altri componenti del gruppo familiare<sup>46</sup>, per ricreare e consolidare, quindi, valori condivisi<sup>47</sup>.

Adottare il punto di vista del confronto tra la lettura degli interpreti, il dato normativo e l'evoluzione giurisprudenziale, «l'indice più prezioso del mutamento del costume sociale»<sup>48</sup>, non serve solamente ad analizzare l'interazione tra familismo e individualismo nella dialettica tra immunità e responsabilità; permette di captare, altresì, l'intera gamma delle tensioni che attraversano l'incontro tra la famiglia e le regole risarcitorie, là dove si cerchi di mantenere a livello operativo l'equilibrio tra protezione individuale e solidarietà familiare<sup>49</sup>, specialmente nella ricostruzione del rapporto sistematico tra la responsabilità di diritto comune e le regole di tutela contro i danni nella normativa di settore. In particolare, i problemi relativi alla compatibilità sistematica della responsabilità rispetto al diritto di famiglia, alla sua rispondenza alla funzione che le viene assegnata<sup>50</sup>, ovvero all'opportunità di intraprendere percorsi alternativi, si prestano ad essere vagliati alla luce delle istanze tradotte nella richiesta di risarcimento e della funzione attribuita allo strumento prescelto. D'altra parte, la circostanza

---

<sup>43</sup> F. SETTEMBRINI, *op. cit.*, 217 s.

<sup>44</sup> I. THÉRY, *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, 1993, 15, lo utilizza non tanto nel significato suo proprio di annullamento del matrimonio ma nel senso di perdita di carattere istituzionale del matrimonio, di «disinteresse, disimpegno, disinvestimento» nel vincolo.

<sup>45</sup> Per una ricostruzione della riflessione occidentale sul diritto alla felicità si v. A. TRAMPUS, *Il diritto alla felicità. Storia di un'idea*, Roma, 2008.

<sup>46</sup> Osserva A. NICOLUSSI, *op. ult. cit.*, 832, «non può stupire allora che, trovando più sorda la coscienza sociale dei valori, venga al mare del diritto una domanda crescente sulle conseguenze della violazione dei doveri di solidarietà che innervano il rapporto fra coniugi e in genere i rapporti nella famiglia».

<sup>47</sup> F. SETTEMBRINI, *op. cit.*, 219.

<sup>48</sup> M. GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, 31.

<sup>49</sup> La ricerca di un equilibrio tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della famiglia ispira l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 8 della CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) da parte della CEDU nell'interpretazione e applicazione dell'art. 8: v. la sentenza 23 settembre 1994 nel caso Hokkanen c. Finlandia, serie A n. 299 A, par. 55.

<sup>50</sup> Evidenzia l'esigenza di individuare la funzione da assegnare in questo ambito alla responsabilità civile, G. DI ROSA, *op. cit.*, 410.

che il danno maturi all'interno di relazioni e di formazioni ineguagliabili sul piano sociale richiede l'adozione di una prospettiva che tenga conto di tale complessità e degli equilibri ad esse immanenti.

La ricerca di soluzioni coerenti può muovere proprio dall'osservazione delle dinamiche sociali e del diritto di famiglia e, in particolare, dall'analisi delle regole speciali di tutela, nel tentativo di desumere da esse criteri che possono fungere da guida nell'applicazione delle regole generali.

## 2. *L'auto-limitazione del diritto nella famiglia tradizionale*

A differenza del *common law*, nell'esperienza giuridica interna e più in generale in quella continentale, non solo è mancato un argine normativo all'accesso dei membri di una stessa famiglia alla tutela risarcitoria (tranne nel caso del rigetto dell'opposizione al matrimonio: v. *infra* cap. II, par. 6), ma non c'è mai stata una teorizzazione dell'immunità della famiglia dal diritto comune della responsabilità<sup>51</sup>. Gli interpreti hanno, semmai, messo in luce una serie di fattori dai quali trasparirebbe un'incompatibilità a livello sistematico, assiologico e politico tra famiglia e regole sulla responsabilità.

Sul piano sistematico, anzitutto, il carattere di *ius speciale* rivestito dal diritto della famiglia parrebbe implicare l'esclusività e la tassatività<sup>52</sup> degli strumenti di tutela, delle sanzioni e dei rimedi<sup>53</sup>, presenti al suo interno,

<sup>51</sup> S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 32, 50.

<sup>52</sup> Cfr. F. MASÈ DARI, *Danni da adulterio e da separazione personale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 688; M. GIORGIANNI, *Problemi attuali di diritto familiare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 772; G. CIAN, *op. ult. cit.*, 42; P. TRIMARCHI, *Illecito b) diritto privato*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 102; M. DOGLIOTTI-A. FIGONE, *I rapporti familiari*, in CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, VIII, Torino, 1998, 68; A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, in *Fam. dir.*, 1997, 462 ss.; ID., *L'infedeltà quanto può costare? Ovvero, è lecito tradire solo per amore?*, in *Studium iuris*, 2000, 524 ss.; O.B. CASTAGNARO, *Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali*, in *Giur. it.*, 2002, I, 2291; M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non può "generare" diritti al di là del la legge*, in *Guida al dir.*, 2002, n. 24, 52; M. COSTANZA, *Qualche riflessione sul danno esistenziale a margine di una sentenza del Tribunale di Milano*, in *Giur. it.*, 2003, 1063. In giurisprudenza, si v. Cass., Torino, 26 giugno 1894, in *Giur. it.*, 1894, I, 1, 876 e in *Monit. trib.*, 1894, 671; App. Venezia, 28 maggio 1895, in *Giur. it.*, 1895, I, 270; App. Bologna, 28 febbraio 1935, in *Temi emil.*, 1935, I, 2, 82.

Sulla diffusione a livello europeo di tale approccio si cfr. C. VON BAR, *The common European law of torts*, II, Oxford, 2000, 127.

<sup>53</sup> Oltre alle sanzioni del codice penale per i «delitti contro la famiglia», si è soliti indicare la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale in caso di allontanamento

a fronte della trasgressione dei doveri o a comportamenti comunque lesivi di interessi familiari<sup>54</sup>. Ammettere la concorrente applicazione delle regole generali, significherebbe alterare il bilanciamento tra tutela del singolo e protezione del nucleo raggiunto dal legislatore mediante le regole di diritto della famiglia e che la stessa Costituzione ci invita a mantenere<sup>55</sup>. A ulteriore conferma di questo assunto si porrebbero le regole previste nella normativa di settore per i danni tra familiari<sup>56</sup>, mediante le quali il legislatore avrebbe circoscritto i margini di rilevanza della tutela risarcitoria. Al di fuori di esse<sup>57</sup>, pertanto, non vi sarebbe una lacuna da riempire mediante

---

ingiustificato dalla residenza familiare (art. 146 c.c.), la separazione giudiziale dei beni per l'inottemperanza all'obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia (art. 193 c.c.), l'addebito della separazione provocata dall'altrui comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio (art. 151 c.c.), la decadenza dalla potestà del genitore e gli altri provvedimenti convenienti per la violazione dei doveri o l'abuso dei poteri inerenti alla responsabilità genitoriale (art. 330 e 333 c.c.) e la rimozione dall'amministrazione dei beni del figlio, in caso di cattiva amministrazione del patrimonio del minore (art. 334 c.c.); gli ordini di protezione di cui agli artt. 342-bis c.c. e ss. in caso di condotta gravemente pregiudizievole all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente.

<sup>54</sup> C. MIRABELLI, *La separazione personale dei coniugi per giusta causa*, in *Studi in tema di diritto della famiglia*, Milano, 1967, 334 e nota 40, evidenzia che una delle ragioni che inducono a preferire l'imputabilità soggettiva a quella oggettiva nella separazione per colpa è la circostanza che «indubbiamente le cause di separazione di cui all'art. 151 c.c., sono fattispecie di illecito civile, alle quali seguono determinate sanzioni; e non essendo ammessa nel nostro ordinamento la responsabilità oggettiva, se non per espresse eccezioni, anche per gli atti previsti dall'art. 151 c.c., si ha responsabilità del coniuge solo per dolo o colpa». Facendo tale parallelismo l'A. non perviene però a profilare il risarcimento a carico del coniuge "colpevole" ma sembra compensarlo con le conseguenze dannose che tale condotta è destinata ad arrecare al medesimo autore: con i danni patrimoniali, come la perdita dell'usufrutto dei beni dotali, degli utili del contratto di matrimonio, del diritto al mantenimento che si riduce agli alimenti, lo scioglimento della comunione dei beni, la perdita del legato e della pensione di reversibilità; con i danni non patrimoniali, come la non punibilità dell'adulterio del coniuge incolpevole.

<sup>55</sup> Il bilanciamento suddetto è evidente tanto nell'art. 29 Cost. (il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, *con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare*) quanto nell'art. 30 Cost. (la legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, *compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima*).

<sup>56</sup> All'interno del primo libro del codice civile, gli artt. 81, 129-bis, 184, 217 c.c., nell'ambito della legislazione speciale, l'art. 6, comma 12, legge 1 dicembre 1970 sul divorzio nel testo modificato dalla riforma del 19 maggio 1987, n. 151, l'art. 49 della legge 4 maggio 1983, n. 184 sull'adozione, l'art. 709-ter c.p.c. introdotto nella legge n. 54/2006 sull'affidamento condiviso. Ulteriori appigli argomentativi, nella prospettiva opposta, vengono rintracciati nelle ipotesi di omessa inclusione – intesa come esclusione – dei familiari dal novero dei soggetti legittimati passivi della pretesa risarcitoria all'interno di fattispecie suscettibili di riguardarli, come avviene nell'art. 104 c.c. precedentemente esaminato e nell'art. 382 c.c. Su queste regole si v. *infra* cap. II.

<sup>57</sup> Nell'ambito specifico, del rapporto di filiazione, A. CICU, *La filiazione*, in *Tratt. dir.*

l'applicazione analogica delle regole generali, ma al contrario si aprirebbe uno spazio di *non-diritto*<sup>58</sup>.

Sul piano assiologico emergerebbe, d'altro canto, l'incomunicabilità tra i due sistemi, determinata dall'irriducibilità dei doveri familiari agli schemi giuridici tradizionali e dalla disomogeneità tra i valori che ispirano la famiglia e i principi che animano la responsabilità civile. Sul primo versante, la specificità dei doveri familiari, specie nella sfera non patrimoniale, quando non induce a sottrarli al mondo del diritto per ascrivere a quello della morale, lascia trasparire comunque una serie di limiti oggettivi riguardo alla coercibilità e giustiziabilità (v. *infra* cap. III). Sul secondo versante, i rapporti familiari rifuggono dall'innesto di rimedi forgiati sulla tutela di interessi patrimoniali<sup>59</sup> in considerazione della natura essenzialmente personalistica che li caratterizza<sup>60</sup>; inadatta risulta, conseguentemente, non solo la responsabilità da inadempimento, ispirata alla logica della coercizione di comportamenti economicamente rilevanti, anziché a quella della spontaneità e della gratuità, ma anche la responsabilità aquiliana, per la sua idoneità a determinare la patrimonializzazione di beni di natura personale<sup>61</sup>. Questo contrasto permane intatto anche una volta venuti meno l'affetto e la convivenza, perché viene ritenuto in ogni caso contrario alla morale e al buon costume degradare mediante pretese risarcitorie la nobiltà dei sentimenti progressi<sup>62</sup>.

Le censure suddette vengono rafforzate da una serie di argomenti di

---

*civ.*, diretto da Vassalli, III, 2, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 1969, 416 nota 1, evidenzia che la responsabilità del genitore per i danni arrecati nell'esercizio della patria potestà andrebbe esclusa, alla luce del suo omesso richiamo normativo, a differenza di quanto avviene per il tutore (art. 382 c.c.), per il danno che ne riceverebbero gli altri figli nonché per il principio della solidarietà familiare. *Contra*, A. BUCCIANTE, *op. ult. cit.*, 41 ss., il quale sottolinea che la responsabilità del genitore si fonda sulle categorie generali, rispetto alle quali il silenzio della legge non può rappresentare una deroga. L'inconcepibilità viene smentita dallo stesso art. 382 c.c., che tale azione ammette esplicitamente nei confronti del tutore, e viene arginata dalla possibilità di nominare un curatore speciale.

<sup>58</sup> J. CARBONNIER, *op. ult. cit.*, 26 s. Sull'incompatibilità sistematica si cfr. M. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, 52; O.B. CASTAGNARO, *op. ult. cit.*, 2292. Analogo approccio può essere riscontrato nell'esperienza spagnola nella quale il silenzio del legislatore, eccezione fatta per una norma corrispondente al nostro art. 129 *bis* c.c., viene inteso come indicativo di una volontà diretta a negare il risarcimento nelle altre ipotesi prospettabili tra coniugi: J. FERRER RIBA, *Relaciones familiares y limites del derecho de daños*, in *Indret*, 2001, 15.

<sup>59</sup> A. NICOLUSSI, *op. ult. cit.*, 936.

<sup>60</sup> G. FURGUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 134 s. e nota 52.

<sup>61</sup> A. NICOLUSSI, *op. ult. cit.*, 942.

<sup>62</sup> A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Pamplona, 2009, 39.

politica del diritto, evocati anche in altre esperienze europee<sup>63</sup>. Nello specifico dei rapporti tra coniugi, ammettere l'applicazione della responsabilità di diritto comune rappresenterebbe una battuta d'arresto nel processo di degiuridificazione<sup>64</sup> e di decolpevolizzazione<sup>65</sup>, un deterrente alla libertà di separarsi e divorziare<sup>66</sup>, oltre che un incentivo alla litigiosità e alla conflittualità, da moderare, invece, quanto più possibile anche nella fase finale del rapporto, specialmente in presenza di figli minori. In generale, la delicatezza della materia e la tipologia dei rapporti interessati sconsigliano ingerenze che rischierebbero di essere lesive di libertà fondamentali e comunque scarsamente efficaci<sup>67</sup>.

Da tutte queste riserve restano escluse le fattispecie che non sono prefigurabili unicamente nello svolgimento di un rapporto familiare, ma che possono verificarsi anche tra estranei: è il caso delle lesioni alla persona, alla personalità e alla proprietà<sup>68</sup>. A ben vedere, tuttavia, problemi

---

<sup>63</sup> Obiezioni simili sono state formulate dalla dottrina spagnola: cfr. J. FERRER RIBA, *op. cit.*, 14 ss.; J. RAMON DE VERDA Y BEAMONTE, *Tendencias actuales del Derecho de Familia en España*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 7, Dicembre 2006, 159 s., 169 ss.

<sup>64</sup> E. ROPPO, *op. ult. cit.*, 2; P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 115, distingue questa espressione, che riferisce alla restituzione della materia a ordinamenti non statuali, da quella di «deregolamentazione» che fa riferimento al ricorso a strumenti, come la mediazione familiare, che assolvono una funzione «complementare od ausiliaria, in certi casi sostitutiva o surrogatoria del giudice».

<sup>65</sup> Cfr. L. LENTI-L. OLIVIERO, *La separazione con addebito*, in G. FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, I, Torino, 2003, 346.

La stessa argomentazione viene espressa dalla dottrina statunitense, come indica B. SHMUELI, *op. ult. cit.*, 212, nota 22.

<sup>66</sup> M. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, 2002, XXIV, 37, evidenzia che la libertà di sospendere o di recidere il vincolo coniugale subirebbe una limitazione, in quanto minacciata dal rischio di sanzioni che verrebbero comminate nel momento della rottura.

Nella giurisprudenza tedesca, il familiare può chiedere la cessazione del turbamento all'armonia familiare provocato dal coniuge o dal terzo o che gli stessi si astengano da comportamenti che in futuro potrebbero concretizzare la violazione dei doveri coniugali. Tuttavia, l'esigenza di evitare di sottoporre a pressioni esterne l'adempimento dei doveri coniugali, con la minaccia di ricorrere ad un giudice per farli rispettare, costituisce la ragione per escludere il risarcimento delle conseguenze negative della loro violazione da parte del coniuge e del terzo partecipante. Lo riporta F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Il risarcimento dei danni morali per lo scioglimento del vincolo coniugale e per la violazione dei doveri personali tra coniugi. L'esperienza brasiliana*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1244, nel sottolineare analoga preoccupazione emersa nel sistema brasiliano, 1247.

<sup>67</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 102; G. ALPA-M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, II, 1, Milano, 1982, 5; ID., *La responsabilità civile*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1987, 39.

<sup>68</sup> Cfr. C. VON BAR, *op. ult. cit.*, 128, il quale riscontra questo orientamento a livello europeo.

peculiari si pongono in tutti i casi nei quali il danno matura in famiglia, non soltanto quando si tratta di interessi inerenti al rapporto, ma anche quando sono in gioco gli interessi “comuni”: comunque la condotta lesiva può assumere rilevanza per entrambi i settori del diritto civile<sup>69</sup>, per le regole generali sulla responsabilità e per le regole che informano il rapporto (*sub specie* di violazione dei doveri coniugali nella loro *lata* accettazione di doveri *nominati* e *innominati*<sup>70</sup>, dei doveri nei confronti dei figli e attinenti alla «responsabilità genitoriale»<sup>71</sup>, dei doveri nei confronti dei genitori) e, in ogni caso, nella valutazione degli elementi della responsabilità possono venire in gioco aspetti inerenti al comune (ma diverso dagli altri rapporti) modo di interagire di condotte, diritti e interessi all'interno della famiglia<sup>72</sup>.

Sono queste considerazioni ad avere spinto la generalità dei paesi di *common law* a mantenere in vita la *interspousal tort immunity*<sup>73</sup>, anche una volta

<sup>69</sup> B. SHMUELI, *What Have Calabresi & Melamed Got to do with Family Affairs? Women Using Tort Law in Order to Defeat Jewish and Shari'a Law*, in 25 *Berkeley J. Gender L. & Just.*, 2010, 125, mette in luce l'affascinante intersezione, creata da queste azioni, tra il *tort law*, attinente ai rapporti tra estranei, e le questioni familiari, che concernono i membri attuali o passati di una stessa famiglia. Alcune vicende, come quelle di abuso da parte del genitore o del coniuge, riguardano il *tort law*, e non il *family law*, pur avendo evidenti effetti sulla famiglia. I casi più controversi, tuttavia, riguardano proprio l'intersezione tra *tort law* e *family law*, un *overlap* che determina un conflitto evidente.

<sup>70</sup> P. ZATTI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, III, 2, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1996, 15, 25.

<sup>71</sup> In base alla legge 10 dicembre 2012, n. 219 e al decreto attuativo n. 154/2013 l'espressione «potestà dei genitori» è stata sostituita dalla formula della «responsabilità genitoriale» che rimarca il significato di ufficio di diritto privato e traduce un'espressione comune nella normativa sovranazionale (v. Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, ratificata con legge 18 giugno 2015, n. 101; Convenzione di Strasburgo del 15 maggio 2003 sulle relazioni personali riguardanti i fanciulli; Regol. CE n. 2201/2003 sulla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e genitoriale). Su questo passaggio si v. C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 3.

<sup>72</sup> Ci potranno essere aggravanti o scriminanti o comunque valutazioni secondo *standard* diversi, come evidenza, tra gli altri, M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 18. Anche B. SHMUELI, *Tort litigation between spouses: let's meet somewhere in the middle*, cit., 203, sottolinea che le *tort actions* tra familiari anche quando non interferiscono con il *family law* differiscono da quelle comuni perché le parti della lite sono i membri di una stessa famiglia.

<sup>73</sup> Sulla *interspousal tort immunity* e sulla sua evoluzione, cfr., tra i numerosi contributi: H.H. CLARK, *The law of domestic relations in the United States*, St. Paul Minnesota, 1988, 286 ss. e 370 ss.; O. KAHN-FREUND, *Inconsistencies and injustices in the law of husband and wife*, in 15 *Modern L. Rev.*, 1952, 133 ss.; C.A. MORRISON, *Tort*, in *A century of family law*, London, 1957, 91; W.E. MCCURDY, *Torts between persons in domestic relations*, in 43

venute meno, con l'emancipazione giuridica ed economica della donna<sup>74</sup>, le ragioni che avevano reso ineluttabile l'inammissibilità in giudizio delle pretese avanzate nei confronti del coniuge<sup>75</sup>. Sono sempre queste riflessioni ad avere indotto le corti statunitensi<sup>76</sup>, in difetto di una regola di *parental tort*

---

*Harvard L. Rev.*, 1930, 1031 ss.; C. TOBIAS, *Interspousal Tort Immunity in America*, in *23 Ga. L. Rev.*, 1989, 359.

Per l'inquadramento della *interspousal immunity* in Israele, cfr. B. SHMUELI, *What Have Calabresi & Melamed Got to do with Family Affairs? Women Using Tort Law in Order to Defeat Jewish and Shari'a Law*, cit., 125.

<sup>74</sup> Con i *Married Women's Property (o Emancipation) Acts*, emanati in tutti i paesi di *common law* a partire dalla seconda metà del diciannovesimo secolo, alla donna sposata viene riconosciuta un'identità giuridica separata da quella del coniuge e viene garantito un certo grado di autonomia patrimoniale e negoziale. Ad esempio il *Married Women's Property Act*, emanato in Inghilterra nel 1882, all'esplicito scopo di attribuire alla donna sposata la medesima capacità di una *feme sole* alla sezione 12 afferma che «Ogni donna, sposata prima o dopo l'emanazione dell'Act, avrà il diritto di esperire nel proprio nome i medesimi *civil remedies* nei confronti di qualsiasi convenuto, incluso il coniuge [...] per la protezione e la sicurezza della sua proprietà, [...] ma, a parte quanto statuito, nessuno dei coniugi avrà il diritto di convenire in giudizio l'altro per un illecito civile». Su tale normativa cfr. O. KAHN-FREUND, *op. cit.*, 148 s.

Il *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act 1935* che all'art. 1 lett. c) riconosce alla donna piena legittimazione attiva e passiva nelle azioni contrattuali e extracontrattuali.

<sup>75</sup> La sospensione dell'identità giuridica e le limitazioni all'autonomia patrimoniale della donna sposata rendevano inconcepibile, oltre all'instaurazione di un rapporto contrattuale con il coniuge, la configurazione della responsabilità per i danni e inattuabile, oltre che inutile a livello economico, la relativa tutela processuale. La dottrina della *unity of spouses* è efficacemente sintetizzata da Blackstone: «*By marriage the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband*» (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, Book I, Oxford, 1765, 430). Sulla *unity* e sulle sue implicazioni, cfr. W.P. EVERSLEY, *The Law of the Domestic Relations*, London, 1907, 170 ss.; G.L. WILLIAMS, *The legal unity of husband and wife*, in *10 Modern L. Rev.*, 1947, 17 ss.; H. HARTOG, *Man and wife in America: a history*, Cambridge, 2000, 115 ss. La preclusione permaneva anche dopo lo scioglimento del vincolo (per divorzio o per morte) dal momento che la sussistenza della *cause of action* veniva riferita al momento in cui l'atto dannoso era stato compiuto: J.G. FLEMING, *The Law of Torts*, Sydney-Melbourne-Brisbane, 1971, 592 ss.; E.R. ALEXANDER, *The Family and the Law of Tort*, Toronto, 1981, 38.

L'annullamento della personalità individuale degli sposi per formare un'unità sopraindividuale è stato teorizzato anche nel nostro ordinamento. In particolare, L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 10, lo collega alla concezione idealistica cui era improntato il codice del 1942, al fine di assegnare alla famiglia il ruolo politico di mediazione tra l'individuo e lo Stato.

<sup>76</sup> L'affermazione della *parent-child tort immunity* viene ricollegata alla c.d. *great trilogy*: *Hewellette v. George*, 9 So.885 (Miss. 1891); *McKelvey v. McKelvey*, 77 S.W. 664 (Tenn. 1903); *Roller v. Roller*, 79 P. 788, 789 (Wash. 1905).

Sulla sua genesi e evoluzione si vedano, tra i numerosi contributi: W.E. MCCURDY, *op. ult. cit.*, 1072 ss.; ID., *Torts between Parent and Child*, in *4 Vill. L. Rev.*, 1960, 521; G.D.

*immunity in common law*, a individuare i *rationales* per escludere dal contenzioso risarcitorio anche i danni tra genitori e figli minori<sup>77</sup>. In particolare, a sostegno di queste scelte si adduce che per i danni in famiglia sono sufficienti e adeguati gli strumenti interni e le sanzioni penali. D'altro canto, in ottica paternalistica, appare opportuno evitare liti che contraddicono lo spirito di solidarietà, violano la *privacy* domestica e impoveriscono gli assetti familiari. È necessario, altresì, prevenire il rischio di non riuscire a contenere gli effetti dell'accesso della famiglia al *tort law* (*floodgates argument*), di "scivolare" così verso la creazione di un contenzioso su questioni di scarsa importanza (*slippery slopes argument*)<sup>78</sup> e di accentuare il rischio di frodi e collusioni ai danni delle assicurazioni; nello specifico del rapporto tra genitori e figli, l'esclusione della responsabilità vale poi a preservare da ingerenze esterne l'esercizio costituzionalmente protetto della *parental authority*. Vanno considerati, infine, i rischi di vanificazione della tutela, legati alla condivisione delle sorti patrimoniali e alle regole sulla successione, oltre che il pericolo di pregiudicare economicamente gli altri figli per riparare il danno lamentato da uno dei fratelli<sup>79</sup>.

Va precisato, tuttavia, che la *intrafamily tort immunity* si presenta totalizzante diversamente dall'esperienza continentale nella quale, come già accennato, gli illeciti "comuni" sono indirettamente esclusi dal dibattito

---

HOLLISTER, *Parent-Child Immunity: A Doctrine in Search of Justification*, in 50 *Fordham L. Rev.*, 1982, 490 ss.; I. HANSEN SABA, *Parental immunity from Liability in tort: Evolution of a Doctrine in Tennessee*, in 36 *U. Mem. L. Rev.*, 2006, 829 ss.

Sull'assenza della *parental immunity* nel diritto israeliano e sul trattamento degli illeciti tra genitori e figli, si cfr. B. SHMUELI, *Love and the law, children against mothers and fathers: or, what's love got to do with it?*, 17 *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2010, 155 ss.

<sup>77</sup> Relativamente alla realtà di *common law*, cfr. J. FLEMING, *op. cit.*, 681; D.L. MATHIESON, *Can a child sue his parent in tort?*, in 30 *Modern L. Rev.*, 1967, 97. Alla luce di tale situazione, in Canada, ad esempio, nel 1969, la *Ontario Law Reform Commission* nel *Report on Family Law, Part I, Torts* (Department of Justice, 1969, Ch. III) raccomandò che fosse emanata una legislazione volta a garantire che il rapporto fra genitore e figlio non fosse d'ostacolo alla presentazione di azioni. Fu la *Family Law Reform Act* del 1975 a dare applicazione a questa raccomandazione: E.R. ALEXANDER, *op. cit.*, 40 ss. Osservando il medesimo fenomeno, invece, le Corti americane sono giunte provocatoriamente a dubitare della effettiva estraneità all'esperienza di *common law* di una regola di *parent-child tort immunity*. A questo proposito, cfr. M.L. COLEMAN, *Torts-Louisiana Civil Code Article 2318-Parent-Child Immunity-Parent may Sue Child's Liability Insurer*, in 46 *Tul. L. Rev.*, 1972, 563 e nota 25.

<sup>78</sup> Su questi argomenti, ritenuti espressione dell'approccio familistico, cfr. B. SHMUELI, *Tort litigation between spouses: let's meet somewhere in the middle*, cit., 217 ss.

<sup>79</sup> Sul punto si v. W. PROSSER, *op. ult. cit.*, 864 ss.; H.H. CLARK, *op. cit.*, 375 s.; I. WINGERTER, *Parent-child tort immunity*, in 50 *Louisiana L. Rev.*, 1990, 1133 ss.

sull'applicabilità delle regole sulla responsabilità<sup>80</sup>. Anzi, proprio a questi ultimi le corti di *common law* riferiscono le ragioni di tipo economico, collegate alla copertura assicurativa, divenute con il tempo centrali nella difesa della regola: scongiurare il pericolo di azioni fittizie, incoraggiate dal rapporto intimo e confidenziale tra le parti, e evitare il rischio di avvantaggiare indirettamente l'autore dell'illecito delle conseguenze del danno che ha procurato, in considerazione dei benefici che il risarcimento è destinato ad apportare all'intera compagine familiare. Paradossalmente, quindi, la possibilità di avvalersi dei benefici assicurativi anziché offrire lo spunto per introdurre un'eccezione alla regola, in quanto la controparte sostanziale della lite è un estraneo, gioca, invece, a sostegno della disapplicazione della responsabilità, al punto da ispirare una deroga generalizzata al principio per il quale il carattere personale dell'immunità non consente a terzi di fruire dei relativi vantaggi<sup>81</sup>.

### 3. *Dietro il velo dell'immunità: l'applicazione delle regole di diritto comune sulla responsabilità*

A infittire l'ombra dell'immunità sulla famiglia, avrebbe contribuito, poi, la scarsa propensione delle vittime, nell'esperienza interna e più in generale in quella dell'Europa continentale<sup>82</sup>, a ricorrere alla tutela esterna, per effetto

<sup>80</sup> E.R. RODRIGUEZ PINEAU, *The law applicable to intrafamily-torts*, in 8 *Journal of Private International Law*, 2012, 116, sostiene che non tutti gli illeciti tra familiari sono da considerare *intrafamily torts*. Per identificarli occorre l'infrazione di un dovere inerente al rapporto familiare e occorre valutare se si applichino le regole *standard* o regole specifiche. Sarebbero da escludere da tale novero gli illeciti in cui il legame familiare appare irrilevante nel caratterizzare la fattispecie.

<sup>81</sup> Analoga deroga al carattere personale dell'immunità si rinviene negli Stati Uniti per il danno colposamente causato al coniuge nell'esercizio dell'attività lavorativa. Per la giurisprudenza, infatti, la vittima non avrebbe avuto una *cause of action* nei confronti del datore di lavoro del coniuge, «in quanto il primo è responsabile solo se lo è il dipendente» e perché riconoscere alla vittima il risarcimento da parte del datore, avendo quest'ultimo il diritto di rivalersi nei confronti del dipendente, realizzerebbe indirettamente ciò che non può fare direttamente, ossia ottenere il risarcimento dal coniuge: W.E. MCCURDY, *Torts between persons in domestic relations*, cit., 1044. Nella giurisprudenza inglese, al contrario, proprio il carattere personale dell'immunità fu addotto a sostegno della *vicarious liability* del datore di lavoro del coniuge autore del danno.

<sup>82</sup> Sulla disapplicazione delle regole generali nei sistemi giuridici continentali per la mancata presentazione delle relative azioni, cfr. S. PATTI, *Intra-Family Torts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, IV, 9-2, Tübingen-Boston, 1998, 3. Con specifico riferimento alla realtà interna si vedano ID., *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 29 e 67 e

dei condizionamenti di natura economica, giuridica e sociale esercitati dalla famiglia tradizionale. Si è detto che la diffidenza manifestata dalla dottrina trovava corrispondenza in una «regola» espressa dal tessuto sociale<sup>83</sup>.

L'organizzazione dei rapporti interni alla famiglia patriarcale tipica della società agricola, chiusa, autoritaria, volta a privilegiare l'unità a scapito dell'individuo<sup>84</sup>, valeva indubbiamente a circoscrivere gli spazi e a limitare l'utilità del ricorso alla tutela giudiziale. Innanzitutto, il potere di correzione spettante al «capo della famiglia» rendeva accettabile un certo grado di violenza<sup>85</sup> e

---

ID., *Famiglia e immunità*, in P. STANZIONE (a cura di), *Persona e comunità familiare*. Atti del convegno di Salerno, 5-7 novembre 1982, Napoli, 1985, 101. Si cfr. altresì l'indagine comparatistica di R. GIUSTI, *Doveri dei coniugi fra loro e risarcimento di danni*, Bologna, 1927, 33 ss., nella quale, relativamente al sistema austriaco, si riscontra solo una pronuncia di rigetto di un'azione di turbativa di possesso avanzata dalla moglie.

<sup>83</sup> Ci si è chiesti se questa tendenza sociale abbia creato una regola di ordine consuetudinario. Ad escluderlo, prima ancora della considerazione che l'atteggiamento di rinuncia era suggerito dalla vita sociale del tempo, alla quale non può «attribuirsi il significato di una convinzione diffusa di giuridicità che rende ciò che è solo conveniente e opportuno anche doveroso ed esigibile» (P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 608 s.) milita anche un ulteriore argomento: si sarebbe trattato di una consuetudine *contra legem*, in quanto derogatoria rispetto alle regole generali di responsabilità valide per tutti i consociati. Si configura, quindi, una mera regola sociale, priva di rilievo giuridico: cfr. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, art. 1-9 disp. prel., in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, 359. Sulla rilevanza giuridica delle regole sociali, si vedano C.E. BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle «regole sociali»*, Milano, 1965 e il saggio, ad esso ispirato, di G.B. FERRI, *La rilevanza giuridica delle regole sociali*, in *Persona e formalismo giuridico. Saggi di diritto civile*, Rimini, 1985, 141 ss.

<sup>84</sup> Lo «spirito individualistico» veniva bandito dalla famiglia nell'ottica della prevalenza delle esigenze del nucleo sulle istanze individuali: cfr. A. CICU, *Lo spirito del diritto familiare*, cit., 124 ss.; F. VASSALLI, *Diritto pubblico e diritto privato in materia matrimoniale* (1939), in *Studi giuridici*, I, Milano, 1960, 195.

<sup>85</sup> Con riferimento all'esperienza di *common law* C. CAREY, *Domestic violence torts: righting a civil wrong*, in 62 *Kansas L. Rev.*, 2014, 720 ss., nota che il *right of chastisement* spettante al marito è valso a diffondere la sensazione della tollerabilità della violenza e a disincentivare la richiesta di tutela.

È opportuno sottolineare che in *common law* fu prevista la *marital rape exemption* argomentando con il fatto che, costituendo i coniugi un'unica entità, non fosse configurabile violenza carnale durante il matrimonio, dal momento che il marito «non può violentare sé stesso e con la circostanza secondo la quale la donna costituiva un oggetto di proprietà, prima del padre e poi del marito; in virtù di questa la *rape* venne ritenuta costituire «un mero esercizio del diritto di proprietà» riconosciuto al marito che, come tale, non avrebbe potuto assumere connotazioni di illiceità: Comments, *Rape and battery between husband and wife*, in 6 *Stanford L. Rev.*, 1954, 719 ss.; Note, *The marital rape exemption*, in *New York University L. Rev.*, 1977, 306 ss. Con il tempo, alcuni Stati americani hanno abolito la *marital rape exemption*; altri hanno scelto di attribuire alla *rape* tra coniugi una minore gravità sotto il profilo penale rispetto a quella tra estranei: J.B. SINGER, *The privatization of family law*, in *Wisconsin L. Rev.*, 1992, 1463 s. e nota 84. In Inghilterra, la perseguibilità

valeva a modulare in maniera corrispondente l'area scriminata<sup>86</sup>. Inoltre, la solidarietà – che potremmo definire verticale<sup>87</sup> e corporativa<sup>88</sup> – agevolava la redistribuzione delle perdite<sup>89</sup> e la riparazione interna mediante meccanismi

---

penale del marito per *rape* è stata riconosciuta nel caso *R. v. R.* del 1991: W. WILSON, *R. v. R.*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 1992, 445 ss.; P.N.S. RUMNEY, *When rape isn't rape: Court of appeal sentencing practice in cases of marital and relationship rape*, in 19 *Oxford Journal of legal studies*, 1999, 243 ss.

<sup>86</sup> E. DURKEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1893, consultato nella trad. it., curata da Airoidi Namer, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1971, 170, sottolinea che le colpe domestiche «non vengono più punite se non mediante provvedimenti disciplinari adottati dal padre di famiglia. Indubbiamente l'autorità di cui dispone gli permette di reprimerle severamente; ma, quando egli si serve del suo potere [...] agisce in qualità di privato cittadino. Le infrazioni di questo tipo tendono quindi a diventare affari puramente privati, dei quali la società si disinteressa». Per quanto concerne le manifestazioni giurisprudenziali di questo assetto, sotto il codice del 1865, è significativa la pronuncia di App. Torino, 8 marzo 1870, in *Rep. giur. tor.*, 1870, n. 336, nella quale si afferma che il rapimento della moglie per ricondurla a casa, anche se costituisce esercizio arbitrario delle proprie ragioni, non permette alla donna di ottenere la separazione per colpa (no sevizie, eccessi, ingiurie gravi) salvo che sia stata a mano armata.

Diversamente, App. Napoli, 17 maggio 1878, in *Annali*, 1878, 248, esclude che il marito possa fare uso della forza per costringere la moglie a tornare nella casa coniugale dopo che la domanda di separazione era stata rigettata; Trib. Orvieto, 17 aprile 1885, in *Monit. trib.*, 1886, 774. Si cfr. R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, II, 5<sup>a</sup> ed., Messina, 1929-1930, 613, il quale a proposito della potestà maritale evidenzia che «l'abuso deve essere represso: ma poiché sarebbe disdicevole portar fuori dalle pareti domestiche ogni più lieve dissenso o conflitto, devesi supporre per l'intervento dell'autorità giudiziaria che l'abuso assuma la forma estrema della violenza, del maltrattamento, dell'ingiuria grave: e la sanzione sarà allora quella già veduta della separazione personale per colpa del marito»; M. BIN, *op. ult. cit.*, 15.

Con l'affermazione del principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, il potere di correzione nei confronti della moglie scompare come attestato da Cass. pen., 21 novembre 1958, in *Giur. it.*, 1959, I, 2, c. 305 ss., con nota di S. Longo Dorni, *In tema di "ius corrigendi" del marito*. Rimane tuttavia il diritto del genitore di correggere il figlio allo scopo di «frenare la cattiva condotta». Tale diritto vale a rendere immune il genitore dalla responsabilità per le conseguenze pregiudizievoli arrecate nei limiti di un esercizio, adeguato alle circostanze e al pregiudizio che il genitore vuole evitare: P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, cit., 416 s.; ID., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, 139.

<sup>87</sup> Così F.D. BUSNELLI, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, cit., 438 riferendosi all'utilizzo da parte di N. LIPARI, «*Spirito di liberalità*» e «*spirito di solidarietà*», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 10, di tale aggettivo in riferimento alla solidarietà tra soggetti diseguali, quali Stato e cittadini.

<sup>88</sup> Nella versione organicistica che questa espressione è venuta ad assumere come sottolinea F.D. BUSNELLI, *op. ult. cit.*, 438. Si v. anche ID., *Il principio di solidarietà e l'attesa della povera gente*, cit., 421.

<sup>89</sup> Evidenzia P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 416 s. che il diritto al risarcimento veniva assolto nell'ambito stesso del dovere reciproco di contribuzione e di mantenimento, ovvero compensato dalla perdita dell'apporto di lavoro, che prima dell'introduzione dell'art. 230-bis c.c., si presumeva prestato a titolo gratuito.

di autotutela<sup>90</sup>. Ostacoli avrebbero potuto individuarsi, poi, all'interno delle regole relative al regime patrimoniale<sup>91</sup>. Infine, a dissuadere dalla tentazione di fare prevalere le ragioni individuali sulla stabilità del nucleo si poneva il rischio di perdere, con l'accesso ai benefici risarcitori, la possibilità di continuare ad attingere alla fonte del proprio sostentamento. Nella lettura funzionalistica che attraeva la famiglia nell'orbita del diritto pubblico, in quanto cellula dell'organizzazione statale<sup>92</sup>, l'*auto-limitazione del diritto*, che si arrogava un ruolo di mero controllo esterno, di vigilanza circa il perseguimento degli obiettivi pubblici mediante il rispetto dell'assetto verticistico interno<sup>93</sup>, avrebbe dovuto trovare corrispondenza in una scelta conforme da parte degli interessati.

La prospettiva di indagine prescelta (la dialettica tra diritto e costume nell'applicazione della responsabilità in famiglia) induce, tuttavia, a approfondire, mediante l'analisi della giurisprudenza, le reali dinamiche sociali e a verificare gli eventuali spazi di divergenza, nei quali, cioè, alla prudenza del diritto a ingerirsi nei rapporti familiari non corrisponda analoga cautela nel costume sociale a sollecitare l'intervento giudiziale, nel segmento temporale che intercorre tra l'emanazione del Codice Pisanelli e l'approvazione della riforma del 1975, fino cioè allo snodo fondamentale per l'abbandono della veste tradizionale e quindi per la "modernizzazione" della famiglia e della responsabilità civile.

---

<sup>90</sup> R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, 100 ss., nell'esaminare il funzionamento delle società a potere diffuso, o acefale, garantito dall'autotutela, rileva come la famiglia, istituto posto alla base della vita giuridica, gestisca in proprio i diritti, scacciando ai margini l'individuo e che all'osservanza delle regole sulla famiglia e sull'appartenenza dei beni facciano fronte quelle sulla responsabilità inquadrate in un regime di autotutela. Cfr. C. PUNZI, *L'intervento del giudice nei rapporti familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 165, secondo il quale la famiglia «non ha bisogno di interventi esterni sino a quando trova in sé stessa la capacità di determinarsi nelle scelte fondamentali e di comporre gli eventuali contrasti». Evidenzia, altresì, che con il passaggio dalla famiglia patriarcale a quella nucleare questi strumenti interni sono venuti meno e per il superamento dei conflitti occorre rivolgersi all'esterno.

<sup>91</sup> Lo evidenzia G. THOMAS, *Les interférences du droit des obligations et du droit matrimonial*, Grenoble, 1974, 322 ss. relativamente al *regime de communauté*.

<sup>92</sup> Cfr. A. CICU, *op. ult. cit.*, 124 ss.; F. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 195.

<sup>93</sup> A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 5. Le stesse previsioni del Codice del 1865 dedicate ai «diritti e doveri dei coniugi fra loro» (artt. 130-137) sono rivolte a imprimere e garantire l'assetto gerarchico interno e a offrire una sintetica disciplina per l'ipotesi della separazione personale. Del resto, A.C. JEMOLO, autore della famosa metafora dell'isola (*La famiglia e il diritto*, cit., 195, 241), aggiunte altrettanto efficacemente nell'introduzione al primo convegno di Venezia sulla riforma del diritto di famiglia (*Pagine introduttive*, cit., 2) l'osservazione già menzionata *supra* nella nota 8.

### 3.1. Nei rapporti tra coniugi

In mancanza dei condizionamenti che si sono ricordati il ricorso alla responsabilità extracontrattuale nei rapporti tra coniugi risulta essere tutt'altro che infrequente nella prassi. Le pretese risarcitorie accompagnano sovente le azioni sollevate per fare valere la nullità del matrimonio o ottenere la separazione, e quindi vengono avanzate quando il vincolo coniugale non si è validamente formato o quando la coesione interna è venuta meno e sono già parimenti compromessi gli interessi economici correlati.

Queste richieste, per quanto lasciano intendere le sentenze, appaiono chiaramente animate da un intento punitivo.

Più specificamente nelle «domande per nullità di matrimonio» con la pretesa risarcitoria si cerca di sanzionare il comportamento doloso o colposo del coniuge che della patologia dell'atto abbia costituito il presupposto. Si mira a punire la reticenza su un impedimento conosciuto o conoscibile nella fase prematrimoniale<sup>94</sup> e, specificamente, l'appartenenza alla «razza ebraica»<sup>95</sup>, l'*impotentia coeundi*<sup>96</sup>, la presenza di un

<sup>94</sup> App. Bari, 1 aprile 1927, in *Rep. Foro it.*, 1927, voce "Matrimonio", n. 71-72: la massima non chiarisce di quale impedimento si tratti.

<sup>95</sup> In base all'art. 1 del Regio Decreto Legge, 17 novembre 1938-XVII, n. 1728, «Il matrimonio del cittadino italiano di razza ariana con persona appartenente ad altra razza è proibito. Il matrimonio celebrato in contrasto con tale divieto è nullo». App. Milano, 3 maggio 1949, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, 417, con nota A.C. Jemolo, *Cosa giudicata ed ordine pubblico* e massimata in *Giur. it.*, 1950, I, 2, 198, con nota di A. Verga, *Intorno a una specie di danni per inganno prematrimoniale* e Postilla di A.C. Jemolo, in *Riv. dir. matr.*, 1949, 125, in *Temi*, 1950, 113, con nota di G. Stolfi, *Sulla intangibilità della cosa giudicata* e Postilla di A. Candian.

<sup>96</sup> App. delle Calabrie (App. Catanzaro), 16 ottobre 1873, in *Monit. trib.*, 1874, 954; App. Catanzaro, 7 dicembre 1896, in *Annali*, 1897, 46; Trib. Napoli, 31 ottobre 1904, in *Giur. it.*, 1905, I, 2, 46, in *Monit. trib.*, 1905, 452, in *Foro it.*, 1905, I, 321; Cass. Roma, 4 aprile 1906, in *Monit. trib.*, 1906, 402; App. Catanzaro, 11 luglio 1913, in *Monit. trib.*, 1913, 912, in riforma di Trib. Catanzaro, 11 gennaio 1913, in *Monit. trib.*, 1913, 276 che si era basata sull'art. 127 c.c., annullata da Cass. Napoli, 19 giugno 1915, in *Giur. it.*, 1915, I, 1, 688 e in *Monit. trib.*, 1915, 545; App. Genova, 11 febbraio 1914, in *Monit. trib.*, 1914, 512; App. Torino, 10 giugno 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 2, 683; App. Napoli, 28 luglio 1926, in *Foro it.*, 1926, I, 1176, in *Monit. trib.*, 1926, 737, in *Giur. it.*, I, 2, 1926, 539 confermata da Cass., 12 aprile 1927, in *Monit. trib.*, 1927, 565, in *Giur. it.*, 1927, 582, in *Foro it.*, 1927, I, 602; Trib. Napoli, 6 ottobre 1926, in *Rep. Foro it.*, voce "Matrimonio", n. 54-55; Cass., 9 maggio 1927, in *Giur. it.*, I, 1, 822; Trib. Ivrea, 11 maggio 1928, in *Rep. Foro it.*, 1929, voce "Matrimonio", n. 49-50 e, indicata con data 11 gennaio 1928, in *Foro it.*, 1928, 1267, con nota critica di C. Toesca di Castellazzo, *Il risarcimento dei danni per annullamento di matrimonio e un caso di "culpa in contrahendo"*; Trib. S. Maria Capua Vetere, 30 aprile 1929, in *Monit. trib.*, 1929, 555, in *Giur. it.*, 1929, I, 2, 489, in *Riv. dir. civ.*, 1929, 600, con nota di A. Ascoli, *Nullità di matrimonio per impotenza. Responsabilità per danni*; Trib. Napoli, 30 dicembre 1932, in *Rep. Foro it.*, 1932, voce "Matrimonio", n. 64; Trib. Nicastro, 28 giugno 1937, in *Giur. it.*, 1938,

vincolo pregresso<sup>97</sup> nonché i “ripensamenti” dotati di effetto invalidante del vincolo, quali l’esclusione del *bonum prolis*<sup>98</sup> o il rifiuto della consumazione<sup>99</sup>. Si cerca rivalsa, ancora, nei confronti dei genitori del coniuge se l’invalidità del vincolo è derivata dall’induzione al matrimonio con minacce<sup>100</sup>. Una volta dichiarata la nullità si reclamano i danni alla reputazione derivati dal successivo accertamento dell’inesistenza dell’impotenza, in base alla quale era stata ottenuta<sup>101</sup>, ovvero dalla celebrazione

---

I, 2, 23; App. Genova, 12 marzo 1955, in *Arch. resp. civ.*, 1958, 19 e in *Foro pad.*, 1955, I, 758; Trib. Messina, 23 luglio 1954, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce “Matrimonio”, n. 74 e in *Dir. eccl.*, 1954, II, 267 confermata da App. Messina, 16 gennaio 1956, in *Giust. civ.*, 1956, I, 311; App. Napoli 3 ottobre 1957, in *Giust. civ.*, 1958, I, 358 e in *Foro pad.*, 1957, I, 1229; Cass., 3 luglio 1958, n. 2383, in *Foro it.*, 1959, I, 425, in *Arch. resp. civ.*, 1966, 5, in *Giust. civ.*, I, 1665 e in *Dir. giur.*, 1958, 475, con nota di M. Petroncelli, *In materia di applicabilità dell’art. 139 cod. civ. al caso di scioglimento per dispensa pontificia del matrimonio religioso trascritto*; Trib. Catania, 24 aprile 1959, in *Arch. resp. civ.*, 1962, 64; Trib. Roma, 31 maggio 1961, in *Temi rom.*, 1961, 355, con nota di L. Vannicelli, *Inconsumazione del matrimonio e risarcibilità del danno. Variazioni sul tema*; Trib. Milano, 23 gennaio 1961, in *Arch. resp. civ.*, 1962, 61; Trib. Ravenna, 25 febbraio 1970, in *Foro pad.*, 1971, I, 543, in *Arch. resp. civ.*, 1971, 967, in *Giur. it.* 1970, I, 2, 990; App. Bologna, 27 luglio 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, 185.

Favorevole all’applicazione della responsabilità in caso di scioglimento del matrimonio rato e non consumato è A.C. JEMOLO, *Gli occhiali del giurista. Nullità di matrimoni concordatari e sanzioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, II, 509, il quale censura il diniego delle corti sulla base del difetto di motivazione del provvedimento pontificio e quindi dell’impossibilità di conoscere le motivazioni della concessione perché «qui, come in ogni altro caso in cui si tratta di colpa e di danno, il giudice deve compiere un giudizio di fatto, che non può trovare limiti se non ve li apponga la legge».

<sup>97</sup> Trib. Palermo, 6 marzo 1905, in *Rep. Foro it.*, 1905, voce “Matrimonio”, n. 14; Cass., 14 giugno 1929, in *Giust. pen.*, 1930, III, 129 e in *Rep. Foro it.*, 1930, voce “Danni in materia penale”, n. 18-19; App. Torino, 9 maggio 1870, in *Giur. tor.*, VII, 1870, 404 e in *Annali*, III, 436: l’annullamento del matrimonio per errore sullo stato civile dello sposo comporta l’obbligo del risarcimento dei danni derivanti dal matrimonio, se furono usate menzogne e raggiri.

<sup>98</sup> Trib. Parma, 7 gennaio 1970, in *Arch. resp. civ.*, 1971, 963, in *Foro pad.*, 1971, I, 328 e in *Temi*, 1970, 325, con nota di L. Vannicelli, *Risarcimento danni per ignoranza della causa determinante la nullità matrimoniale*, e, indicata con data 16 gennaio 1970, in *Giur. mer.* 1971, I, 291; Cass., 6 dicembre 1972, n. 3512, in *Dir. fam. pers.*, 1973, 65.

<sup>99</sup> Trib. Roma 19 maggio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 514.

<sup>100</sup> App. Catania, 17 febbraio 1882, in *Foro it.*, I, 1882, 544, con nota di A. Millelire-Albini, *Dei danni morali in caso di annullamento del matrimonio per violenza fatta dai genitori alla sposa*, nega il risarcimento per i danni morali al marito, perché non erano stati vulnerati l’onore e la stima del soggetto, e perché l’annullamento è causato dalla violenza e da un rifiuto non legato alla persona dell’attore ma al fatto che la sposa era invaghita di un altro; Trib. Napoli, 10 gennaio 1917, in *Monit. trib.*, 1917, 197 e in *Rep. Foro it.*, 1917, voce “Matrimonio”, n. 10.

<sup>101</sup> Trib. Roma, 12 settembre 1892, in *Foro it.*, 1892, I, 1205.

di un secondo matrimonio nella errata convinzione che l'annullamento del precedente fosse stato effettivamente pronunciato<sup>102</sup>. Le fattispecie elencate sarebbero potute ricadere, almeno in larga parte, nel bacino dell'art. 127 c.c. 1865, che prendeva in considerazione e sanzionava la reticenza del coniuge cosciente della causa di nullità<sup>103</sup>. La scelta di incanalare invece la richiesta nell'art. 1151 c.c. 1865, la regola generale sulla responsabilità extracontrattuale, era guidata, per un verso, dalla maggiore latitudine della fattispecie, come tale idonea a coprire anche le ipotesi che sarebbero sfuggite alla previsione di settore, perché risultava provata la colpa ma non la mala fede del coniuge; per un altro verso, era consigliata dalla possibilità di accesso al ristoro del danno morale ritenuto, dopo qualche esitazione, ammissibile in questo ambito<sup>104</sup>. Per analoghe ragioni, alla responsabilità di diritto comune si ricorreva per lamentare il mancato rispetto della promessa di effettuare il matrimonio civile dopo avere celebrato quello religioso<sup>105</sup>, giacché l'art. 54 c.c. 1865

<sup>102</sup> Cass., 24 gennaio 1967, n. 216, in *Temi nap.*, 1967, I, 181 e in *Arch. resp.civ.*, 1970, 840.

<sup>103</sup> L'art. 127 c.c. 1865 stabiliva che «Quando il matrimonio sia stato annullato per causa di un impedimento conosciuto da uno dei coniugi e lasciato ignorare all'altro, il coniuge colpevole sarà condannato ad una multa non minore di lire 1000 estendibile a lire 3000, ed anche, secondo le circostanze, al carcere estendibile a sei mesi, oltre l'indennità al coniuge ingannato, ancorché non siasi data la prova specifica del danno sofferto». La norma rappresenta il precedente dell'attuale art. 129-bis c.c. mediato dall'art. 139 c.c. nella versione precedente alla riforma del 1975: v. C. CARICATO, *Impotenza taciuta prima delle nozze: risarcimento o indennità?*, in *Famiglia*, 2005, II, 889.

<sup>104</sup> Sul punto si cfr. A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1909, 152 ss.

<sup>105</sup> App. Milano, 3 agosto 1869, in *Annali*, 1869, II, 615, nella quale si afferma che la celebrazione di un matrimonio ecclesiastico è un fatto dannoso per la donna se in seguito il matrimonio civile non possa aver luogo per l'impotenza dell'uomo. Qui il marito aveva riconosciuto spontaneamente alla moglie l'indennizzo ex artt. 1151 e 1152 c.c. attraverso cessioni di crediti delle quali successivamente aveva tentato di contestare la validità, asserendo di averli compiuti per violenza morale; Trib. Aosta, 13 luglio 1881, in *Giur. tor.*, 1881, 624 e in *Rep. Foro it.*, 1881, voce "Matrimonio", n. 22, sostiene che «colui che era unito in matrimonio solo religioso quando avvenga la separazione pel fatto dell'altro coniuge non ha alcuna azione di danni verso di lui, non può reclamare da lui restituzione dei frutti consumati pendente la convivenza, né pretendere salario o mercede per prestazione delle opere giornaliera»; App. Venezia, 30 dicembre 1887, in *Temi ven.*, 1888, 66 e in *Legge*, 1888, I, 488 in *Rep. Foro it.*, 1888, voce "Responsabilità civile", n. 12, 13, 14, stabilisce che ha diritto al risarcimento la fidanzata che dopo il compimento dell'unione religiosa non poté ottenere l'adempimento della promessa di celebrare il matrimonio civile; lo qualifica come risarcimento da delitto o quasi delitto (artt. 1151 e 1152 c.c.); Trib. Pordenone, 11 gennaio 1889, in *Foro it.*, 1889, I, 551; App. Firenze, 27 luglio 1902, in *Rep. Foro it.*, 1903, voce "Matrimonio", n. 9; App. Roma, 9 gennaio 1906, in *Foro it.*, 1906, I, 444, seguita da Cass. Roma, 22 gennaio 1910, in *Giur. it.*, 1910, I, 1, 299, e in *Foro it.*, 1910, I, 684; App. Bologna, 23 luglio 1915, in *Rep. Foro it.*, 1915, voce "Matrimonio", n. 44; App. Venezia, 11 febbraio 1916, in *Monit. trib.*, 1917, 75.

limitava ancor più dell'attuale art. 81 c.c. l'area dei danni risarcibili, circoscrivendola alle sole spese affrontate a causa del matrimonio.

D'altro canto, il risarcimento richiesto in occasione della domanda di separazione mirava a trasferire sul coniuge le conseguenze della condotta che ne aveva rappresentato il presupposto, ossia la grave trasgressione dei doveri (di coabitazione, di fedeltà e di assistenza: art. 130 c.c. 1865), in quanto adulterio e volontario abbandono, oltre ad eccessi, sevizie, minacce e ingiurie gravi costituivano le cause di separazione ammesse dalla legge (art. 149 e s. c.c. 1865). In particolare, nel caso di adulterio o di concubinato la richiesta di danni veniva proposta in sede civile<sup>106</sup> oppure in sede

<sup>106</sup> App. Palermo, 16 marzo 1903, in *Giur. it.*, 1903, I, 2, 487 e in *Foro it.*, 1903, I, 944, con nota critica di Gabba. Evidenzia che le conseguenze della separazione di cui all'art. 156 c.c. non ostacolano il risarcimento dei danni che è legato al delitto. Si afferma che «la *pecunia* vale sempre a mitigare quel danno morale, a rinfrancare lo spirito; come il materiale rinfranca gli averi, che si sono perduti». App. Torino, 20 agosto 1915, *Rep. Foro it.*, 1915, voce «*Adulterio e concubinato*», n. 16 e 17; App. Genova, 2 gennaio 1917, in *Rep. Foro it.*, 1917, voce «*Danni in materia penale*», n. 8, respinge l'obiezione alla risarcibilità dei danni legata alla non equivalenza tra fatto e danno perché il denaro non è equivalente del dolore morale e al carattere mediato e indiretto del danno patrimoniale in contrasto con l'art. 1229 c.c. che ritiene dovuti solo i danni materiali che sono conseguenza immediata e diretta del fatto. Fin dai tempi dell'*actio injurarum aestimatoria* si è riconosciuto, infatti, il diritto dell'offeso di essere risarcito dei danni derivatigli per l'ingiuria patita e per il discreditato che è derivato. Pur essendo vero che «i sentimenti dell'onore e dell'amicizia, che gli affetti della famiglia e la felicità domestica sono beni morali *inestimabili*, l'offesa recata ad essi diviene *estimabile* per le conseguenze che l'attentato arreca a questi sentimenti per la ripercussione che produce, sia nell'estimazione pubblica, sia col turbamento dell'animo che deprime le energie dell'offeso. Se questo danno morale non può essere risarcito, in quanto cioè una somma di danaro non può riparare all'onore offeso, agli effetti familiari troncati, rappresenta però quel mezzo di risarcimento che è nella potenzialità umana». Si ammette inoltre che l'adulterio possa provocare danni perdite e mancati guadagni e come tale sia fonte di danno materiale risarcibile, se una volta specificati emerge che essi siano derivati dal delitto senza che vi abbia concorso una causa esterna; App. Bari, 3 giugno 1929, in *Rep. Foro it.*, 1929, voce «*Separazione di coniugi*», n. 50; Cass., 30 giugno 1930, in *Giur. it.*, 1930, I, 1, 1069 e in *Monit. trib.*, 1931, 54 evidenzia che l'adulterio determina danni patrimoniali anche disastrosi come conseguenza immediata e diretta della tradita fede coniugale «per le gravi ripercussioni che ne derivano nella economia domestica della sventurata famiglia in cui il dramma si svolge» e che se ciò accade non c'è ragione per non ripararli come in ogni altro caso di azione delittuosa o colposa. La separazione rappresenta infatti «un semplice espediente per attenuare, principalmente dal lato morale, e con effetti più gravosi che giovevoli dal punto di vista economico, le tristi conseguenze, non solo dell'adulterio ma di tutte le deleterie cause dell'art. 150 c.c., le quali non di rado tramutano l'unione coniugale [...] in un vero martirio di anime, nello strazio quotidiano della pace familiare, o addirittura nello scempio dell'onore e della reputazione di tutto un parentado»; Trib. Parma 4 febbraio 1948, in *Giur. it.*, 1948, 475 e massimata in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 688, con nota di F. Masè Dari, *Danni da adulterio e da separazione personale*; App. Napoli, 13 febbraio 1971, in *Arch. resp. civ.*, 1971, 952, con nota di P.L. Rappelli, *Risarcibilità dei danni patrimoniali da adulterio*.

penale<sup>107</sup> e poteva proiettarsi sulle implicazioni della violazione dei doveri coniugali, in specie del dovere di fedeltà, quali il mantenimento di un figlio rivelatosi “illegittimo”<sup>108</sup> e il contagio di una patologia a trasmissione sessuale<sup>109</sup>. Relativamente a quest’ultima ipotesi risalta l’esiguità delle richieste di danni a fronte dell’estrema diffusione di pronunce di separazione fondate su questa motivazione. Tale dissonanza può essere spiegata con l’esigenza di evitare le ripercussioni, negative per entrambe le parti, dell’attestazione pubblica in sede di giudizio dell’avvenuto contagio e con la conseguente propensione per la riparazione in via bonaria; è quanto lascia intendere una vicenda giurisprudenziale nella quale il risarcimento era stato occultato sotto forma di prestazione alimentare accettata in via transattiva nel corso della separazione; lo stratagemma utilizzato viene svelato dalla decisione emessa dal giudice relativamente alla richiesta del responsabile di poterne cessare la corresponsione per mutate condizioni economiche. Va aggiunto, poi, che un meccanismo psicologico ricorrente induce a esperire l’azione risarcitoria, per il caso di adulterio, contro l’amante<sup>110</sup> e non anche contro il coniuge o, in caso di inconsapevole riconoscimento di una figlia adulterina come propria, nei confronti del padre naturale, anziché nei riguardi della moglie<sup>111</sup>.

<sup>107</sup> App. Palermo, 11 luglio 1884, in *Rep. Foro it.*, 1884, voce “*Adulterio e concubinato*”, n. 1; App. Firenze, 30 ottobre 1885, in *Rep. Foro it.*, 1885, voce “*Danni in materia penale*”, n. 15; Pret. Vasto, 14 ottobre 1907, in *Rep. Foro it.*, 1908, voce “*Adulterio e concubinato*”, n. 11; App. Firenze, 8 maggio 1909, in *Monit. trib.*, 1909, 628 e in *Rep. Foro it.*, 1909, voce “*Danni in materia penale*”, n. 62 e in *Foro it.*, I, 1909, 1208; Trib. Bologna, 21 aprile 1910, in *Cass. Unica*, XXI, 894 e in *Rep. Foro it.*, 1910, voce “*Danni in materia penale*”, n. 43; Trib. Napoli, 8 luglio 1913, in *Monit. trib.*, 1914, 23; App. Catanzaro, 29 settembre 1931, in *Calabria giudiz.*, 1931, 392 e in *Rep. Foro it.*, 1931, voce “*Danni in materia penale*”, n. 9.

<sup>108</sup> App. Lucca, 12 luglio 1872, in *Giur. tor.*, X, 351 e in *Rep. giur. tor.*, voce “*Figliazione*”, n. 42, afferma che, pendente il giudizio di disconoscimento, il padre presunto è tenuto a prestare gli alimenti provvisori al figlio, sia pel suo sostentamento, sia per sostenere la lite; nel caso che il marito risulti vincitore sarà legittimato invece a rivalersi contro della moglie in rifacimento di danni; App. Napoli, 4 febbraio 1916, in *Monit. trib.*, 1916, 513; App. Torino, 30 dicembre 1947, in *Monit. trib.*, 1948, 90 e in *Temi*, 1947, 584, n. 72 (solo m.) confermata da Cass., 27 dicembre 1950, n. 2861, in *Resp. civ. prev.*, 1951, 49; *Rep. Foro it.*, 1950, voce “*Filiazione*”, n. 76, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, XXX, 1 quadr., 221, con nota di R. Miccio, *I danni morali derivanti al coniuge offeso dalla procreazione adulterina dell’altro coniuge*.

<sup>109</sup> Cass., 20 gennaio 1975, n. 227, in *Giur. it.*, 1976, I, 2804. L’inoculazione di malattie veneree veniva fatta rientrare tra gli eccessi. Sul punto, cfr. B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., 692. App. Milano, 4 novembre 1942, in *Monit. trib.*, 1943, 110.

<sup>110</sup> App. Milano, 12 giugno 1908, in *Monit. trib.*, 1908, 532, confermata da Cass. Torino, 22 gennaio 1909, in *Giur. it.*, 1909, I, 1, 494 e in *Monit. trib.*, 1909, 344; Trib. Trani, 30 gennaio 1915, in *Monit. trib.*, 1915, 735; App. Brescia, 16 marzo 1949, in *Resp. civ. prev.*, 1950, 531 (m).

<sup>111</sup> App. Torino, 30 dicembre 1947, in *Monit. trib.*, 1948, 90.

A costituire il fondamento della pretesa risarcitoria è, altresì, l'allontanamento ingiustificato dalla casa familiare, sia esso spontaneo<sup>112</sup> o indotto forzatamente dal coniuge<sup>113</sup>. In quest'ambito l'azione risarcitoria assume un'inclinazione deterrente o di coercizione indiretta all'adempimento, tanto che l'impedimento alla coabitazione frapposto dall'altro coniuge determina il ricorso all'azione risarcitoria in costanza di matrimonio e proprio con l'obiettivo di indurre il coniuge al rispetto dell'obbligo<sup>114</sup>. Si aderiva, in tal modo, a quell'orientamento giurisprudenziale che, sulla falsariga di parte della giurisprudenza e della dottrina francesi e belga<sup>115</sup>, riteneva che

<sup>112</sup> Cass. Roma, 27 maggio 1921, in *Foro it.*, 1921, I, c. 778, con nota redazionale che sostiene trattarsi del primo caso del genere proposto e deciso, e in *Monit. trib.*, 1921, 620 e in *Giur. it.*, 1921, I, 1, 548: il marito avanza domanda di separazione per colpa della moglie per abbandono del domicilio coniugale e chiede i danni causati da tale comportamento. Il risarcimento viene concesso dalla Corte d'appello a titolo extracontrattuale. Successivamente la Cassazione esclude l'applicazione della tutela risarcitoria, argomentando sulla base della natura etica e del contenuto sfumato dei doveri coniugali, la trasgressione dei quali è ritenuta comportare unicamente l'applicazione dei rimedi interni.

<sup>113</sup> App. Genova, 19 luglio 1905, in *Monit. trib.*, 1905, 993, afferma che il marito che allontana la moglie da casa senza giusto motivo (semplice litigio) è tenuto al risarcimento dei danni, indipendentemente dall'eventuale successiva separazione. Evidenza che non avendo alcun interesse a presentare una domanda di separazione la moglie ha preferito chiedere i danni morali per l'offesa all'onore che un simile gesto motivato da un semplice "dissenso domestico" le ha arrecato; e che si è trattato di un «fatto volontario, illecito e dannoso, proveniente per di più da chi ha il dovere di assistere la propria consorte». Aggiunge che, qualora in seguito il marito chiedesse la separazione e adducesse giustificati motivi per averla abbandonata, i due giudizi non si porrebbero in contraddizione ed il marito potrebbe ben chiedere la separazione ed il risarcimento dei danni. Cass. Regno, 18 maggio 1937, n. 1608, in *Rep. Foro it.*, 1937, voce "Matrimonio", n. 73-4 e in *Giur. it. massim.*, 1937, 486, afferma che l'obbligo reciproco alla coabitazione sancito per entrambi i coniugi dall'art. 130 c.c. e l'obbligo particolare del marito di tenere presso di sé la moglie a norma dell'art. 132 c.c. non sono suscettibili di esecuzione coatta mediante l'impiego della forza pubblica, in quanto l'inosservanza degli obblighi suddetti è colpita da altre sanzioni previste dall'art. 133 c.c., quando provenga dalla moglie, mentre, quando sia riferibile al marito, la moglie può chiedere la separazione personale per colpa di lui e il risarcimento del danno derivato dall'abbandono e dal mancato godimento dell'abitazione, oltre a poter essere esonerata dal prestare gli alimenti al marito quando vi sia tenuta *ex art.* 132 c.c. Sostiene, inoltre, che la moglie può agire per ottenere l'adempimento di cui all'art. 132 c.c. senza bisogno di domandare la separazione. Il risarcimento può essere attuato sia mediante prestazione di altro alloggio sia mediante corresponsione di una congrua somma di denaro in aggiunta a quella destinata all'alimentazione in senso stretto.

<sup>114</sup> Trib. Teramo, 2 febbraio 1886, in *Legge*, 1886, I, 278, con nota di F. Porta e in *Rep. Foro it.*, 1886, voce "Matrimonio", n. 21, afferma che è ammissibile la domanda del marito per obbligare la moglie a seguirlo nel suo domicilio entro breve termine, trascorso il quale venga condannata a una determinata somma per danni. M. GIORGIANNI, *Il governo della famiglia*, cit., 43 s., affianca il risarcimento alla sospensione del mantenimento e alla separazione giudiziale, come sanzione per la violazione del dovere della coabitazione.

<sup>115</sup> Cfr. R. GIUSTI, *op. cit.*, 17 ss.

il risarcimento potesse essere piegato a svolgere la funzione di coazione indiretta all'adempimento, eventualmente in aggiunta agli strumenti codificati, quali la cessazione dell'obbligo di somministrazione degli alimenti e il sequestro dei beni *parafernali*, dei beni cioè non costituiti in dote o in patrimonio familiare (art. 133 c.c. 1865 corrispondente all'attuale art. 146 c.c.)<sup>116</sup>. In particolare, vengono ammesse azioni di accertamento e di condanna all'adempimento (anche volte a preconstituirsi elementi per la successiva separazione per colpa)<sup>117</sup>, mentre viene censurato unanimemente il ricorso alla coercizione personale<sup>118</sup>. Quanto al dovere di assistenza, la sua trasgressione come fonte di danni emerge unicamente per il rifiuto di adempiere il *debitum coniugale*<sup>119</sup>.

La domanda di separazione costituisce l'occasione, inoltre, per fare emergere, e rivalersi contro, i contegni sleali tenuti prima del matrimonio e inizialmente tollerati, come l'occultamento della gravidanza per fatto altrui<sup>120</sup>

<sup>116</sup> Cfr. App. Genova, 3 aprile 1882, in *Foro it.*, 1883, 122; App. Torino, 14 maggio 1886, in *Rep. Foro it.*, 1886, voce "Matrimonio", n. 17 e App. Casale, 3 ottobre 1886, in *Rep. Foro it.*, 1886, voce "Matrimonio", n. 18.

<sup>117</sup> Cfr., *infra* cap. III, par. 1.1.

<sup>118</sup> Il tentativo di fare rispettare l'obbligo di coabitazione attraverso il rapimento e il ferimento, sia pure involontario, ha costituito la base per un'azione risarcitoria decisa da App. Torino, 8 ottobre 1867 seguita da Cass. Torino, 31 marzo, 1871, in *Legge*, I, 1871, 426, con nota di E. Pacifici. Si v. altresì Cass. Torino, 8 novembre 1893, in *Giur. it.*, 1894, I, 1, 86, secondo cui, in caso di volontario abbandono da parte della moglie del domicilio coniugale, il giudice può dichiarare, su istanza del marito, l'obbligo di farvi ritorno, senza che ciò includa l'autorizzazione a procedere contro la moglie ad atti di coercizione personale.

<sup>119</sup> Cass. Torino, 26 giugno 1894, in *Giur. it.*, 1894, I, 1, 876 e in *Monit. trib.*, 1894, 671; App. Torino, 22 ottobre 1944, in *Monit. trib.*, 1944-5, 79, con nota critica di A. Pacelli, *Risarcimento del "debitum coniugale"* e in *Foro it.*, 1944-6, I, 872, con nota di A. Bertola, *Effetti civili della dispensa "super rato" e responsabilità per colpa contrattuale* e in *Dir. eccl.*, 1946, 47, con nota di F. De Luca, *Inconsumazione del matrimonio e risarcimento dei danni*.

<sup>120</sup> App. Brescia, 19 maggio 1890, in *Foro it.*, 1890, I, 1024, in *Rep. Foro it.*, 1890, voce "Separazione di coniugi", n. 4 afferma che la moglie la quale occulta la gravidanza per fatto altrui al marito è tenuta al risarcimento *ex art.* 1151 c.c. non solo dei danni materiali ma anche del danno morale consistente nella offesa alla sua buona fede, «nel dolore di trovarsi solo senza famiglia e senza possibilità di poterla neppure più costituire»; Cass. Firenze, 4 agosto 1892, in *Legge*, 1893, I, 299 decide il caso di una pretesa risarcitoria nei confronti della moglie che al momento del matrimonio aveva nascosto la gravidanza in corso causata da un terzo, per i danni conseguenti alla separazione, per il dolore, per l'offesa recata ai suoi diritti e alla sua dignità di uomo e di marito, per la reticenza e la frode, e per non avere una famiglia propria e potersi più formare una famiglia. La Corte ritiene che, anche se i danni morali sono risarcibili *ex art.* 1151 c.c., in questo caso non siano sussistenti: il dolore che il marito pretende di avere sofferto viene giudicato, infatti, ben lieve e impercettibile «se esso consentì a [tenere il figlio della moglie] nella propria casa d'abitazione ed a convivere seco per oltre un mese dopo scoperto l'inganno» e che «una completa soddisfazione del torto

o il celamento del difetto di verginità<sup>121</sup>.

D'altra parte, il risarcimento viene domandato anche dopo avere ottenuto la separazione personale contro il coniuge che ha promosso un'azione di disconoscimento di paternità risultata temeraria e calunniosa<sup>122</sup>, o di annullamento per impotenza destituita di fondamento<sup>123</sup>; oppure contro la moglie che abbia continuato a usare il cognome maritale dopo la fine dell'unione<sup>124</sup>.

Recente e del tutto isolata è la richiesta di risarcimento per il danno morale scaturito dallo scioglimento del vincolo matrimoniale provocato dalla condotta del coniuge<sup>125</sup>.

È opportuno mettere in luce che il superamento dei codici ottocenteschi, con i mutamenti che ha determinato sul piano della risarcibilità del danno non patrimoniale, ha ridotto il ricorso alla responsabilità nei rapporti tra i membri di una stessa famiglia. La situazione di potenziale apertura, legata

---

ricevuto [fosse avvenuta] colla sentenza che fece luogo alla separazione coniugale per effetto della quale la [moglie] incorse nelle perdite previste dall'art. 156 c.c. e scontò la propria colpa coll'onta della separazione, con la vergogna della pubblicità del fatto commesso e con la perdita degli affetti domestici. Esso pertanto ottenne la piena riparazione dell'offesa recata ai diritti di sposo e di marito. E quando pure una passeggera *jattura* avesse potuto sfiorare la sua rispettabilità e considerazione della di lui persona coll'essersi reso di pubblica ragione l'avvenimento ond'egli fu vittima, essa svanì totalmente colla pubblicazione della sentenza, che gli fece ampia ragione dell'ingiuria patita». Si afferma, poi, che la base dell'azione mancasse anche in un altro senso. Il dolore lamentato per non avere famiglia propria e potersi più formare una famiglia implica, infatti, giudizi e apprezzamenti individuali sulla preferenza che meriti lo stato coniugale sul celibato inidonei a prestare al risarcimento una base certa e concreta. Come si disse «Il preteso dolore è soggettivo e perciò impercettibile ed insuscettibile di una valutazione pecuniaria». La nota redazionale si esprime in maniera critica perché ritiene che la difficoltà di valutazione dei danni morali non possa essere una buona ragione per negarli. Al giudice, si dice, «non si domanda il prezzo di beni inestimabili ma di compensarne la mancanza accordando una somma atta a conseguire altri conforti e a rendere la perdita meno dolorosa. E con ciò non si deve temere di lasciare aperta una fonte di lucro; ad uno che *causam agit doloris* il giudice dà il denaro non potendo dargli altro. Se non si ammettono questi principi non si troverà mai neppure un caso di danni morali da risarcire».

<sup>121</sup> App. Venezia, 10 aprile 1906, in *Monit. trib.*, 1906, 410; Cass., 11 luglio 1973, n. 2007, in *Dir. giur.*, 1974, 99, con nota di E. Quadri, *Considerazioni sulla rilevanza giuridica del celamento del difetto di verginità*. Su altre pronunce in tema di annullamento del matrimonio per difetto di verginità si v. F. GAZZONI, *Amore e diritto ovvero sia i diritti dell'amore*, Napoli, 1994, 137 ss.

<sup>122</sup> Cass. Roma, 27 novembre 1903, in *Monit. trib.*, 1904, 145.

<sup>123</sup> App. Bologna, 28 febbraio 1935, in *Temi emil.*, 1935, 83 e in *Rep. Foro it.*, 1935, voce "Matrimonio", n. 33.

<sup>124</sup> App. Milano, 31 maggio 1941, in *Monit. trib.*, 1942, 155.

<sup>125</sup> Trib. Roma, 15 giugno 1972, in *Dir. fam. pers.*, 1973, 440, con nota di M.E. Poggi, *Sulla determinazione dell'assegno in sede di divorzio e sulla risarcibilità dei danni non patrimoniali*.

al difetto di una previsione legale limitativa e alla presenza di regole mute in ordine ai danni risarcibili<sup>126</sup>, aveva consentito, infatti, inizialmente la riparazione del danno morale negli illeciti tra familiari<sup>127</sup>, malgrado la tesi che obiettava la ontologica irrisarcibilità del danno in quanto insuscettibile di valutazione pecuniaria<sup>128</sup> e che avrebbe reso successivamente prevalente la giurisprudenza di segno negativo<sup>129</sup>. Poi, però, con l'introduzione dell'art. 2059 c.c. che limita la risarcibilità del danno non patrimoniale ai «casi determinati dalla legge» e la connessione ermeneutica univoca con le fattispecie delittuose evocate dall'art. 185 c.p., si è passati ad una situazione di progressiva chiusura, man mano che si riduceva la rilevanza penale delle condotte pregiudizievoli.

Va segnalata, in conclusione, la diffusa tendenza a evocare la responsabilità di diritto comune unitamente alla tutela risarcitoria prevista dalle regole di settore (l'art. 54 c.c. 1865 sulle conseguenze del rifiuto di onorare la promessa di matrimonio e l'art. 127 c.c. 1865 per l'annullamento del matrimonio contratto in buona fede da uno soltanto dei coniugi) con il duplice obiettivo di incrementare le possibilità di successo, qualora il cor-

---

<sup>126</sup> L'art. 1151 c.c. 1865 non distingueva tra le categorie di danno e conseguentemente apriva alla risarcibilità dei danni morali, oltre che di quelli materiali, e l'art. 37 c.p. 1889 prevedeva, che la condanna penale non pregiudicasse il diritto dell'offeso o del danneggiato alle restituzioni e al risarcimento dei danni.

<sup>127</sup> In App. Brescia, 19 maggio 1890, cit. si dà atto che, a differenza della dottrina, la giurisprudenza è unanime nell'ammettere il ristoro del danno morale quando sia l'effetto di un fatto colposo, perché alle sofferenze morali «anche il danaro è non rare volte un efficace compenso; e nella stessa maniera che col denaro si acquistano i comodi e i piaceri, così gl'incomodi, i dispiaceri e, in genere, le sofferenze morali possono trovare un soddisfacimento nel denaro». Si v. anche la nota 2) alla seconda massima nella quale si afferma che «il principio del risarcimento del danno morale può dirsi oramai concordemente accolto dalla nostra giurisprudenza»; App. Palermo, 16 marzo 1903, cit.; App. Firenze, 8 maggio 1909, cit.; App. Napoli, 4 febbraio 1916, cit.; App. Venezia, 11 febbraio 1916, cit.; App. Genova, 2 gennaio 1917, cit. In senso negativo si era espresso App. Catania, 17 febbraio 1882, cit., incontrando le critiche nella nota di A. Millelire Albini, cit., nella quale si sottolinea come la vicenda avesse costretto l'attore a intraprendere una lite non lusinghiera, a trovarsi legato da matrimonio religioso che per un cattolico è indissolubile, mentre il risarcimento avrebbe potuto svolgere una funzione punitiva verso chi per ragioni economiche (i genitori per procurare alla figlia un buon collocamento) non si era fatto scrupolo di coartare la libertà matrimoniale.

<sup>128</sup> G.P. CHIRONI, *La colpa extracontrattuale*, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1906, 320 s.; G. PACCIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1911, 241; C.F. GABBA, *Risarcibilità dei danni morali*, in *Questioni di diritto civile*, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1911, 210 e già nella nota a App. Palermo, 16 marzo 1903, in *Foro it.*, 1903, I, 944.

<sup>129</sup> Cfr. A. D'ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, dir. da S. PATTI, cur. da DELLE MONACHE, Torino, 2010, 116 ss. e le pronunce indicate nella nota 11.

redo probatorio non sia particolarmente solido, e di ottenere la riparazione integrale del danno. Questo indirizzo ha stimolato, come vedremo, il dibattito sulla natura della responsabilità che coinvolga i membri della famiglia in seno all'approfondimento del rapporto tra le due tipologie di regole.

### 3.2. *Nei rapporti tra genitori e figli*

Il panorama giurisprudenziale relativo alle controversie tra genitori e figli è più circoscritto di quello riguardante le liti tra coniugi. Questa differenza è determinata dagli ostacoli specifici che si vanno ad aggiungere all'effetto dissuasivo impresso dalle dinamiche proprie della famiglia tradizionale.

Relativamente alla filiazione legittima, intanto, l'art. 147 c.c. 1865, a imitazione dell'art. 204 *code civil*, recita: «I figli non hanno azione verso il padre e la madre per obbligarli a far loro un assegnamento per causa di matrimonio o *per qualunque altro titolo*». Il raggio applicativo della norma, posta a chiusura della sezione II del Capo IX che specifica i diritti e i doveri che nascono dal matrimonio riguardo alla prole e il diritto agli alimenti fra i parenti, sembra estendersi alle azioni dirette ad imporre il rispetto dei doveri di mantenimento, istruzione e educazione<sup>130</sup>. Lo si desume, in primo luogo dalla *ratio*. La previsione, infatti, era volta a eliminare «una minaccia per la famiglia e a tempo stesso uno sterile e amaro sussidio». Ammetterle, infatti dava «adito a liti incresciose; metteva in piazza i segreti della famiglia [...]» che ha «anzitutto una profonda base morale, su questa deve calcolare la legge; l'amore dei genitori val meglio di ogni articolo del codice sull'obbligo di fare assegnamenti ai figli e di donare»<sup>131</sup>. Lo conferma il richiamo dell'art. 147 c.c. 1865, quale indice normativo dell'esclusione della respon-

<sup>130</sup> Di diverso avviso, App. Venezia, 30 novembre 1888, in *Foro it.*, 1889, I, 185, nella quale si puntualizza che la norma dell'art. 147 c.c. non impedisce al figlio di agire per chiedere la condanna dei genitori, che trascurino la sua istruzione, a corrispondergli una somma proporzionata alla posizione sociale ed alla condizione economica della famiglia, pena la contraddizione con gli obblighi imposti ai genitori dall'art. 138 c.c. In nota si evidenzia che l'obbligo di provvedere all'istruzione e all'educazione dei figli non ha natura meramente morale ma rappresenta una vera obbligazione giuridica, l'adempimento della quale non può dirsi affidato alla semplice "tenerezza" dei genitori, all'opinione e ai costumi pubblici, avendo la legislazione provveduto a sanzionare la violazione e la trascuratezza con la perdita dell'usufrutto legale e con altre provvidenze che il giudice riterrà necessarie nell'interesse del figlio.

<sup>131</sup> B. BRUGI, *op. cit.*, 678 nel richiamare le relazioni e le discussioni parlamentari che accompagnarono la redazione del primo libro del Codice Pisanelli; F.S. BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, V, 2, Torino, 1901, 399 ss.

sabilità tra i membri di una medesima famiglia<sup>132</sup>. Del resto, già la dottrina francese aveva ritenuto che il rispetto che i minori devono ai genitori, alla base della corrispondente norma proibitiva dell'art. 204 *Code civ.*, oltre a precludere la possibilità di convenirli in giudizio per svelare i loro affari e conoscere se siano o meno in condizione di provvedere alla dote<sup>133</sup>, fosse impeditivo anche dell'azione generale di responsabilità per danni<sup>134</sup>. A confortare la lettura estensiva è anche la *ratio* ispiratrice dell'attribuzione dei *droits discrétionnaires* di rifiutare il consenso al matrimonio del figlio minorenni sulla base dell'art. 148 *Code civ.* e di opporsi alla celebrazione delle nozze del maggiorenne secondo quanto previsto nell'art. 173 *Code civ.*: mantenere *l'autorité parentale* senza che le modalità del suo esercizio possano fornire la base per un'azione risarcitoria, in quanto l'affetto dei genitori rappresenta la garanzia di ragionevolezza della scelta<sup>135</sup>.

Relativamente alla filiazione naturale o extramatrimoniale occorre, invece, tenere in considerazione l'influenza indiretta esercitata dall'art. 189 c.c. 1865 che vietava le indagini sulla paternità, per garantire «il rispetto della morale privata e pubblica e la pace delle famiglie»<sup>136</sup>.

Si notava in dottrina che con tale proibizione si arrecava «la più ingiusta eccezione al grande principio che pur si dice generale: indurre ogni fatto dell'uomo l'obbligo nel danneggiatore di indennizzare il danneggiato»<sup>137</sup>. Rispetto a una condotta idonea a pregiudicare più persone, la donna avrebbe potuto ottenere il risarcimento con l'azione civile o penale<sup>138</sup>.

<sup>132</sup> A. ASCOLI, *Nullità di matrimonio per impotenza. Responsabilità per danni*, in *Riv. dir. civ.*, 1929, 600.

<sup>133</sup> F. LAURENT, *Principes de droit civil*, III, Paris-Bruxelles, 1869, n. 45, 68.

<sup>134</sup> Se lo domanda S. PONS, *op. cit.*, 20.

<sup>135</sup> B. STARCK-H. ROLAND-L. BOYER, *Obligations*, 1, *Responsabilité délictuelle*, 5<sup>a</sup> ed., Paris, 1996, 182.

<sup>136</sup> Così B. BRUGI, *op. cit.*, 708, il quale sostiene che tale cautela fu inserita sulla scia della «leggenda di scandalosi processi che avevano avuto sempre in bocca i legislatori francesi» ma che «quei processi scandalosi non mai ebbero luogo se non nella fantasia dei legislatori francesi» e che «col divieto della ricerca della paternità si venne a favorire lo scandalo, anche maggiore del figlio abbandonato dal padre alla miseria e al delitto». Aggiunge poi una riflessione di evidente attualità: «Si tolse così ogni efficacia ad una convivenza dell'uomo con la donna sia pure a guisa di matrimonio; eppure da questa unione, i figli, che la legge si ostina ad ignorare, derivano, secondo la coscienza popolare, un possesso di stato pari a quello dei legittimi».

<sup>137</sup> B. BRUGI, *op. cit.*, 709.

<sup>138</sup> A. SANTORO, *Seduzione con promessa di matrimonio commessa da persona coniugata*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 918, evidenzia che l'inadempimento della promessa di matrimonio comporta di per sé solo il risarcimento, secondo quanto indicato nell'art. 81 c.c.; la responsabilità aquiliana o da fatto illecito è configurabile se la promessa di matrimonio è