



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE**  
**DIPARTIMENTO GIURIDICO**  
**CAMPOBASSO**

**Corso di Dottorato di Ricerca**  
**in**  
**“Persona, impresa e lavoro dal diritto interno a quello**  
**internazionale”**  
Ciclo XXVII  
Settore Scientifico Disciplinare: IUS/01

***VIOLAZIONE DEI DOVERI CONIUGALI E NATURA DELLA***  
***RESPONSABILITÀ***

COORDINATORE  
Chiar.mo Prof.  
Francesco Paolo TRANSCI

RELATORE/TUTOR  
Chiar.mo Prof.  
Antonio FICI

CANDIDATA  
Valentina Maria MARCELLI  
146065

- Anno Accademico 2013/2014 -

## Indice

<i>Premessa</i> .....	4
<i>Capitolo I</i>	
<i>Famiglia e responsabilità nel sistema giuridico italiano e spagnolo</i> .....	7
1. Premessa .....	7
2. Il principio di uguaglianza e la pari dignità dei coniugi. Diritti e doveri coniugali .....	14
3. Immunità e resistenze nell’ottica della specialità del diritto di famiglia.....	21
4. Il superamento dell’immunità tra fatto illecito e responsabilità da inadempimento .....	27
5. Definizione dell’ambito di indagine e precisazioni sul tema della responsabilità endofamiliare.....	30
<i>Capitolo II</i>	
<i>I rimedi giusfamiliari e la lettura aquiliana dell’illecito endofamiliare</i> .....	35
1. Rimedi giusfamiliari e regole di responsabilità.....	35
1.1. La rottura ingiustificata della promessa di matrimonio.....	38
1.2. Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo.....	43
1.3. L’intervento del giudice nell’ipotesi di disaccordo dei coniugi .....	47
1.4. Gli ordini di protezione .....	50
1.5. Crisi familiare: la questione dell’addebito .....	54
2. L’affermazione del rimedio aquiliano nelle relazioni familiari .....	62
2.1. L’illecito endofamiliare nell’ordinamento giuridico italiano .....	65
2.2. L’illecito endofamiliare nell’ordinamento giuridico spagnolo.....	69

**Capitolo III**

***Violazione dei doveri coniugali e responsabilità per inadempimento*..... 80**

1. L'incompatibilità tra rimedio aquiliano e diritto di famiglia..... 80

2. La relazione di prossimità tra danneggiante e danneggiato ..... 85

3. Il nodo problematico dell'ingiustizia del danno..... 87

4. La responsabilità per inadempimento dei doveri coniugali..... 90

4.1. La questione della (ir)risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento ..... 93

5. Sulla teoria degli obblighi di protezione ..... 100

5.1. Gli obblighi di protezione «in connessione» e «allo stato puro» ..... 110

6. Obblighi familiari di protezione ..... 113

**Capitolo IV**

***Istanze punitive e responsabilità endofamiliare: profili di analisi economica del diritto*..... 119**

1. Premessa ..... 119

2. Il rimedio *ex art. 709 ter* cod. proc. civ.: un'ipotesi di *punitive damages*? . 123

3. I *punitive damages* tra il sistema dei *torts* e il *breach of contract* ..... 132

4. Il contributo dell'analisi economica del diritto ..... 137

5. L'efficiente rottura del rapporto matrimoniale nell'esperienza americana . 140

6. I temi della negozialità nel diritto di famiglia italiano ..... 145

***Conclusioni*..... 151**

***Bibliografia*..... 155**

### *Premessa*

Il diritto di famiglia degli ultimi anni è stato oggetto di una profonda evoluzione che ha interessato in maniera particolare la possibile attuazione dei rimedi risarcitori.

Se per lungo tempo la famiglia è stata considerata immune alle regole di responsabilità, oggi, il panorama scientifico italiano è pressoché concorde nell'ammettere l'applicazione delle regole di responsabilità civile nelle ipotesi di violazione dei doveri coniugali e genitoriali.

Tale acquisizione si pone quale corollario non solo al superamento dell'idea di specialità dei rapporti familiari, ma anche alla progressiva affermazione dei diritti della persona all'interno delle formazioni sociali in cui si esplica la personalità dell'individuo.

E se, da un lato, è chiaro che la famiglia rappresenta pur sempre una realtà connotata da particolari vincoli che legano i familiari, i quali prima ancora che dal punto di vista giuridico rilevano in un'ottica di solidarietà, è altrettanto vero che, in ogni caso, non si può ignorare la possibile "degenerazione" del legame nelle ipotesi di contrasto e di conflitto che può condurre il rapporto, come accade in qualsiasi altro rapporto fra privati, ad una fase patologica. Ed, invero, il legislatore della famiglia ha già predisposto, per queste eventualità, una serie di rimedi, strettamente giusfamiliari, che vengono in soccorso nelle ipotesi di crisi del rapporto familiare.

Ciò che, più di recente, si è messo in discussione è proprio la sufficienza di tali rimedi a tutelare il familiare vittima della violazione dei doveri specificamente individuati agli artt. 143 ss cod. civ.

Gli interventi della giurisprudenza di merito e di legittimità hanno oltrepassato, come vedremo forse solo in apparenza, i tradizionali confini del diritto di famiglia, aprendo tale settore alle regole aquiliane, facendo leva, per questa via, non soltanto sull'insufficienza dei rimedi giusfamiliari,

ma soprattutto sulla necessità di assicurare all'individuo adeguata tutela, anche risarcitoria, e ciò indipendentemente dal fatto che l'individuo appartenga ad una comunità familiare.

Nonostante la giurisprudenza ormai maggioritaria sia orientata nel senso di veicolare la responsabilità endofamiliare secondo le regole aquiliane, non mancano, tuttavia, voci contrarie che mettono in discussione la natura stessa di tale responsabilità.

Ciò di cui si discute è non soltanto l'opportunità di applicare, in generale, le regole risarcitorie al diritto di famiglia, ma soprattutto l'essenza dei rapporti familiari, e dei correlativi obblighi, al fine di comprendere la reale natura della responsabilità che ne deriva.

In questo senso si indagherà sulla possibilità di interpretare i doveri matrimoniali quali obblighi di protezione, ponendo attenzione alla natura del rapporto e agli obblighi che ne discendono, con l'obiettivo di valutare se sia possibile offrire una lettura alternativa alle ipotesi risarcitorie riguardanti la violazione dei doveri coniugali.

Tale necessità emerge da considerazioni che attengono per lo più all'inconciliabilità tra la disciplina dell'illecito aquiliano e la natura giuridica delle relazioni familiari, anche dal solo punto di vista dei rapporti personali.

In questo senso non si potrà certamente trascurare la presenza di obblighi giuridici specificamente individuati dal legislatore e la dimensione di relazionalità i cui vengono a trovarsi i familiari conviventi, che, come si vedrà, non possono essere considerati alla stregua di un «chiunque» generico, in quanto legati da un rapporto preesistente che nasce e si instaura quale rapporto particolarmente qualificato.

In tal senso, sarà utile chiedersi chi potrà essere il destinatario di una condanna al risarcimento nelle ipotesi di violazione degli obblighi in questione e se sia possibile ritenere, eventualmente, responsabile anche il

terzo estraneo al *consortium* familiare. Tale valutazione potrà offrire, insieme ad un approfondimento sulla natura dei doveri matrimoniali, maggiore chiarezza in ordine alla determinazione dei presupposti della responsabilità endofamiliare.

L'indagine in esame si estende anche a valutazioni che riguardano l'opportunità e la convenienza a ravvisare in taluni istituti finalità punitive.

Lo spunto è offerto dall'art. 709 *ter* cod. proc. civ., in tema di soluzione delle controversie nelle ipotesi di gravi inadempienze e violazioni nell'affidamento dei figli.

L'espressa previsione di una formula risarcitoria, che attribuisce al giudice il potere di disporre il risarcimento del danno a carico di uno dei genitori, nei confronti del figlio, o anche dell'altro genitore, ha fatto emergere orientamenti contrastanti in merito alla possibilità di configurare, in tale disposizione, un'ipotesi di danno punitivo.

## Capitolo I

### *Famiglia e responsabilità nel sistema giuridico italiano e spagnolo*

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Il principio di uguaglianza e la pari dignità dei coniugi. Diritti e doveri coniugali. **3.** Immunità e resistenze nell'ottica della specialità del diritto di famiglia. **4.** Il superamento dell'immunità tra fatto illecito e responsabilità da inadempimento. **5.** Definizione dell'ambito d'indagine e precisazioni sul tema della responsabilità endofamiliare.

#### **1. Premessa**

La risarcibilità del danno endofamiliare ha suscitato grande interesse tra gli studiosi del diritto di famiglia non solo italiano, ma anche spagnolo, soprattutto in considerazione dell'evoluzione del modo di intendere i rapporti familiari, propria degli ultimi decenni<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla risarcibilità dei danni endofamiliari si inserisce in un contesto giuridico caratterizzato da una crescente attenzione rispetto alle istanze di valorizzazione della persona e delle sue prerogative. Si tratta di un tema che, soprattutto negli ultimi anni, ha acquisito particolare attualità date, peraltro, le note decisioni con cui la Corte di Cassazione ha inciso profondamente in ordine alla risarcibilità dei danni non patrimoniali (cfr. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Foro. it.*, 2009, I, p. 120 ss). Questa evoluzione va, infatti, di pari passo con la continua tendenza espansionistica della responsabilità civile che, come si vedrà, è estesa al punto da ricomprendere anche quei pregiudizi che si verificano nell'ambito delle relazioni familiari. La questione dei danni nella famiglia pone, però, un problema che si cercherà di risolvere nelle seguenti pagine e che presuppone la necessità di una distinzione tra la lesione di diritti soggettivi o interessi che fanno capo alla persona in quanto tale, la cui risarcibilità sembrerebbe non potersi mettere in discussione, e i pregiudizi «strettamente familiari», ovvero derivanti dalla «mera» violazione di uno o più doveri coniugali, o anche genitoriali, e le cui conseguenze risarcitorie non sembrerebbero, al contrario, altrettanto scontate, se non nelle ipotesi in cui è lo stesso legislatore della famiglia a prevederle. Su questo punto cfr. G. GIACOBBE - P. VIRGADAMO, *La responsabilità civile per violazione dei doveri familiari e gli ordini di protezione contro*

È noto, infatti, che l'affermazione del rimedio risarcitorio conseguente alla violazione del dovere coniugale e genitoriale ha incontrato tradizionalmente una serie di resistenze dogmatiche, che hanno impedito l'applicazione del diritto comune ai conflitti strettamente familiari<sup>2</sup>. Tali difficoltà si ricollegavano per lo più ad una concezione patriarcale della famiglia e, dunque, ad una gestione non paritaria dei rapporti, i quali si fondavano sulla supremazia morale e giuridica del capofamiglia<sup>3</sup>. In una siffatta famiglia patriarcale sembrava impossibile anche soltanto pensare che un suo membro, se leso nei suoi diritti, potesse tutelarsi con rimedi che esulassero da quelli tipici del diritto di famiglia.

Prima degli interventi del legislatore italiano e di quello spagnolo, non era neppure ipotizzabile la risarcibilità del danno endofamiliare, così come

---

*la violenza nelle relazioni familiari*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2011, p. 474.

<sup>2</sup> Sulla ricostruzione delle ragioni della tradizionale incompatibilità tra diritto di famiglia e regole di responsabilità cfr., tra gli altri, E. CARBONE, *Requiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006, 4, p. 700; M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non può «generare» diritti al di là della legge*, in *Guida dir.*, 2002, 24, p. 52; O. B. CASTAGNARO, *Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali*, in *Giur. it.*, 2002, p. 2292; A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, in *Fam. e dir.*, 1997, 5, p. 466; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 605; M. DOGLIOTTI, *Rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, p. 390; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 4 ss; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (Diritto privato. Nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 140 ss; ID., *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 415 ss.

<sup>3</sup> Sul tema della trasformazione della famiglia dal modello patriarcale a quello nucleare cfr. soprattutto, M. DOGLIOTTI, *Famiglia (dimensione della)*, in *Dig. Disc. Priv.*, VIII, Torino, 1992, p. 174 ss; ID., *Principi della Costituzione e ruolo sociale della famiglia*, in *Dir. famiglia*, 1977, p. 1488 ss; M. BESSONE, *La famiglia nella Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, p. 19 ss; C. SARACENO, *La famiglia nella società contemporanea*, Torino, 1975, p. 73 ss; P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 779 ss; C. GRASSETTI, *Famiglia (Diritto privato)*, in *Nov. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 48 ss; C. M. BIANCA, *Famiglia (Diritti di)*, in *Nov. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 68 ss; F. SANTORO-PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 333 ss.

viene inteso nell'odierna concezione dei rapporti familiari. Nel caso in cui il potere del capofamiglia si traduceva in una condotta abusiva nei confronti degli altri familiari, il responsabile poteva essere sanzionato soltanto attraverso la legge penale, se il fatto costituiva reato, e con l'istituto della separazione.

L'evoluzione legislativa italiana<sup>4</sup>, accompagnata da una significativa attività giurisprudenziale, influenzata, peraltro, dalle spinte dottrinali

---

<sup>4</sup> La concezione pubblicistica del diritto di famiglia, propria degli anni in cui entrò in vigore il Codice civile, implicava la necessità di predisporre una tutela giuridica privilegiata che si traduceva nell'individuazione di un interesse superiore rispetto agli interessi individuali dei singoli membri della famiglia.

La Riforma del diritto di famiglia, emanata con L. 19 maggio 1975, n. 151, ha innovato profondamente la struttura dei rapporti familiari delineata dal legislatore del 1942. Alla rigida concezione autoritaria del regime personale della famiglia, di derivazione romanistica, corrispondeva la posizione di subordinazione e di inferiorità della moglie e degli altri membri della famiglia. Invero, come osservato dalla dottrina, "la famiglia designata dal codice del 1942 [...] nasce già vecchia [...] perché viene ad essere modificata, nella struttura, nei principi, nei valori e nelle scelte ideologiche, allorquando con la caduta del fascismo si affermano e vengono normativizzati i valori che inaugurano la nuova Repubblica Costituzionale" (così F. RUSCELLO, *I limiti di operatività del dovere di assistenza morale e materiale fra coniugi*, in *Studium iuris*, 2000, 2, p. 137-144).

Quello attuato nel 1975 rappresenta un intervento legislativo volto a rendere effettivi i principi costituzionali dettati dagli artt. 29 e 30 Cost. in tema di rapporti familiari. Si trattò di un processo graduale che maturò grazie all'evolversi della coscienza sociale e alla necessità di dare contenuto, anche in ambito familiare, al disposto costituzionale contenuto nell'art. 2 Cost. che, com'è noto, garantisce l'inviolabilità dei diritti anche all'interno delle formazioni sociali in cui si esplica la personalità dell'individuo. In particolare, con la previsione di cui all'art. 29 Cost., viene per la prima volta affermato il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, coerentemente con la scelta ideologica di porre la persona al centro dell'ordinamento giuridico.

La legge di Riforma, cui va riconosciuto il merito di aver coordinato i principi di unità e di indirizzo della vita familiare in un'ottica di solidarietà e libertà, "nasce come riforma tipicamente non parlamentare, cioè come frutto non esclusivo del dibattito tecnico-legislativo sviluppatosi in Aula, ma sollecitata ed accompagnata da un'opinione pubblica che ne ha registrato e seguito il processo di costruzione, a causa del forte scollamento dall'effettiva dinamica sociale della normativa precedente" (così R. TOMMASINI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio, sub art. 143 cod. civ.*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 423-424).

dell'epoca<sup>5</sup>, ha tuttavia determinato un vero e proprio cambiamento della famiglia che, da «famiglia istituzione» è diventata «famiglia comunità», essendosi venuta a configurare quale luogo di autorealizzazione e di sviluppo della personalità di ogni singolo membro, che in essa trova riconoscimento e tutela, prima che come coniuge, come persona<sup>6</sup>.

Anche nell'ordinamento spagnolo le esigenze di valorizzazione della persona e della libertà matrimoniale, consacrate nell'art. 10.1 della Costituzione, hanno determinato il superamento del modello fondato sull'autorità maritale: le riforme del diritto di famiglia del 2005<sup>7</sup>, riguardanti la disciplina del matrimonio e dello scioglimento del vincolo coniugale, nel dare piena attuazione al disposto costituzionale, hanno contribuito ad accentuare la funzione del matrimonio quale “strumento” di sviluppo della personalità dei coniugi e dei membri della famiglia, segnando così una concezione del tutto nuova di comunità familiare<sup>8</sup>, in cui

---

<sup>5</sup> Di questa evoluzione dà conto G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 3, p. 197 ss; R. TOMMASINI, *Formazioni familiari in divenire*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, V. SCALISI (a cura di), Milano, 2004, p. 560; P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 109-117; V. SCALISI, *La “famiglia” e le “famiglie” (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, in “*Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*”, Napoli, 1987, *passim*; S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1979, p. 98; A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1975, p. 133; G. CIAN, *Introduzione generale. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, Padova, 1977, p. 42.

<sup>6</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 204 ss; P. STANZIONE, *Principi costituzionali e diritto di famiglia nell'esperienza spagnola*, in *Dir. famiglia*, 1984, p. 257 ss.

<sup>7</sup> Il riferimento è alla L. 1 luglio 2005, n. 13 che modifica la disciplina contenuta nel Codice civile in materia di diritto a contrarre matrimonio, e alla L. 8 luglio 2005, n. 15, di riforma alle norme dettate in tema di separazione e divorzio.

<sup>8</sup> Tale dato si evince in maniera chiara dalla lettura delle motivazioni alle Leggi di Riforma: in particolare la L. 1 luglio 2005, n. 13 che giustifica l'eliminazione del requisito dell'eterosessualità dei coniugi sull'esigenza di garantire il libero sviluppo della personalità dell'individuo.

Lo stesso accade con riferimento alla L. 8 luglio 2005, n. 15, in cui la *ratio* della nuova disciplina della separazione e del divorzio, che, per via dell'intervento legislativo,

la condizione di membro della famiglia non può più costituire criterio di esenzione da responsabilità.

Ma le caratteristiche della famiglia tradizionale non erano gli unici elementi che sono sembrati rendere impossibile l'introduzione in ambito familiare del rimedio risarcitorio. All'ostacolo consistente in questa impostazione piramidale dei rapporti familiari, si erano aggiunte, come si avrà modo di vedere, tutta una serie di argomentazioni utilizzate da dottrina e giurisprudenza proprio al fine di rafforzare la distanza tra due settori dell'ordinamento, famiglia e rimedio risarcitorio, che per lungo tempo si riteneva fossero incompatibili.

L'idea di fondo era quella di considerare le relazioni familiari quale "area del diritto assolutamente *periferica* rispetto al cuore del diritto patrimoniale"<sup>9</sup>.

---

prescinde da qualsiasi forma di colpa del coniuge, deve fondarsi esclusivamente sulla volontà della persona che intende porre fine al vincolo coniugale, in modo da consentire, in applicazione dell'art. 10. 1 della Costituzione spagnola, la libertà e il libero sviluppo delle prerogative della persona.

<sup>9</sup> Così G. RAMACCIONI, *I cd. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 1, p. 197.

Il modo di intendere la famiglia quale ordinamento originario, dotato di propria autonomia, e che si pone come limite ai poteri del legislatore, traeva spunto dalla teoria della pluralità degli ordinamenti e, in particolare, dalla formulazione dell'art. 29 Cost., il cui riferimento ai «diritti della famiglia» costituiva la base per dare rilevanza all'ordinamento familiare quale soggetto autonomo e originario. Sul punto cfr. C. GRASSETTI, *Famiglia (Diritto privato)*, cit., p. 49 ss. L'A. rileva come l'istituto della famiglia "[...] è pregiudiziale, è posto cioè prima ed indipendentemente da alcun intervento del legislatore". Egli, riferendosi ai «diritti della famiglia», così come individuati dall'art. 29 Cost., afferma che tale riferimento non si limita soltanto a riconoscere l'entità naturale della famiglia, ma assicura priorità costituzionale anche ai diritti che ne derivano.

Per i rilievi critici a tale impostazione cfr. P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, cit., p. 784 ss, secondo cui l'identificazione della famiglia in un ordinamento autonomo e originario, che trova l'avallo da parte dell'art. 29 Cost., trova il suo maggior limite nella considerazione che le relazioni familiari sono disciplinate, nei più vari aspetti, da norme di diritto positivo, da cui trae origine il concetto giuridico di famiglia. A ben vedere, infatti, nella formulazione della norma costituzionale si fa esplicito riferimento, tra l'altro, ai limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare, senza contare, inoltre, che

E tali ragionamenti, e la sostenuta impossibilità di verificare la responsabilità del familiare per i danni subiti da un altro membro del *consortium* familiare, si rinvennero anche negli ordinamenti di *common law*, in cui dall'elaborazione della dottrina dell'*unity of spouses*, secondo la quale *husband and wife are one person and that person is husband*<sup>10</sup>, derivava la materiale impossibilità di ipotizzare una qualsiasi pretesa risarcitoria<sup>11</sup>.

La fusione dell'identità legale dei coniugi precludeva alla moglie la possibilità di agire in giudizio e di essere convenuta se non nella persona del marito, derivandone così anche la negazione della legittimazione ad agire nei confronti dello stesso, perchè quest'ultimo avrebbe rivestito, nell'eventuale giudizio, la qualità di attore e di convenuto<sup>12</sup>.

---

l'art. 143 cod. civ. enuclea una serie di diritti e doveri nascenti dal matrimonio che assumono valenza giuridica. Da ciò l'A. afferma che “[...] pur attribuendo alla famiglia i caratteri di ordinamento autonomo ed originario, non si può non ammettere che il vincolo familiare è assunto ad elemento di fatto di una serie di norme di diritto statale e che allo stesso vengono collegati effetti giuridici e forme di tutela tipicamente statuali”.

<sup>10</sup> Così W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, I, Oxford, 1775, p. 430 ss. L'A., per spiegare gli effetti dell'immunità derivante dal matrimonio, afferma che “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”.

<sup>11</sup> Sul tema cfr. A. FAYOS GARDÓ, *Daños morales en las relaciones familiares: derecho de familia o de la responsabilidad civil*, in *Actualidad civil*, 2011, 14, p. 1562; R. TORINO, *Il risarcimento del danno in famiglia: profili comparatistici*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, P. CENDON (a cura di), Padova, 2004, p. 2673; C. WINOGRAD, *La acción de daños derivados de la violencia y el divorcio en la jurisprudencia norteamericana*, in *Revista de Derecho de Daños*, 2001, 2, p. 382; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 51.

<sup>12</sup> F. D. BUSNELLI – S. PATTI, *Il declino della immunity doctrine nei rapporti familiari*, in *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, p. 367; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 45 ss. L'A. rileva come nei paesi di *common law* il matrimonio comportasse una vera e propria limitazione nella sfera giuridica della donna, la quale perdeva la capacità d'agire e la capacità processuale. A ciò conseguiva che l'esercizio dell'azione risarcitoria spettava al marito anche nell'ipotesi in cui veniva commesso un illecito nei confronti della moglie. Al contrario, se commetteva atti illeciti doveva essere convenuta in giudizio con il marito. Da tutto ciò derivava anche l'impossibilità per i coniugi di agire

Tale assunto permise di elaborare il principio dell'*interspousal immunity*, che caratterizzò per lungo tempo il pensiero giuridico anglosassone e che impedì l'applicazione delle regole della responsabilità civile al rapporto tra i coniugi<sup>13</sup>.

Il superamento dell'*immunity* in questione iniziò il suo corso con l'emanazione dei *Married Women's Property Acts*, che introdussero, in Inghilterra e negli Stati Uniti, importanti novità legislative in tema di diritto di proprietà della donna e di capacità di contrattare. Tuttavia, nonostante le importanti disposizioni, che assicurarono alla donna sposata il diritto ad una proprietà separata e libera dal controllo del marito, trascorse molto tempo prima che si ponesse fine ad una concezione di immunità nei rapporti tra marito e moglie.

Per lunghi decenni le Corti continuarono, infatti, a giustificare l'impostazione tradizionale di inapplicabilità delle regole di responsabilità, richiamando esigenze di *public policy*, quali la tutela dell'armonia familiare e della pace domestica.

Nell'ordinamento giuridico inglese la dottrina dell'*interspousal immunity* vide il suo tramonto con l'entrata in vigore del *Law Reform (Husband and Wife) Act* del 1962, che ha previsto espressamente la possibilità per ciascun coniuge di agire in giudizio per ottenere la riparazione dei danni. Nell'esperienza statunitense il processo fu più lungo e travagliato, dato il generale sfavore che emergeva dall'applicazione di atti legislativi in deroga ai principi di *common law*.

---

l'uno contro l'altro, perchè "si sarebbe verificata una coincidenza di diritti ed obblighi in capo alla stessa persona".

<sup>13</sup> Cfr. C. EBENE COBELLI, *Il cammino verso l'uguaglianza tra i coniugi negli Stati Uniti di America e l'equal rights amendment*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 66 ss.

## **2. Il principio di uguaglianza e la pari dignità dei coniugi. Diritti e doveri coniugali**

Il tema della possibile applicazione degli statuti risarcitori ai rapporti endofamiliari non può dunque essere letto e compreso se non attraverso delle riflessioni che diano conto della centralità della persona anche all'interno delle dinamiche strettamente familiari.

Il passaggio dalla struttura dei rapporti familiari in senso piramidale, che caratterizzava la famiglia-istituzione, alla eguaglianza e pari dignità morale e giuridica dei coniugi, si deve all'applicazione dei principi costituzionali che assicurano tutela alla persona in quanto tale, intesa sia come singolo sia nell'ambito delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost<sup>14</sup>.

Il superamento dell'immunità e dei privilegi nello svolgimento della vita della famiglia si interseca dunque, necessariamente, con una maggiore attenzione allo sviluppo delle prerogative del singolo all'interno di qualsiasi formazione sociale.

Da tale riconsiderazione del valore della persona deriva non solo il superamento del principio dell'«interesse superiore della famiglia», ma anche quello delle «esigenze di unità» che caratterizzavano la disciplina

---

<sup>14</sup> Ciò si traduce nell'esigenza fondamentale della persona di realizzarsi all'interno e all'esterno della comunità familiare, attraverso i principi di libertà e solidarietà che informano la società naturale fondata sul matrimonio. I coniugi, infatti, pur essendo tenuti ad assistersi reciprocamente, dal punto di vista morale e materiale, devono poter esprimere e sviluppare la propria personalità anche all'interno di tale formazione sociale. Ciò si deve soprattutto ad una lettura costituzionale della famiglia ed alla corrispondente riduzione dei ruoli e delle autorità familiari che per lungo tempo hanno segnato una disuguaglianza nei rapporti morali e giuridici dei coniugi.

Il rapporto tra le esigenze individuali e l'interesse della famiglia non deve, infatti, essere interpretato necessariamente secondo la logica del conflitto e della prevalenza. Occorre, invece, come rilevato dalla dottrina, che esso operi attraverso il c.d. rapporto di implicazione, in cui gli interessi che talvolta possono essere contrapposti si implicano l'un l'altro “[...] fin quando non cade la scelta di fondo, cioè la solidarietà: allora il progetto individuale non tollera più i vincoli del gruppo, e, secondo il nostro diritto, ha in definitiva prevalenza”. Così P. ZATTI, *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2002, p. 23.

previgente, in cui il capofamiglia era investito di un potere di supremazia rispetto agli altri membri cui corrispondeva il dovere di soggezione, venendo, tra l'altro, meno qualsiasi forma di negozialità tra i coniugi durante lo svolgimento della vita matrimoniale<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> La disciplina dei rapporti personali tra i coniugi, così come previsto anche per gli aspetti patrimoniali della famiglia, è ormai ampiamente rispondente al principio di eguaglianza tra i coniugi. La Riforma del diritto di famiglia del 1975 ha, infatti, riformato la formulazione originaria dell'art. 145 cod. civ., secondo cui il marito era posto a capo della famiglia e aveva il compito di proteggere la moglie, tenerla presso di sé e mantenerla.

Sul punto cfr. F. RUSCELLO, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, in *Famiglia e matrimonio, Trattato di Diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2002, p. 729, secondo cui l'eguaglianza dei coniugi, sancita agli artt. 29 co. 2 Cost. e 143 co. 1 cod. civ., racchiude in sé non soltanto una parità in senso formale, ma anche in un significato sostanziale, senza alcuna distinzione, nei rapporti tra i coniugi, di poteri e di autorità. È da notare come il riferimento contenuto nell'art. 29 Cost., relativo alla salvaguardia dell'unità familiare, aveva consentito, prima dell'intervento legislativo di riforma, di giustificare in qualche modo la permanenza di una forma di autorità maritale. Tale impostazione fu in ogni caso superata dall'intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale riguardante proprio il tema dei rapporti tra il principio di eguaglianza e l'unità familiare, la cui interpretazione, in applicazione dei valori costituzionali, doveva necessariamente passare attraverso l'effettiva realizzazione della parità dei rapporti.

La disciplina civilistica della famiglia, infatti, è oggi improntata al “[...] principio in base al quale al marito e alla moglie, in quanto persone tutelate per il loro essere, prima ancora che come coniugi, è assegnata la stessa dignità ‘giuridica’ e ‘morale’”. L’A., inoltre, nel chiarire il contenuto da riconoscere all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ne specifica la sostanza, attribuendo alla norma di cui al co. 1 dell'art. 143 cod. civ. il significato di “identica dignità”, e non di “mera identità di comportamenti”, la cui finalità si realizza nella rimozione di tutti quegli ostacoli idonei a comprometterne l'attuazione.

Sulla ricostruzione della disciplina previgente e sulle novità introdotte dalla riforma del diritto di famiglia si vedano, tra gli altri, F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, p. 36 ss; M. PARADISO, *sub art. 143 cod. civ., Diritti e doveri dei coniugi e principio di uguaglianza*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2012, p. 3 ss; C. M. BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2014, p. 57 ss; P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1996, *passim*; M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, p. 281; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 8 ss; P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 72 ss; S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, cit., *passim*; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, *passim*; M. BESSONE, *Eguaglianza giuridica e morale dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Pol. dir.*, 1976, p. 217 ss; G. SBISÀ, *Appunti sulla riforma del diritto di*

L'assetto costituzionale, in gran parte realizzato dalla Legge di riforma del diritto di famiglia 19 maggio 1975, n. 151, ha così sovvertito l'impianto normativo dettato dal legislatore del 1942, ponendo i coniugi in una situazione di parità e di uguaglianza e dotandoli dei medesimi diritti e doveri che gli stessi acquistano con la celebrazione del matrimonio<sup>16</sup>. E le nuove norme che il legislatore ha dettato in tema di famiglia devono comunque essere sempre interpretate alla luce dei principi costituzionali di uguaglianza e pari dignità morale e giuridica: in modo che garantiscano il rispetto della "(eguale) libertà dei coniugi con la loro (eguale) responsabilità nell'attuazione della vita familiare"<sup>17</sup>.

A ciò consegue che il riferimento contenuto nell'art. 144 cod. civ. in merito al principio dell'accordo, relativo alle esigenze preminenti della famiglia, deve essere inteso come "momento di *sintesi e convergenza*, di *equilibrio e composizione* degli interessi facenti capo ai singoli componenti la

---

*famiglia*, Milano, 1976, *passim*; P. RESCIGNO, *L'eguaglianza dei coniugi nell'ordinamento dei paesi della comunità europea*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975, p. 19 ss; ID., *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 214 ss.

<sup>16</sup> La struttura e la *ratio* del Codice civile del 1942, ispirato a promuovere soprattutto il soggetto economico, e improntato ad un'idea gerarchica ed autoritaria delle relazioni umane, mal si conciliava con i principi della Costituzione del 1948, le cui scelte ideologiche hanno avuto l'effetto di sovvertire l'ordine gerarchico predisposto dal legislatore del 1942 e i cui valori sono incentrati al rispetto della dignità della persona. Il confronto tra le due discipline, benché le stesse siano state emanate a pochissimi anni di distanza l'una dall'altra, fa emergere due concezioni dei rapporti familiari profondamente diverse nella struttura e nella *ratio*, quasi a voler testimoniare un improvviso mutamento della realtà socio- culturale di quegli anni.

In questo quadro, soltanto a partire dai primi anni settanta, e indicativamente in concomitanza con l'emanazione della L. 898/1970 che ha introdotto il divorzio nel nostro ordinamento, la Corte Costituzionale ha assunto un ruolo decisivo nell'opera di adeguamento della legge ordinaria ai principi di rango costituzionale riguardanti la famiglia, tanto è vero che tali interventi costituiscono un solido punto di partenza per l'opera riformatrice del legislatore che proprio in quegli anni si apprestava ad emanare la Riforma del diritto di famiglia. Cfr., tra le altre, Corte Cost., 13 luglio 1970, n. 128, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1576; Corte Cost., 19 dicembre 1968, n. 127, in *Foro it.*, 1969, I, p. 4.

<sup>17</sup> Così M. PARADISO, *sub art. 143 cod. civ.*, cit. p. 20.

comunità”<sup>18</sup> e non nel senso di assoluta superiorità dell’interesse familiare a discapito delle prerogative individuali dei singoli membri della famiglia. La necessità di armonizzazione di cui si discute non riguarda, invece, i diritti fondamentali della persona, che in ogni caso devono essere esercitati nel rispetto della libertà altrui.

In tale contesto, la formulazione vigente dell’art. 143 cod. civ., nel sancire la reciprocità dei diritti e dei doveri coniugali, fa riferimento in primo luogo alla fedeltà (e solo successivamente agli obblighi di assistenza, collaborazione e coabitazione). Si tratta, infatti, di un “obbligo riassuntivo dell’essenza giuridica del matrimonio”<sup>19</sup> che deve essere interpretato nel significato di non tradire la devozione e la fiducia cui sono tenuti i coniugi a seguito dell’impegno matrimoniale. Occorre poi sottolineare che l’elencazione contenuta nella norma non può considerarsi esaustiva, in quanto oltre a tali diritti e doveri devono annoverarsi anche quelli «impliciti» alla condizione coniugale e che si pongono quale corollario alle situazioni protette dall’ordinamento giuridico<sup>20</sup>. La condizione coniugale, infatti, comporta anche l’obbligo di rispettare la persona del coniuge, nella sua libertà, dignità e riservatezza<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>19</sup> L’espressione è di M. PARADISO, *sub art. 143 cod. civ.*, cit. p. 32.

<sup>20</sup> Cfr. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2011, p. 57 ss.

<sup>21</sup> Oltre alle previsioni tipiche di cui agli artt. 143 ss. cod. civ., occorre considerare anche il nucleo di situazioni implicite che aggiungono contenuti e pretese a quello che il legislatore ha delineato come il nucleo minimo inderogabile di doveri, e di corrispettivi diritti, su cui si fonda il rapporto familiare, ovvero, la fedeltà, l’assistenza, la collaborazione e la coabitazione, oltre ai rapporti di natura patrimoniale che determinano il sorgere di obblighi di diversa natura. In questo senso può parlarsi di doveri derivanti dal matrimonio non espressamente previsti, ma ciò a condizione che si rispetti non soltanto la compatibilità degli stessi ai doveri «nominati» di cui all’art. 143 cod. civ., ma che vi si ravvisi anche un solido fondamento per la loro esigibilità concreta. Da ciò si può evincere con sufficiente certezza che l’elencazione degli obblighi contenuta nella norma richiamata non costituisce un *numerus clausus* di posizioni giuridiche, ma è volta soprattutto ad individuare alcuni «beni» fondamentali idonei a determinare l’esistenza della famiglia fondata sul matrimonio. Diversamente, così come rilevano gli studi della

Sempre a riguardo della fedeltà, occorre sottolineare che, secondo la più recente dottrina, non si riferisce solo all'esclusività dei rapporti sessuali e a quello *ius in corpus* cui in passato si ricollegava il significato di tale nozione, ma anche al rispetto della vita più intima dell'altro coniuge “nella triplice sfera sentimentale, sessuale e generativa”<sup>22</sup>. Anche la giurisprudenza ha optato nel corso degli anni per una nozione più ampia di fedeltà, da intendere nel significato di astensione da ogni comportamento idoneo a tradire la fiducia e la sensibilità reciproca, minando l'equilibrio spirituale che lega gli sposi<sup>23</sup>. In tal senso, essa si avvicinerrebbe alla nozione di lealtà, assumendo una portata più ampia che “si traduce nella

---

dottrina, si correrebbe il rischio di ancorare l'attività dell'interprete alla limitata ricerca riguardante l'estensione dei diritti- doveri tipicamente individuati dall'art. 143 cod. civ.

Sul punto cfr., tra gli altri, P. ZATTI, *Il problema della determinazione dei doveri coniugali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1996, p. 13 ss.

<sup>22</sup> Così M. SESTA, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Milano, 2008, p. 112, secondo cui il dovere di fedeltà “[...] richiama il concetto di lealtà e si concretizza, quindi, nel dovere di dedizione sia fisica che spirituale, nel dovere di non tradire la fiducia dell'altro coniuge, di rispettarne la dignità e di astenersi da comportamenti incompatibili con la scelta di vita familiare [...]”. Sull'interpretazione della nozione di fedeltà cfr., B. SACCÀ, *Il matrimonio*, in *Trattato dei nuovi danni* diretto da P. Cendon, Padova, 2011, p. 8; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, p. 53; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, Parte IV, *La Famiglia*, Padova, 2010, p. 588, secondo cui “In passato questo dovere era inteso, più limitatamente, come dovere di astensione da rapporti extraconiugali di natura sessuale; è poi prevalsa una tendenza estensiva: vi si ricomprensce anche il dovere di astenersi da relazioni platoniche”; R. TOMMASINI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, cit., p. 426, secondo cui, “[...] l'obbligo di fedeltà non è più strettamente correlato al diritto di esclusiva sessuale, ma va assumendo sempre più la valenza espressa dai principi di lealtà e rispetto della personalità umana nell'ambito della comunità familiare”; B. DE FILIPPIS, *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2003, *passim*; P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, cit., p. 18 ss; F. D. BUSNELLI, *Significato attuale del dovere di fedeltà coniugale*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975, p. 280; ID, *Il dovere di fedeltà coniugale, oggi*, in *Giur. it.*, 1975, IV, p. 152.

<sup>23</sup> Cfr., Cass. 11 giugno 2008, n. 15557, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1286; Cass. 18 settembre 1997, n. 9287, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2383; Cass. 23 marzo 1976, n. 1045, in *Foro it.*, 1976, I, 1, p. 1218.

capacità di saper sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia e dal sodalizio che su di esso si fonda”<sup>24</sup>. Da ciò discende che per l’adempimento di tale dovere e per la configurazione di una violazione dello stesso, dovrà valutarsi il contegno complessivo dei coniugi, inteso anche come scelta di indirizzo da attribuire alla vita familiare e quale bene dell’unità della famiglia<sup>25</sup>.

Al pari del dovere di fedeltà, anche i doveri di assistenza, collaborazione e coabitazione sono venuti ad acquisire un significato più ampio rispetto al passato, nell’ottica della reciprocità di tali diritti e doveri e di parità nella gestione dei rapporti familiari.

Approccio analogo è seguito nell’ordinamento giuridico spagnolo. Il principio di uguaglianza tra i coniugi è sancito agli artt. 66 del Código civil, in cui il legislatore ha stabilito che “los cónyuges son iguales en derechos y deberes”, e 32.1 della Costituzione spagnola del 1978, che si ricollega, rispettivamente, a quanto stabilito dall’art. 10, secondo cui la dignità della persona, i diritti inviolabili che le sono connaturati, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono fondamento dell’ordine politico e della pace sociale, e a quanto dispone l’art. 14 in tema di uguaglianza di tutti i cittadini, prescindendo, tra l’altro, da qualsiasi condizione o circostanza personale o sociale.

---

<sup>24</sup> Così Cass. 18 settembre 1997, n. 9287, cit. In questo senso cfr. Cass. 11 giugno 2008, n. 15557, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1286; Cass. 18 settembre 1997, n. 9287, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2383; Cass. 23 marzo 1976, n. 1045, in *Foro it.*, 1976, I, 1, p. 1218.

<sup>25</sup> Cfr M. PARADISO, *sub art. 143 cod. civ.*, cit., p. 66. Sul punto cfr. anche M. SESTA, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., p. 114, secondo cui la rilevanza complessiva di tale dovere attiene dunque alla realizzazione della comunione spirituale propria del matrimonio ed assume rilevanza anche nell’ipotesi in cui la violazione sia solo «apparente», tale da generare possibili sospetti di infedeltà idonei a ledere la dignità e l’onore dell’altro coniuge. Ciò avviene per lo più quando la vicinanza tra due persone desti, nel contesto sociale dei coniugi, “una notorietà equivalente a quella che avrebbe acquisito l’adulterio effettivo, tale, quindi, da assumere un’analogia portata lesiva della sensibilità e del decoro dell’altro coniuge”.

La disciplina dei rapporti personali tra i coniugi è contenuta nel Libro I dello stesso codice, agli artt. 67 e 68<sup>26</sup>: si tratta specificamente del diritto-dovere di convivenza, assistenza, rispetto e fedeltà<sup>27</sup>.

In particolare, il dovere di convivenza ha carattere strumentale rispetto all'osservanza degli altri doveri previsti dal Código civil. Il contenuto di tale obbligo è disciplinato dall'art. 69, ove è indicato che salvo prova contraria i coniugi vivono insieme e tale presunzione viene meno soltanto quando uno o entrambi i coniugi esercitano l'azione di nullità, separazione o divorzio. Il successivo art. 70 prevede, invece, che i coniugi devono fissare di comune accordo il domicilio coniugale e in caso di disaccordo sarà il giudice a risolvere la questione, tenendo conto dell'interesse della famiglia.

Il dovere di assistenza riguarda non soltanto la sfera personale e morale dei coniugi, ma anche l'aspetto patrimoniale, confondendosi, in parte, con il dovere di corrispondere gli alimenti all'altro coniuge e con l'obbligo di contribuire al soddisfacimento dei bisogni della famiglia.

L'inosservanza del dovere di assistenza, così come avviene per l'obbligo di convivenza, può integrare il delitto di abbandono della famiglia.

Il dovere di rispetto, in applicazione dell'art. 15 CE, richiede che i coniugi si astengano dal compiere atti che possano provocare la lesione all'integrità fisica o morale degli stessi, comprese quelle condotte che possano ledere

---

<sup>26</sup> L'art. 67 del Código civil dispone che "Los conyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia". L'art. 68 stabilisce che "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo".

<sup>27</sup> Sul tema cfr. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE – P. CHAPARRO MATAMOROS, *Requisitos y efectos del matrimonio*, in *Derecho Civil IV, Derecho de familia*, J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (Coord.), Sevilla, 2013, p. 61 ss; V. RIVERA SABATÉS, *Acerca del contenido del deber de fidelidad conyugal*, in *Actualidad civil*, 2008, 3, p. 273.

anche altri diritti della personalità, quali il diritto all'onore e alla riservatezza<sup>28</sup>.

Il dovere di fedeltà fa, invece, riferimento sia all'obbligo di ciascun coniuge di astenersi dall'intrattenere relazioni sessuali con terzi<sup>29</sup> sia al dovere di devozione reciproca intesa nel senso di lealtà e fiducia propria della comunione spirituale dei coniugi.

Come detto, l'introduzione del principio di parità morale e giuridica dei coniugi, e la conseguente ridefinizione dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal matrimonio, è certamente alla base della rivisitazione dei rapporti tra il diritto di famiglia e i rimedi generali di responsabilità, sebbene vi siano altri elementi che hanno favorito il cambiamento.

### **3. Immunità e resistenze nell'ottica della specialità del diritto di famiglia**

Per comprendere a fondo le ragioni dell'immunità e dei privilegi che per lungo tempo hanno caratterizzato tale settore dell'ordinamento, occorre tuttavia meglio approfondire le argomentazioni con le quali si escludeva il rimedio risarcitorio nelle relazioni familiari.

---

<sup>28</sup> Sul tema cfr. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE – P. CHAPARRO MATAMOROS, *Requisitos y efectos del matrimonio*, in *Derecho Civil IV, Derecho de familia*, cit., p. 62 ss, in cui gli A. chiariscono che il legame coniugale non impedisce ad entrambi i coniugi di coltivare un ambito proprio e riservato di intimità, che appartiene esclusivamente alla persona. Si tratta del diritto alla segretezza della corrispondenza, delle conversazioni telefoniche e telematiche. L'intromissione illegittima nella sfera privata dell'altro coniuge può legittimare l'esercizio di un'azione risarcitoria, ai sensi dell'art. 9 della LO 1/1982, de 5 de mayo; A. M. CASTILLO, *Protección civil del honor, la intimidación personal y familiar y el derecho a la propia imagen*, in *Actualidad civil*, 2009, 2, p. 243 ss. In giurisprudenza cfr., in particolare, Tribunal Supremo 14 mayo 2001 (Tol 31355) e Tribunal Supremo 20 junio 2003 (Tol 293934).

<sup>29</sup> V. RIVERA SABATÉS, *Acerca del contenido del deber de fidelidad conyugal*, cit., p. 273.

Le giustificazioni legate al momento storico da cui muove l'evoluzione della famiglia, che naturalmente costituisce lo specchio della realtà sociale ed economica nella quale si inserisce, non rappresentano infatti le uniche argomentazioni che indirizzavano dottrina e giurisprudenza ad escludere, in Italia e in Spagna, l'azione risarcitoria nell'ipotesi di violazione dei doveri coniugali.

L'«immunità» di cui si discute in queste pagine, sebbene sia profondamente legata alla concezione autoritaria delle relazioni familiari, trae le sue giustificazioni anche dal modo in cui il legislatore ha disciplinato le due differenti materie (della famiglia e della responsabilità). E, in effetti, si vedrà come le maggiori perplessità che ancora oggi permangono all'applicabilità dei rimedi generali al diritto di famiglia derivano sostanzialmente da considerazioni di incompatibilità tra le due discipline.

Si riteneva, infatti, che le regole del diritto di famiglia, data la specificità dei rapporti che è chiamato a disciplinare, integrassero un sistema chiuso, in cui la violazione del dovere coniugale dovesse trovare composizione attraverso i rimedi tipici di tale settore dell'ordinamento e, dunque, senza lasciare spazio alcuno ai rimedi di carattere generale, considerati incompatibili con la natura dei rapporti personali che intercorrono nelle relazioni familiari<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Si vedano, tra le altre, Cass. 22 marzo 1993, n. 3367 e 6 aprile 1993, n. 4108, in *Giust. civ.*, 1993, p. 624. A pochi anni di distanza da queste decisioni, in cui si escludeva la risarcibilità dei danni derivanti dalla violazione dei doveri coniugali, la stessa Corte riconosceva, in *obiter*, l'ammissibilità in tali ipotesi della riparazione del danno, salvo poi escludere nel caso concreto l'accoglimento della domanda risarcitoria. Cfr. Cass. 26 maggio 1995, n. 5866, in *Giur. it.*, 1997, 1, p. 843 ss, in cui la Corte di Cassazione rilevò che "l'addebito della separazione, di per sé considerato, non è fonte di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., determinando, nel concorso delle altre circostanze specificamente previste dalla legge, solo il diritto del coniuge incolpevole al mantenimento. Pertanto, la risarcibilità dei danni ulteriori è configurabile solo se i fatti che hanno dato luogo all'addebito integrano gli estremi dell'illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità espressa dalla norma citata".

Le difficoltà ad ammettere l'applicazione di tali regole e, dunque, a coniugare famiglia e rimedi generali, derivavano dalla considerazione del rapporto coniugale quale fatto strettamente privato<sup>31</sup>, regolato da specifici diritti e doveri “enunciati dal legislatore e riempiti di contenuti dai coniugi”<sup>32</sup>.

Ciò sulla base del criterio della «sufficienza» dei rimedi offerti dalla disciplina civilistica della famiglia e sul presupposto che l'entità famiglia è stata da sempre considerata “quale luogo privilegiato di composizione di contrasti”<sup>33</sup>.

Le ragioni volte a negare l'applicabilità delle regole di responsabilità erano le più svariate e facevano leva innanzitutto sulla presunta, peraltro mai dimostrata, completezza del diritto di famiglia che in alcun modo

---

Per un trattazione degli aspetti riguardanti la ricostruzione delle cause che escludevano la risarcibilità del danno tra i coniugi, cfr. A. ASTONE, *I danni alla persona e la famiglia*, in M. FORTINO (a cura di), *I danni ingiusti alla persona*, Padova, 2009, p. 283; P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, cit., p. 18-19, secondo cui la previsione di istituti quali la separazione, l'addebito, il divorzio e le relative sanzioni previste dagli stessi, costituivano la dimostrazione che il legislatore intendeva sottrarre il diritto di famiglia alla disciplina comune.

<sup>31</sup> Cfr., M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve «generare» diritti al di là della legge*, cit., p. 49 ss, secondo il quale, nel rapporto coniugale, non può farsi riferimento alle regole di responsabilità extracontrattuale e ciò in quanto la responsabilità civile è un istituto volto a tutelare la persona dagli illeciti commessi da terzi estranei.

<sup>32</sup> Così A. ASTONE, *I danni alla persona e la famiglia*, cit., p. 283. L'A. rileva come tali resistenze traevano origine da orientamenti risalenti al periodo antecedente alla Riforma del diritto di famiglia, in cui era radicata l'idea della superiorità del bene famiglia rispetto agli interessi dei singoli appartenenti al nucleo familiare. Il superiore interesse familiare era, infatti, idoneo a sacrificare la libertà, la riservatezza e la dignità di ciascun componente della famiglia.

<sup>33</sup> Sul tema cfr. V. CARBONE, *Tutela dei valori costituzionali della persona e status coniugale: risarcibile il danno morale da adulterio*, in *Corr. giur.*, 2011, 12, p. 1634, secondo cui “oggi la roccia che circondava la società naturale dell'istituzione familiare si è aperta, lasciando che il diritto la attraversi, regolando i rapporti tra i coniugi e tra questi e i figli”; A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1949, p. 57 ss, il quale considerava la famiglia “una roccia che il mare del diritto lambisce, ma non attraversa”.

«tollerava» l'applicazione della disciplina comune. La tesi della «separatezza» tra i due settori in questione si rinveniva anche sulla base del principio generale secondo cui *lex specialis derogat generali*, la cui applicazione escluderebbe la cumulabilità delle relative discipline.

Il riconoscimento dell'azione di risarcimento del danno nel contesto familiare avrebbe potuto provocare, secondo tale indirizzo, un'alterazione dell'esigenza di salvaguardia della libertà dei coniugi, con l'effetto di aumentare la conflittualità e la litigiosità dei rapporti, costituendo tale azione un vero e proprio strumento di ricatto<sup>34</sup>.

A ciò si ricollegava un'ulteriore argomentazione volta alla riaffermazione della specificità delle previsioni normative in tema familiare, ovvero quella relativa alla negazione della valenza giuridica dei doveri coniugali, che faceva leva sul carattere *sui generis* delle obbligazioni nascenti dal matrimonio<sup>35</sup>, ad eccezione del dovere di contribuzione avente natura puramente patrimoniale, e in cui il legislatore si limita ad elencare il catalogo dei diritti e dei doveri coniugali, il cui contenuto è sostanzialmente rimesso all'autonomia e all'accordo tra i coniugi. Si trattava, secondo

---

<sup>34</sup> Cfr. A. ASTONE, *I danni alla persona e la famiglia*, cit., p. 287; A. MORACE PINELLI, *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 107. L'A. pone in evidenza che l'applicazione del rimedio generale *ex art.* 2043 cod. civ. “[...] ben lungi dal garantire la dignità personale dei coniugi, costituirà, nella pratica, un'ulteriore arma di ricatto, destinata ad aumentare la litigiosità e la sofferenza della prole coinvolta nella contesa”.

Anche negli ordinamenti anglosassoni, dopo il superamento del principio dell'*unity of spouses*, le Corti, al fine di giustificare l'operatività dell'*immunity* tra i coniugi, richiamavano le esigenze di tutela dell'armonia familiare e della pace domestica. Si riteneva, infatti, che esse dovessero ritenersi prevalenti rispetto agli interessi che giustificavano l'applicazione delle regole di responsabilità, senza, di fatto, prendere in considerazione quelle ipotesi in cui il danno fosse stato provocato intenzionalmente o dalle quali derivava l'uccisione del coniuge.

<sup>35</sup> Cfr. F. RUSCELLO, *I diritti e doveri nascenti dal matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2000, *passim*; V. ROPPO, *Coniugi. I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, 1988, p. 5; A. C. JEMOLO, *Sul diritto di famiglia (pensieri di un malpensante)*, in *Studi in onore di Scaduto*, I, Padova, 1970, p. 561.

questa impostazione, di diritti e di doveri a carattere morale, la cui osservanza doveva essere rimessa all'esclusiva spontaneità dei coniugi.

Anche la dottrina spagnola fondava la specificità dei rapporti familiari sul presupposto della non giuridicità dei doveri nascenti dal matrimonio. Tale argomentazione, sebbene traesse spunto da una decisione piuttosto recente del *Tribunal Supremo*<sup>36</sup>, secondo cui l'inosservanza dei doveri coniugali di cui agli artt. 67 e 68 del Codice civile spagnolo provoca riprovazione dal punto di vista etico e sociale, deve ritenersi ormai superata: la dottrina maggioritaria si è, infatti, espressa sulla questione nel senso di ritenere che i doveri coniugali non rappresentino meri obblighi di coscienza previsti per una vita matrimoniale felice, ma costituiscano autentici obblighi giuridici<sup>37</sup>. Se così non fosse, non si troverebbero inclusi tra gli effetti del matrimonio, né tantomeno gli artt. 67 e 68 del cod. civ. spagnolo utilizzerebbero, nell'enunciarli, espressioni che ne richiamano l'indubbia doverosità.

Per rimarcare la giuridicità di tali doveri gli interpreti spagnoli muovono un'ulteriore considerazione, fondando l'eventuale esclusione della natura giuridica degli stessi nel venir meno della causa stessa del negozio giuridico matrimoniale e, di conseguenza, nell'applicazione degli istituti della simulazione e della riserva mentale quale causa di invalidità del matrimonio, così come stabilito dall'art. 73 co. 1 del Codice civile spagnolo.

A fondamento della ricostruzione in termini di vincolatività giuridica di tali doveri, gli interpreti richiamano, in più di un'occasione, la giurisprudenza italiana che ne sancisce apertamente la natura giuridica<sup>38</sup>. Non vale ad escluderne la giuridicità neppure il rilievo che il legislatore abbia

<sup>36</sup> Cfr. Tribunal Supremo 30 luglio 1999 (RJ 1999, 5726); SAP Segovia 30 settembre 2003 (JUR 2003, 244422).

<sup>37</sup> Cfr. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE – P. CHAPARRO MATAMOROS, *Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales*, in *Responsabilidad Civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Navarra, 2012, p. 107.

<sup>38</sup> Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. e dir.*, 2005, 4, p. 365 ss.

provveduto ad eliminare dalle cause di separazione l'inosservanza dei doveri matrimoniali, attraverso l'intervento legislativo operato dalla riforma 15/2005, la cui *ratio* è, invece, da individuarsi nell'esigenza di innovazione della disciplina della crisi della famiglia, avente la finalità di valorizzare l'aspetto della mera volontà di uno o di entrambi i coniugi di porre fine al vincolo coniugale. In altre parole, all'inosservanza degli obblighi matrimoniali quale causa di separazione non si fa più riferimento non già perché essa non costituisca possibile causa di separazione, ma perché è causa possibile ma non necessaria, considerato il principio di libertà di uscita dal matrimonio esistente nell'ordinamento giuridico spagnolo.

Tale rilievo si coglie soprattutto nella lettura dei motivi della riforma richiamata, in cui l'introduzione della nuova disciplina si inserisce tra quegli interventi volti all'attuazione del principio costituzionale del libero sviluppo della personalità e nell'idea che, nel momento in cui la persona del coniuge matura la convinzione che quel legame matrimoniale non rispecchi più le proprie prerogative, allora l'ordinamento ha il compito di predisporre gli istituti che consentano di accedere in via immediata alla separazione e al divorzio, senza l'onere di dimostrare la concorrenza di altre cause che impediscano il proseguimento della vita matrimoniale.

Ancora prima dell'entrata in vigore della riforma del 2005, parte della dottrina e la giurisprudenza escludevano l'applicazione del rimedio risarcitorio sostenendo che la violazione dei doveri coniugali fosse già una causa di separazione e che, pertanto, non avrebbe potuto produrre alcun effetto ulteriore al di fuori di quelli previsti dalla legge.

Infine, con l'obiettivo di sostenere la specificità dei rimedi del diritto di famiglia, si cercò anche di dimostrare che fosse già previsto un istituto, la *pensión compensatoria*, volto alla composizione dei conflitti in tema di crisi

familiare<sup>39</sup>. Si tratta di una obiezione definitivamente superata data l'incompatibilità di tale istituto rispetto alle regole di responsabilità: esso, infatti, risponde ad esigenze oggettive di correzione dello squilibrio economico in cui viene eventualmente a trovarsi il coniuge a causa del divorzio. Inoltre, le due discipline sono deputate a scopi di diversa natura e non è detto che vi sia necessaria coincidenza tra il coniuge che ha diritto a percepire la *pensión compensatoria* e quello che ha diritto al risarcimento.

#### **4. Il superamento dell'immunità tra fatto illecito e responsabilità da inadempimento**

Se, come si è visto, le tradizionali resistenze volte ad avvalorare la specificità della disciplina dei rapporti familiari si intendono definitivamente superate dalla quasi totalità degli studiosi della materia, lo stesso non può dirsi per le questioni che riguardano la natura della responsabilità da violazione dei doveri coniugali.

Come si avrà modo di vedere, di fronte ad un indirizzo giurisprudenziale, di legittimità e di merito, orientato in modo costante alla qualificazione della responsabilità del coniuge in termini di responsabilità aquiliana<sup>40</sup>, cui segue

---

<sup>39</sup> Sul tema cfr. C. V. LÓPEZ HERNÁNDEZ, *Pensión compensatoria o Compensación Económica en casos de divorcio y separaciones*, in *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2010, 24, p. 286 ss; J. R. DE VERDA Y BEAMONTE – P. CHAPARRO MATAMOROS, *Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales*, cit., p. 117 ss; ID., *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, in *La Ley*, 2007, n. 6676.

<sup>40</sup> Per le sentenze di legittimità cfr. Cass. 22 novembre 2013, n. 26205, in *Danno e resp.*, 2014, 7, p. 716 ss; Cass. 1 giugno 2012, n. 8862, in *Fam. e dir.*, 2013, 2, p. 123; Cass. 10 aprile 2012, n. 5652, in *Il civilista*, 2012, 5, p. 25; Cass. 15 settembre 2011, n. 18853 e Cass. 17 gennaio 2012, n. 610, in *Fam. e dir.*, 2012, 3, p. 254; Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit., p. 1165. Prima dell'arresto del 2005 il Supremo Collegio si era già espresso in senso favorevole alla risarcibilità del danno endofamiliare relativamente, però, ad un'ipotesi differente da quella derivante dalla violazione dei doveri coniugali. Nello

una dottrina ormai maggioritaria<sup>41</sup>, emergono comunque non poche perplessità in ordine alla compatibilità di tale rimedio rispetto alla natura della relazione coniugale<sup>42</sup>.

---

specifico, infatti, si trattava di un illecito compiuto da un genitore nei confronti del figlio. Si veda Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.*, 2001, I, p. 187 ss.

Per le decisioni di merito cfr., *ex plurimis*, Tribunale di Roma 12 novembre 2013 n. 22648, *ined.*; Tribunale di Belluno 8 marzo 2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 9, p. 800; Tribunale di Venezia 14 maggio 2009, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 1147; Tribunale di Trento 22 giugno 2007, in *Resp. civ.*, 2009, p. 378; Tribunale di Reggio Calabria 23 novembre 2007 e Tribunale di Lodi 16 aprile 2007, in *Fam. e min.*, 2007, X, p. 88; Tribunale di Firenze 23 marzo 2006, in *Dir. famiglia*, 2007, p. 1659; Corte d'Appello di Milano 12 aprile 2006, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 515; Tribunale di Venezia 3 luglio 2006, in *Giur. merito*, 2006, p. 2178; Tribunale di Brescia 14 ottobre 2006, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 57; Tribunale di Milano 7 marzo 2002, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1211 ss; Tribunale di Milano 4 giugno 2002, in *Giur. it.*, 2002, p. 2290; Tribunale di Milano 24 settembre 2002, in *Resp. civ.*, 2003, p. 465 ss; Tribunale di Savona 5 dicembre 2002, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 248 ss; Tribunale di Firenze 13 giugno 2000, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 161 ss; Tribunale di Milano 10 febbraio 1999, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 185 ss.

<sup>41</sup> Tra i maggiori esponenti della dottrina prevalente si vedano, tra i tanti, G. FACCI, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno: un ulteriore intervento della S.C.*, in *Fam. e dir.*, 2013, 2, p. 125; ID., *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, in *Nuovi percorsi di diritto di famiglia* diretto da M. Sesta, Milano, 2009, p. 5; E. CAMILLERI, *Violazione dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 6, p. 433; ID., *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1, p. 145; V. CARBONE, *Tutela dei valori costituzionali della persona e status coniugale: risarcibile il danno morale da adulterio*, cit., p. 1633; G. CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale: il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padova, 2006, *passim*; P. CENDON, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2005, 4, p. 372; M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione «arriva» in Cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 365; G. FERRANDO, *Crisi coniugale e responsabilità civile*, in *Rapporti familiari e responsabilità civile*, F. LONGO (a cura di), Torino, 2004, p. 48; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., *passim*.

<sup>42</sup> Per le critiche alla dottrina maggioritaria si veda soprattutto A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, p. 1220 ss; ID., *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*, cit., p. 98 ss; L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Torino, 2013, *passim*; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 1, p. 14 ss; G. DI ROSA, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, A. ZOPPINI-M. MAUGERI (a cura di), Bologna, 2009, p. 407 ss; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di*

L'aspetto che più di ogni altro lascia sorgere interrogativi, e che riguarda un punto difficile da contraddire, è quello legato alla compatibilità dell'illecito extracontrattuale con un legame (pre)esistente tra i coniugi e, più in generale, tra i componenti della comunità familiare<sup>43</sup>.

Si tratta di orientamenti contrari che, pur ammettendo l'ormai innegabile superamento del dogma dell'immunità della famiglia, riconducono la violazione del dovere coniugale all'area della responsabilità da inadempimento. Si propende, anche se non esclusivamente, per una lettura del vincolo familiare in termini di rapporto obbligatorio senza dovere primario di prestazione, in cui verrebbero in rilievo i c.d. doveri di protezione<sup>44</sup>, facendo emergere l'importanza della preesistente relazionalità dei soggetti e del particolare contatto sociale che ne caratterizza il rapporto. Si muove, in particolare, dalla constatazione che l'appartenenza al gruppo familiare origina da una relazione qualificata che dà luogo ad uno *status*, che evoca già di per sé la diversa valutazione di fatti e comportamenti<sup>45</sup>.

Anche nel panorama scientifico spagnolo il superamento dell'idea di completezza e specificità del diritto di famiglia è coinciso con il sorgere del dibattito riguardante la natura della responsabilità da violazione dei doveri coniugali, sebbene la dottrina maggioritaria sia orientata nel senso di

---

*protezione e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 4, p. 929 ss; G. RAMACCIONI, *I cd. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, cit., p. 197; G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, cit., p. 200; O. B. CASTAGNARO, *Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali*, cit., p. 2291; L. LENTI, *Famiglia e danno esistenziale*, in *Il danno esistenziale*, P. CENDON – P. ZIVIZ (a cura di), Milano, 2000, p. 255 ss.

<sup>43</sup> M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p. 14 ss.

<sup>44</sup> A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 929.

<sup>45</sup> L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., p. 51. L'A., nell'esaminare l'incidenza dello *status familiae* sui diritti della personalità, afferma che l'appartenenza ad una comunità familiare determina una speciale configurazione delle sfere giuridiche dei coniugi, chiarendo che "ciò che secondo il diritto comune è esercizio di una libertà, alla luce delle regole familiari può configurarsi quale violazione di uno specifico dovere".

qualificarla come responsabilità extracontrattuale<sup>46</sup>. Non mancano tuttavia indirizzi contrari volti a riconoscere l'incompatibilità di tale rimedio con la natura del rapporto familiare<sup>47</sup>.

## **5. Definizione dell'ambito di indagine e precisazioni sul tema della responsabilità endofamiliare**

Offerta questa pur brevissima introduzione occorre a questo punto indicare le questioni che verranno approfondite nel prosieguo dell'indagine.

Si procederà partendo dall'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni per dare conto delle ragioni che giustificherebbero la soluzione aquiliana, riservando altrettanto spazio alle criticità che solleva tale impostazione e all'alternativa contrattuale della responsabilità familiare.

Non ultime in ordine di importanza le riflessioni in termini di politica del diritto, attraverso le quali ci si dovrà interrogare sulle conseguenze dell'applicazione delle regole di responsabilità nella famiglia, anche in una prospettiva di continua privatizzazione dei rapporti familiari, sempre più orientati ai temi della contrattualizzazione<sup>48</sup>. Negli ultimi anni la

---

<sup>46</sup> Cfr., tra gli altri, J. R. DE VERDA Y BEAMONTE – P. CHAPARRO MATAMOROS, *Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales*, cit., p. 103 ss; E. A. PRATS, *Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil*, in *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, J. A. M. MARTINEZ (Coord.), Madrid, 2012, p. 11 ss; M. B. SÁINZ- CANTERO CAPARRÓS – A. M. PÉREZ VALLEJO, *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Granada, 2012, p. 1 ss; I. VIVAS TESÓN, *La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares*, in *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2011, 26, p. 335; A. M. ROMERO COLOMA, *El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción*, in *La Ley*, 2011, 7646, p. 9.

<sup>47</sup> D. V. ARAVENA, *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid, 2009, p. 179 ss.

<sup>48</sup> Sulla questione cfr. G. OBERTO, *Contratto e famiglia, Interferenze*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 107; M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 1, p. 57; S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Familia*, 2002, 1, p. 285; P. ZATTI, *Familia – Familiae – Declinazioni di un'idea. I, La*

progressiva evoluzione dagli *status* al contratto, che inizialmente ha interessato soprattutto i rapporti patrimoniali della famiglia, si estende anche al tema della negozialità e della relativa regolamentazione pattizia della crisi coniugale, con importanti risvolti anche in tema di convivenze<sup>49</sup>.

Ma prima di procedere all'indagine sulla natura della responsabilità e sulla compatibilità tra rimedi giusfamiliari e rimedi risarcitori di carattere generale, è necessario definire ancora il campo di applicazione della responsabilità endofamiliare.

In questa sede non si discuterà della questione, ormai ampiamente acquisita, del riconoscimento dei diritti della persona all'interno della dimensione familiare, ma si verificherà se, ed in quali ipotesi, la relazione familiare, e in particolare la violazione di un dovere coniugale *ex art.* 143 cod. civ. o genitoriale, possa legittimare l'esercizio dell'azione risarcitoria<sup>50</sup>.

La trattazione del tema non ha dunque l'obiettivo di porre questioni riguardanti la tutela di diritti della persona che trovano riconoscimento e copertura costituzionale, ma esclusivamente di risolvere i dubbi interpretativi in ordine alla possibilità di applicare le comuni regole di responsabilità alla violazione degli obblighi familiari. In particolare, bisognerà stabilire se la violazione di tali doveri, oltre ai rimedi tipicamente

---

*privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 1, p. 9 ss; G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Familia*, 2001, 4, p. 939 ss.

<sup>49</sup> Su questi temi si veda diffusamente T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2003, 1, p. 43 ss; G. OBERTO, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili*, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 88 ss; ID., *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, p. 129 ss; A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 1326.

<sup>50</sup> La questione è stata posta in rilievo soprattutto da G. A. PARINI, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno: limiti e rapporti con la misura dell'addebito della separazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 9, p. 810 ss; G. F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 2, p. 95 ss; G. M. RICCIO, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 2006, 6, p. 587.

individuati dal legislatore della famiglia, possa causare anche il sorgere di un obbligo risarcitorio secondo le comuni regole di responsabilità.

A tal fine, il discorso sull'immunità e i privilegi di cui alle pagine precedenti va riferito a quelle fattispecie in cui il presupposto della condotta illecita si realizzi a causa del rapporto che lega i soggetti coinvolti, siano essi coniugi o genitori - figli, e dei diritti e dei doveri attraverso i quali il legislatore ne disciplina i relativi rapporti. L'orientamento che insisteva sulla specialità del diritto di famiglia esprimeva senz'altro un atteggiamento di chiusura che non si limitava a sostenere l'inammissibilità delle regole risarcitorie in ambito familiare, ma si estendeva ad escludere anche la logica del diritto delle obbligazioni e dei contratti al tema, più generale, degli accordi di diritto di famiglia, in cui l'aspetto patrimoniale, seppure presente, era sempre considerato subordinato rispetto all'interesse della famiglia<sup>51</sup>.

L'esigenza, ritenuta preminente, di salvaguardare il superiore interesse della famiglia finiva per privare di tutela i diritti dei singoli all'interno dei rapporti familiari, giungendo così a negare la possibilità di esercitare l'azione risarcitoria<sup>52</sup>.

La presente indagine avrà, pertanto, l'obiettivo di stabilire quali conseguenze sorgono nell'ipotesi in cui il coniuge ponga in essere una condotta in violazione dei doveri matrimoniali: la relazione familiare dovrà così integrare la fattispecie e dovrà essere requisito per valutare il sorgere dell'obbligazione risarcitoria.

---

<sup>51</sup> Su questo punto si veda, in particolare, M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l'“altro” diritto: responsabilità civile, danno biologico e danno esistenziale*, in *Fam. e dir.*, 2001, 2, p. 159 ss; F. SANTORO PASSARELLI, *Poteri e responsabilità patrimoniale dei coniugi per i bisogni della famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1, p. 1 ss.

<sup>52</sup> Cfr. E. ZANETTI VITALI, *Il principio della giuridicità degli obblighi nascenti dai rapporti familiari*, in *Scritti in memoria di G. Cattaneo*, Milano, 2002, p. 2069 ss. L'A. evidenzia proprio il paradosso che in quegli anni, antecedenti alla Riforma del diritto di famiglia, provocava lo *status* familiare, che, anziché determinare una maggiore tutela delle singole personalità individuali, comportava un vero e proprio vuoto di tutela.

In tutte le altre ipotesi in cui, sebbene il danno si realizzi all'interno della relazione familiare, quest'ultima non vada ad integrare la struttura della fattispecie, si deve ritenere che non si possa porre, o quanto meno non possa porsi esclusivamente, un problema di danno endofamiliare, non perché irrilevante, ma poiché comunque risarcibile a prescindere dall'appartenenza del soggetto al *consortium* familiare.

Questo chiarimento sulla delimitazione dell'indagine che si intende svolgere pare indispensabile per evitare il rischio di una sovrapposizione di ipotesi di tutela della persona che già trovano disciplina indipendentemente dalla responsabilità endofamiliare.

La necessità di individuare il «minimo comune denominatore» dei danni nella famiglia deriva, infatti, dalla constatazione delle innumerevoli ipotesi che potrebbero essere ricondotte alla fattispecie endofamiliare. Esso va ricercato, come osservato in dottrina, in quel «rapporto di natura familiare (o, forse, anche solo «para-familiare»», che lega danneggiante e danneggiato già prima del compimento dell'illecito»<sup>53</sup>, in modo da poter distinguere i danni tra i coniugi, tra genitori e figli legati, o meno, dal vincolo matrimoniale<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Così G. F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi*, cit., p. 95.

<sup>54</sup> Dal tema in esame, che riguarda specificamente la possibile applicazione del rimedio risarcitorio agli illeciti compiuti tra i familiari, si devono escludere non solo quelle fattispecie penalmente rilevanti che già prevedono di per sé la risarcibilità del danno, ma anche tutte quelle ipotesi in cui resta indiscussa la responsabilità risarcitoria perché espressamente prevista dalla legge, sebbene in alcune di queste si vedrà come un problema di responsabilità possa comunque porsi. Si tratta, in particolare, della previsione di cui all'art. 81 cod. civ., per i danni che conseguono all'ingiustificata rottura della promessa di matrimonio; dell'art. 129 *bis* cod. civ., che predispone il rimedio risarcitorio per i casi in cui l'invalidità del matrimonio sia imputabile al coniuge in mala fede; dell'art. 6 co. 12 L. 898/1970, per i danni derivanti dalla violazione dell'obbligo posto in capo al coniuge divorziato di comunicare all'altro coniuge qualsiasi variazione della residenza o del domicilio; e, infine, dell'art. 709 *ter* cod. proc. civ., in tema di responsabilità risarcitoria derivante dai casi relativi alle gravi inadempienze o di atti che

In questo senso appare utile chiarire che non tutti i pregiudizi che un soggetto provoca ad un proprio familiare sono idonei a fondare una responsabilità di tipo endofamiliare: da tale categoria devono restare senz'altro escluse tutte quelle condotte astrattamente realizzabili anche ad opera di un terzo.

Il fatto che negli ultimi anni la giurisprudenza di legittimità abbia provveduto all'affermazione della risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi che non siano espressamente previste dalla legge e che siano svincolate da una connotazione necessariamente penalistica della fattispecie, preferendo a ciò una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., non può indurre l'interprete a duplicarne il discorso in ambito familiare: quello operato dalla Suprema Corte, che riconosce la riparazione del danno non patrimoniale anche nelle ipotesi in cui venga leso un diritto di rango costituzionale, riguarda tutti gli individui, indipendentemente dalle formazioni sociali in cui si svolge la personalità di ciascuno.

Ciò che, invece, occorre approfondire è se residui spazio per i rimedi risarcitori nell'ipotesi di violazione di un dovere coniugale o genitoriale, insistendo sulla «mera» inosservanza del dovere tipico, piuttosto che sul profilo del tipo di diritto oggetto di lesione.

Nei capitoli che seguono si farà, dunque, riferimento a quelle ipotesi in cui è proprio lo *status* di familiare a determinare la rilevanza della condotta in termini di responsabilità risarcitoria, in quanto la fattispecie ha ad oggetto uno dei doveri nascenti dal matrimonio o dal rapporto di filiazione<sup>55</sup>.

---

arrechino pregiudizio al minore e per i quali il legislatore ha previsto il risarcimento del danno al minore e all'altro genitore.

<sup>55</sup> Per la distinzione tra illecito endofamiliare ed esofamiliare si veda G. M. RICCIO, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, cit., p. 58 ss; G. FERRANDO, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in *Persona e danno*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2004, p. 2779 ss; P. CENDON – G. SEBASTIO, *Lui, lei e il danno*, *La responsabilità civile tra i coniugi*, in *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*,

## Capitolo II

### *I rimedi giusfamiliari e la lettura aquiliana dell'illecito endofamiliare*

**Sommario:** **1.** Rimedi giusfamiliari e regole di responsabilità. **1.1.** La rottura ingiustificata della promessa di matrimonio. **1.2.** Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo. **1.3.** L'intervento del giudice nell'ipotesi di disaccordo dei coniugi. **1.4.** Gli ordini di protezione. **1.5.** Crisi familiare: la questione dell'addebito. **2.** L'affermazione del rimedio aquiliano nelle relazioni familiari. **2.1.** L'illecito endofamiliare nell'ordinamento giuridico italiano. **2.2.** L'illecito endofamiliare nell'ordinamento giuridico spagnolo.

#### **1. Rimedi giusfamiliari e regole di responsabilità**

La progressiva diffusione del rimedio risarcitorio nei rapporti familiari propria di questi ultimi anni deve condurre ad un raffronto con le specifiche misure che sono già presenti nel diritto di famiglia e ciò per comprendere in che modo, e in quali casi, possano applicarsi gli istituti del diritto comune<sup>56</sup>.

---

R. TORINO (a cura di), 2004, p. 114 ss. L'A. specifica che l'illecito endofamiliare è quello in cui la condotta è posta in essere da un soggetto nei confronti di un proprio familiare. Ciò non è tuttavia sufficiente a qualificare il fatto illecito, in quanto è necessario che assuma rilevanza il rapporto familiare e il nucleo dei diritti e doveri che lo caratterizzano. L'illecito esofamiliare è, invece, quello in cui la condotta è realizzata da un terzo estraneo al nucleo familiare (si pensi, ad esempio, al danno derivante dall'uccisione di un congiunto); ID., *Dov'è che si sta meglio che in famiglia?*, in *Persona e danno*, P. CENDON (a cura di), III, Milano, 2003, p. 2724; M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *I rapporti familiari*, in *La responsabilità civile*, P. CENDON (a cura di), Torino, 1998, p. 61 ss.

<sup>56</sup> La questione del rapporto tra rimedi tipicamente familiari e regole generali di responsabilità è stato reso evidente dalla previsione di norme specificamente dedicate ai rapporti di famiglia. In alcune ipotesi, come si vedrà, il coordinamento tra i vari settori dell'ordinamento è stato attuato direttamente dal legislatore, attraverso la configurazione di fattispecie di responsabilità all'interno del Libro I del Codice civile. Ciò è avvenuto, ad

Questa valutazione si rende necessaria data la peculiarità dei rapporti familiari, della *ratio* degli istituti disciplinati dal legislatore della famiglia, nonchè per esigenze di certezza del diritto<sup>57</sup>.

Il diritto di famiglia prevede già di per sè un insieme di norme volte ad offrire rimedi che in un modo o nell'altro sono stati predisposti nelle ipotesi di violazione di diritti riguardanti i rapporti familiari. Si pensi all'istituto dell'addebito della separazione, agli ordini di protezione contro gli abusi familiari, alla tutela del coniuge in buona fede in caso di matrimonio dichiarato invalido, alla disciplina riguardante la rottura della promessa di matrimonio e, infine, alle misure predisposte per le gravi inadempienze di un genitore o per gli atti pregiudizievoli compiuti nei confronti del minore. Come si vedrà, buona parte di questi istituti già contempla una tutela risarcitoria ed è per questo motivo che occorre ragionare sulle modalità, anche temporali, attraverso le quali i rimedi di carattere generale possano trovare applicazione nella famiglia, se non a costo di “farne un uso

---

esempio, nell'ipotesi disciplinata all'art. 129 *bis* cod. civ., in tema di responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo, ai quali è imputabile la nullità del matrimonio. In questo caso, come in altri che si affronteranno in queste pagine, la questione interpretativa maggiormente discussa ha riguardato la possibilità di ammettere anche l'applicabilità delle comuni regole di responsabilità o, altrimenti, di considerare di natura esclusiva la “sanzione” prevista dalla norma. Al di fuori delle ipotesi in cui è stato lo stesso legislatore della famiglia ad aver previsto determinate conseguenze risarcitorie, la questione che si dovrà risolvere è se, ed in quale misura, sia possibile e conveniente applicare in ambito familiare le comuni regole di responsabilità. Se, dunque, di fronte al silenzio del legislatore sia legittimo procedere in ogni caso all'esperimento di un'azione risarcitoria per i danni derivanti dalla violazione dei doveri coniugali e genitoriali.

<sup>57</sup> Cfr. L. LENTI, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, in *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato* diretto da G. Alpa e S. Patti, Padova, 2011, p. 584, secondo cui per assicurare una ragionevole certezza del diritto è necessario “prevedere quali comportamenti siano destinati a essere colpiti, con quali sanzioni e in quale misura [...] per evitare che a questo modo cresca esponenzialmente la conflittualità [...]”. Sul punto cfr. anche M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p. 19; M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve «generare» diritti al di là della legge*, cit., p. 49 ss; S. PATTI, *Illeciti familiari: nuove sanzioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 4, p. 294.

indiscriminato o «fantasioso», sulle ali di un acritico entusiasmo per una sempre più intensa tutela dei diritti della persona [...]»<sup>58</sup>.

L'analisi degli istituti giusfamiliari consentirà di dare risposta al quesito riguardante lo spazio da accordare all'applicazione di regole risarcitorie di carattere generale nei rapporti regolati dal diritto di famiglia. La questione assume particolare rilevanza solo a voler considerare quali conseguenze potrebbero verificarsi a seguito di un uso indiscriminato delle regole di diritto comune: ne verrebbe fuori, come è facile intuire, uno stravolgimento della natura dei rapporti familiari e di tutto l'equilibrio che il legislatore ha voluto riservargli.

È bene notare fin da subito che l'estensione dei confini della famiglia a istituti ad essa sconosciuti deve sempre fare i conti con la particolarità delle relazioni affettive e con la constatazione che determinate condotte, nel contesto familiare, possono assumere (o meno) un disvalore maggiore rispetto ai rapporti tra persone non legate da alcun vincolo familiare.

Si è già avuto modo di anticipare come il diritto di famiglia contempli rimedi risarcitori, i quali operano, però, in maniera quasi residuale e in fattispecie specificamente determinate. L'atteggiamento del legislatore si giustificerebbe in ragione del fatto che la tutela risarcitoria nasce nell'ottica dello scambio e nel contesto della patrimonialità, quale costo del comportamento dannoso<sup>59</sup>.

A ciò consegue che tale tutela, se posta al di fuori delle regole del mercato, ha senso solo se si può ammettere “un'astratta quantificazione dei costi del sacrificio imposti alla condotta altrui”<sup>60</sup>.

Dunque, per fare buon uso dello strumento risarcitorio si dovrà verificare attentamente il dato positivo, per stabilire se nello specifico delle norme del

<sup>58</sup> Così L. LENTI, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, cit., p. 571 ss.

<sup>59</sup> Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, p. 167.

<sup>60</sup> Così L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., p. 68.

diritto di famiglia i rimedi predisposti possano tollerare l'applicazione del rimedio generale e quale sia in questo ambito la finalità perseguita.

Tale indagine sarà condotta esaminando gli istituti tipici in cui il legislatore ha già, più o meno, predisposto una formula risarcitoria e ciò al fine di stabilire se e quando sia possibile ricavare uno spazio per la responsabilità endofamiliare.

### **1.1. La rottura ingiustificata della promessa di matrimonio**

L'art. 81 cod. civ. disciplina le conseguenze risarcitorie derivanti dall'ingiustificata rottura della promessa di matrimonio, benché questa sia, per espressa volontà legislativa, priva di vincolatività giuridica<sup>61</sup>.

La *ratio* della previsione normativa risiede nella volontà del legislatore di garantire la libera determinazione al matrimonio, anche in presenza di un impegno serio e solenne in tal senso, nonché di intervenire per salvaguardare, seppure in maniera pressoché limitata, le ragioni, di esclusiva natura patrimoniale, del nubendo che abbia confidato nella serietà della promessa, nei limiti delle spese effettuate e delle obbligazioni assunte

---

<sup>61</sup> Cfr. B. SACCÀ, *Il matrimonio*, in *Trattato dei nuovi danni* diretto da P. Cendon, cit., p. 5 ss; G. DI ROSA, *Risarcimento dei danni, sub. art. 81 cod. civ.*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 32 ss; R. GELLI, *Rottura della promessa di matrimonio ed obbligazioni ex artt. 2033 e 81 c.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010, 11, p. 1003; ID., *La responsabilità per rottura della promessa di matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, M. SESTA (a cura di), Torino, 2008, p. 5 ss; G. FERRANDO, *Risarcimento dei danni, sub. art. 81 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2009, p. 1033 ss; F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, Torino, 2007, p. 27 ss; G. OBERTO, *La promessa di matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2002, p. 194 ss; G. TATARANO, *La promessa di matrimonio*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. II, Torino, 1999, p. 773; ID., *Rapporti tra promessa di matrimonio e dovere di correttezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 671 ss; M. L. LOI, *Promessa di matrimonio (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 780; A. TRABUCCHI, *Della promessa di matrimonio, sub. art. 81 cod. civ.*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1992, p. 21 ss.

in vista delle future nozze<sup>62</sup>, sempreché queste corrispondano alla condizione delle parti<sup>63</sup>.

La previsione del risarcimento dei danni nell'ipotesi di rottura ingiustificata della promessa di matrimonio ha dato luogo a non pochi dubbi circa la natura da attribuire al rimedio previsto all'art. 81 cod. civ. Quest'ultimo ha, per espressa scelta normativa, soltanto carattere patrimoniale e non contempla quei pregiudizi che derivano dalla lesione dell'affidamento per l'aver confidato nella promessa di matrimonio<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Cfr. A. TRABUCCHI, *Della promessa di matrimonio, sub. art. 81 cod. civ.*, cit., p. 31, secondo cui il riferimento alle spese fatte e alle obbligazioni assunte a causa della promessa esclude la rilevanza dei cd. danni indiretti "ritenendo di dover nettamente respingere la concezione più larga di chi vorrebbe comprendere ogni danno riconducibile alla rottura della promessa".

<sup>63</sup> Cfr. A. TRABUCCHI, *Della promessa di matrimonio, sub. art. 81 cod. civ.*, cit., p. 21. L'A. ricollega la *ratio* della norma al generale dovere di buona fede che informa i rapporti personali, la cui osservanza non consente che l'arbitrio del promittente possa estendersi "fino a non rispondere delle spese che siano state fatte per la preparazione di un atto di importanza comune e per il quale sia stata comune anche la promessa".

<sup>64</sup> Cfr. G. OBERTO, *La promessa di matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., p. 194, il quale rileva comunque un certo spazio di operatività all'art. 2043 cod. civ. nell'ipotesi in cui il nubendo abusi della sua condizione per arrecare danno all'altro: "[...] l'approfittare del carattere non vincolante della propria promessa non rientra nella specifica immunità prevista dall'art. 79 c.c.: le ragioni di tutela della libertà che spiegano le irresponsabilità per danni causati dal rifiuto del matrimonio non potrebbero essere invocate per escludere il risarcimento di quanto ottenuto con la promessa usata come mezzo di illecita pressione". Sul punto cfr. G. TATARANO, *Rapporti tra promessa di matrimonio e dovere di correttezza*, cit., p. 664; ID., *La promessa di matrimonio*, in *Trattato di diritto privato*, cit., p. 783; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio, artt. 79-83*, in *Commentario del codice civile*, A. SCIALOJA- G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1971, p. 141 ss; A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, Torino, 1950, p. 54 ss.

Propendono per la natura precontrattuale di tale responsabilità i seguenti autori: T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 23; E. LA ROSA, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito, responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in *La responsabilità civile nel terzo millennio*, R. TOMMASINI (a cura di), Torino, 2011, p. 415. L'A. esclude che l'art. 81 cod. civ. prefiguri un'ipotesi di responsabilità da atto lecito "in quanto la mancanza di un giustificato motivo al quale il legislatore subordina l'esercizio della facoltà di ripensamento lede la sfera del promesso sposo che in ragione della promessa abbia sostenuto spese e contratto obbligazioni, qualificando la condotta in termini di illiceità per violazione dei principi di correttezza e buona fede"; R. DI CRISTO, *La responsabilità da rottura ingiustificata della promessa di matrimonio*, in *Fam. pers.*

Il legislatore, in questa ipotesi, ha posto dei limiti alla risarcibilità del danno, operando a monte un bilanciamento tra l'esercizio di una libertà, quella di decidere se contrarre matrimonio, e i pregiudizi patrimoniali che deriverebbero da una rottura, anche ingiustificata, della promessa.

Da ciò pare corretta la configurazione dell'obbligo di risarcire in termini di obbligazione *ex lege*<sup>65</sup>: la giurisprudenza di legittimità ha, infatti, escluso che le conseguenze risarcitorie derivanti dalla rottura ingiustificata della promessa siano assoggettabili alle regole di responsabilità contrattuale o extracontrattuale e ciò in quanto una tale configurazione "potrebbe tradursi in una forma di indiretta pressione sul promittente, nel senso dell'accettazione di un legame non voluto"<sup>66</sup>. Da ciò la Suprema Corte, in linea con il dettato legislativo, circoscrive la riparazione del danno alle

---

*succ.*, 2011, 1, p. 743; R. GELLI, *La responsabilità per rottura della promessa di matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, M. SESTA (a cura di), Torino, 2008, p. 22.

<sup>65</sup> In questa direzione cfr. L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., p. 70 ss; G. OBERTO, *Il matrimonio è morto: evviva la promessa di matrimonio*, in *Fam. e dir.*, 2012, 4, p. 330 ss; G. DI ROSA, *Risarcimento dei danni, sub. art. 81 cod. civ.*, cit., p. 34; A. TRABUCCHI, *Della promessa di matrimonio, sub. art. 81 cod. civ.*, cit., p. 29, il quale ha chiarito che "opportunamente il legislatore non ha neppure usato, per l'art. 81 che limita il previsto risarcimento dei danni, il termine di responsabilità: perchè la conseguenza circa l'onere delle spese è costituita da un'obbligazione che la legge lega direttamente all'esercizio di una facoltà attribuita in relazione al negato riconoscimento della promessa". Non si tratta di una sanzione, sebbene sia prevista, secondo l'A., una riparazione collegata per legge "al riconoscimento altrettanto legale di una fondamentale libertà. Non è una sanzione riparatoria, ma è una riparazione riconosciuta al di fuori di un presupposto di illiceità".

Per una ricostruzione dell'art. 81 cod. civ. in termini di risarcimento da atto lecito (dannoso) cfr. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, cit., p. 157, in cui l'A. ammette l'impossibilità di istituire "[...] una costante connessione tra fatto illecito e risarcimento del danno da un lato, atto lecito dannoso e indennità dall'altro, poiché vi sono ipotesi di atto lecito in cui la legge impone il risarcimento del danno, come nella rottura di promessa di matrimonio, attuata senza giustificato motivo o provocata col fornire all'altra parte fondato motivo di recedere [...]"

<sup>66</sup> Così Cass., ord., 2 gennaio 2012, n. 9, in *Fam. e dir.*, 2012, 4, p. 329 ss.

spese fatte e alle obbligazioni assunte, escludendo così la risarcibilità del danno non patrimoniale<sup>67</sup>.

La fattispecie non è, dunque, inquadrabile nella responsabilità aquiliana perché il recesso dalla promessa di matrimonio non è considerato una condotta antiggiuridica: la non vincolatività della promessa è espressamente sancita all'art. 79 cod. civ., secondo cui “la promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo né ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento”. A ciò non può opporsi neppure che l'antigiuridicità sia integrata non dal semplice rifiuto, ma dall'ingiustificabilità del rifiuto stesso<sup>68</sup>.

In questo senso appare corretta la considerazione secondo cui l'applicabilità delle regole aquiliane alla fattispecie in esame non si giustificherebbe comunque, pur in assenza di una previsione come quella di cui all'art. 79 cod. civ., visto che “il rapporto non nasce dalla violazione del precetto del *neminem laedere*, ma dalla lesione di una situazione giuridica preconstituita, tra soggetti individuati”<sup>69</sup>.

Il tenore dell'art. 79 co. 1 esclude anche che l'ipotesi in esame sia riconducibile alla responsabilità da inadempimento *ex art.* 1218 cod. civ.,

---

<sup>67</sup> Cfr. Cass. 15 aprile 2010, n. 9052, in *Fam. e dir.*, 2010, 11, p. 999; Tribunale Bari 28 settembre 2006, in *Resp. civ.*, 2006, 12, p. 1048; Tribunale Reggio Calabria 12 agosto 2003, in *Dir. famiglia*, 2004, p. 484, secondo cui “[...] il comportamento del nubendo promittente che si scioglie dalla promessa [...] non può mai essere qualificato in termini di illiceità *ex art.* 2043 c.c., vale a dire che di per sé la rottura della promessa di matrimonio anche se fatta senza “giusto motivo”, non è mai antiggiuridica, perché non è *non iure*, e quindi non è mai produttiva di danni ingiusti”.

<sup>68</sup> Sul punto cfr. R. DE RUGGIERO - F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Milano, 1965, p. 280 ss.

<sup>69</sup> Cfr. G. OBERTO, *Il matrimonio è morto: evviva la promessa di matrimonio*, cit., p. 332; R. GELLI, *La responsabilità per rottura della promessa di matrimonio*, cit., p. 22. L'A., nell'analisi della natura del risarcimento *ex art.* 81 cod. civ., si discosta dalla qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale, affermando che la rottura della promessa di matrimonio è “coperta dalla scriminante del legittimo esercizio del diritto”, costituzionalmente garantito e, inoltre, perché “la mancata celebrazione del matrimonio integra una condotta omissiva che presuppone per la sua rilevanza in termini di illiceità, la sussistenza di una norma impositiva dell'agire [...]”.

visto che nell'ipotesi in esame mancherebbe un obbligo giuridicamente vincolante di adempiere alla promessa<sup>70</sup>.

In definitiva, nell'ipotesi del risarcimento del danno derivante dall'ingiustificata rottura della promessa di matrimonio, non è possibile formulare istanze risarcitorie che vadano al di là di quanto il legislatore abbia voluto prevedere all'art. 81 cod. civ., determinando la riparazione del danno in termini di obbligazione *ex lege*. La scelta legislativa di limitare il risarcimento del danno alle spese fatte e alle obbligazioni assunte in vista della celebrazione del matrimonio non si giustifica in ragione dell'irrilevanza di danni ulteriori che di certo sono astrattamente ipotizzabili nella fattispecie in esame, ma si spiega in ragione di una valutazione che è stata effettuata a monte: nel giudizio di comparazione tra interessi contrapposti il legislatore ha inteso salvaguardare prioritariamente la libertà del nubendo e la sua libera determinazione alla scelta matrimoniale, anche a costo di limitare le conseguenze risarcitorie nell'ipotesi di una rottura ingiustificata della promessa di matrimonio, sacrificando di fatto le ragioni della parte che, invece, aveva confidato nella serietà di quella promessa. Tale scelta si esprime non solo, e non tanto, con la previsione di cui all'art. 81 cod. civ., ma soprattutto attraverso la disciplina degli effetti *ex art. 79* cod. civ., secondo cui la promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo né ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento.

---

<sup>70</sup> Cfr. L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., p. 71; R. GELLI, *La responsabilità per rottura della promessa di matrimonio*, cit., p. 21, secondo cui “va, infatti, esclusa una matrice contrattuale o pre-contrattuale della predetta responsabilità, essendo impossibile configurare conseguenze risarcitorie per l'inadempimento di un'obbligazione – quella a contrarre matrimonio o, comunque, a comportarsi, in ragione della promessa, con lealtà e correttezza - che giuridicamente non esiste. Non solo, infatti, il principio di libertà del consenso matrimoniale osta a qualsiasi imposizione di addivenire alle nozze. Ma, posto che i rapporti sentimentali restano confinati in una sorta di “spazio vuoto” del diritto non sussistono [...] norme che sanciscano il rispetto dei comuni doveri di buona fede in tale ambito”.

## 1.2. Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo

Un'altra ipotesi risarcitoria che ha dato luogo a diversi e contrapposti indirizzi dottrinali è quella riconducibile all'art. 129 *bis* cod. civ., che disciplina la responsabilità a carico del coniuge, ed eventualmente del terzo, al quale sia imputabile l'invalidità del matrimonio<sup>71</sup>.

La previsione normativa riconosce al coniuge in buona fede<sup>72</sup> una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto, nella misura corrispondente al mantenimento per tre anni.

Dalla lettura della norma emerge che il legislatore ha predisposto una tutela al coniuge in buona fede anche in mancanza di prova del danno subito: è a dire che di fronte alla mala fede del coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio, e qualora il matrimonio venga annullato, al coniuge

---

<sup>71</sup> Cfr. R. TOMMASINI – G. FARANDA, *Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo, sub. art. 129 bis cod. civ.*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 366 ss; G. FERRANDO, *Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo, sub. art. 129 bis cod. civ.*, in *Commentario al codice civile*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2009, p. 1491 ss; L. NIVARRA – G. PALMERI, *Il matrimonio putativo e il «matrimonio dichiarato nullo»*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 966; N. LIPARI, *Del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile, sub. artt. 128-129 bis*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1992, p. 433 ss.

<sup>72</sup> La buona fede dell'altro coniuge equivale alla incolpevole ignoranza della specifica circostanza per la quale è stata pronunciata la nullità. Cfr., sul punto, Cass. 16 novembre 2005, n. 23073, in *Foro it.*, 2007, I, p. 282; Cass. 24 agosto 1990, n. 8703, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, 1, p. 334.

In dottrina cfr. E. AL MUREDEN, *La responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo conseguente all'invalidità del matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, M. SESTA (a cura di), Torino, 2008, p. 50 ss. L'A. precisa che "la buona fede del coniuge richiedente deve sussistere al momento della celebrazione del matrimonio; non è necessario, invece, che essa perduri oltre [...] essa non presuppone una valutazione del grado di diligenza impiegato nell'accertamento della realtà e si deve presumere fino a prova contraria".

Nello stesso senso M. DOGLIOTTI, *Gli effetti del matrimonio invalido, Il matrimonio putativo*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2011, p. 983 ss; N. LIPARI, *Del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile*, cit., p. 439.

spetti l'indennità prevista, senza che questi abbia l'onere di provare il pregiudizio subito<sup>73</sup>.

Una prima lettura della norma potrebbe indurre l'interprete a ritenere che la previsione di un'indennità corrispondente al mantenimento per tre anni assolve ad una funzione assistenziale a tutela del coniuge in buona fede.

In realtà tale rilievo non è condivisibile per due ordini di motivi: il primo, perché il riferimento al mantenimento è utilizzato al solo fine di determinare la misura minima dell'indennità e, in secondo luogo, in quanto essa spetta al coniuge in buona fede a prescindere dalle condizioni economiche in cui versa e dalle sue possibilità di provvedere alla propria persona<sup>74</sup>.

Scartata l'idea che possa trattarsi di una misura avente finalità assistenziale, la dottrina ha indirizzato il proprio interesse nella ricerca del tipo di responsabilità cui incorre il coniuge in mala fede nell'ipotesi di cui all'art. 129 *bis* cod. civ.

Secondo la dottrina maggioritaria il risarcimento previsto all'art. 129 *bis* cod. civ. individuerrebbe un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale<sup>75</sup>, a

---

<sup>73</sup> L'art. 129 *bis* cod. civ. è stato introdotto dalla Legge di riforma del Diritto di famiglia del 1975 che, nel sostituire la previgente disposizione di cui all'art. 139 cod. civ., prevedeva a carico del coniuge in mala fede non soltanto conseguenze di tipo civile, ma anche di natura penale. La concezione pubblicistica dei rapporti familiari, in cui il giudice poteva essere chiamato anche ad irrogare sanzioni di tipo amministrativo a carattere pecuniario, si evince chiaramente dalla lettura della norma richiamata, in cui il legislatore stabiliva che "Il coniuge il quale, conoscendo prima della celebrazione una causa di nullità del matrimonio, l'abbia lasciata ignorare all'altro, è punito, se il matrimonio è annullato, con l'ammenda da lire quarantamila a lire duecentomila. L'altro coniuge ha diritto ad una congrua indennità, anche se non dà prova specifica del danno sofferto".

<sup>74</sup> Cfr. N. LIPARI, *Del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile*, cit., p. 433; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 80.

<sup>75</sup> Cfr. F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, cit., p. 157-158, secondo cui "se la legge ha inteso agevolare la parte che ha subito l'inganno, esonerandolo dal dovere di provare il danno sofferto, prevedendo una presunzione iuris et de iure del pregiudizio subito da un interesse meritevole di tutela e predisponendo la liquidazione legale di una indennità che riequilibri la lesione dell'interesse stesso, ciò costituisce una disciplina speciale agevolata sul piano della prova, ma non della esistenza del danno, e quindi non snatura il tipo di

nulla rilevando che non sia necessario dare prova del danno subito e che sia espressamente contemplata la possibilità di provare il maggior danno. Dunque, in questa ipotesi, “ove il coniuge in buona fede provi il maggior danno avrà diritto a quello che da questo punto in avanti diventa un vero e proprio risarcimento”<sup>76</sup>.

Altra parte della dottrina riconduce la fattispecie prevista dall’art. 129 *bis* cod. civ. ad un’ipotesi di responsabilità precontrattuale per lesione della libertà negoziale<sup>77</sup>: la nullità del matrimonio, causata dalla condotta fraudolenta del coniuge vizierebbe l’atto fin dall’origine e, pertanto, rileverebbe la condotta quale fonte di responsabilità, assunta dal nubendo prima della celebrazione del matrimonio e, precisamente, nella fase riguardante la formazione del consenso.

La violazione riguarderebbe, nello specifico, un vero e proprio obbligo di protezione operante nella fase prematrimoniale e riconducibile, senza ombra di dubbio, al più generico dovere di buona fede che impone, tra gli altri, specifici obblighi di informazione.

In questo senso l’omessa comunicazione al coniuge di un impedimento al matrimonio si inquadreterebbe nel più generico dovere di buona fede,

---

responsabilità extracontrattuale”. Nella stessa direzione cfr. E. AL MUREDEN, *La responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo conseguente all’invalidità del matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., p. 62 ss; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu- F. Messineo, 2002, p. 718; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2006, p. 166; M. FORTINO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1997, p. 169; G. VISINTINI, *Invalidità del matrimonio e responsabilità civile*, in *Dir. famiglia*, 1979, 2, p. 872; R. LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978, p. 358; V. FRANCESCHELLI, *Il matrimonio civile: l’invalidità*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, p. 685.

<sup>76</sup> Così C. CASTRONOVO, *Dal diritto canonico al diritto civile: nullità del matrimonio ad effetti patrimoniali*, *Scritti in onore di A. Falzea*, Milano, 1991, p. 224.

<sup>77</sup> Cfr. C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., p. 179 ss; T. AULETTA, *Gli effetti dell’invalidità del matrimonio*, in *Famiglia*, 2001, 2, p. 339; A. FINOCCHIARO, *Sul preteso obbligo del coniuge nei cui confronti si verificano gli effetti del matrimonio putativo di corrispondere all’altro l’indennità di cui all’art. 129 bis*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 971; A. e M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, cit., p. 192 ss; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 216.

riconducibile a quanto previsto agli artt. 1337 e 1338 cod. civ., in tema di responsabilità precontrattuale<sup>78</sup>. Sebbene tale accostamento non sia condiviso da buona parte della dottrina, l'ostacolo può essere facilmente superato considerando la dimensione di relazionalità in cui gli stessi si trovano ad operare.

Infine, come si vedrà più avanti, non è mancato chi ha ravvisato la particolare funzione sanzionatoria della responsabilità del coniuge *ex art. 129 bis* cod. civ., osservando che “la previsione di una «congrua» indennità «anche in mancanza del danno sofferto» priva il giudice di uno dei parametri abituali – anche nell'applicazione di principi equitativi – e sembrerebbe attribuire alla sanzione prevista le caratteristiche di una «pena privata»”<sup>79</sup>. In questo senso, la natura “essenzialmente” sanzionatoria

---

<sup>78</sup> Sul tema cfr. C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., p. 179 ss. Si tratta, secondo l'A., di un criterio valutativo del danno che presenta peculiarità, considerato che lo stesso è “rapportato al venir meno dell'assistenza materiale su cui il coniuge incolpevole aveva fatto affidamento”, in cui l'avente diritto non deve dare prova del danno sofferto e se non ricorre lo stato di bisogno il danno è considerato inesistente.

L'A. ritiene che nella condotta del coniuge in mala fede si debba ravvisare una responsabilità prematrimoniale “riconducibile alla generale responsabilità per lesione della libertà negoziale” *ex art. 1337* cod. civ.

Su una linea diversa M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve «generare» diritti al di là della legge*, cit., p. 49 ss. L'A. precisa che la previsione di una indennità che non necessita della prova del danno sofferto e la scelta di non prevedere, invece, una somma a titolo di risarcimento del danno, va a dimostrare l'inammissibilità delle regole di responsabilità in ambito familiare.

<sup>79</sup> Così S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 81. Nello stesso senso cfr. R. TOMMASINI – G. FARANDA, *Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo*, sub. *art. 129 bis* cod. civ., cit., p. 366; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 351, secondo cui l'indennità di cui all'art. 129 *bis* cod. civ. “ha natura più sanzionatoria che risarcitoria, ed infatti è dovuta a prescindere dalla prova del danno sofferto”; L. NIVARRA - G. PALMERI, *Il matrimonio putativo e il «matrimonio dichiarato nullo»*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, cit., p. 995 ss, secondo cui l'art. 129 *bis* cod. civ. “[...] appare francamente incompatibile con una logica di tipo risarcitorio e, dunque, con la responsabilità civile *lato sensu* intesa. Ben più convincente appare, dunque, l'idea che la misura in oggetto persegua lo scopo di punire chi, con troppa leggerezza se non con dolo, abbia concorso alla celebrazione di un matrimonio nullo a cagione di un vizio manifestatosi nella sua sfera esistenziale e del quale egli era

emergerebbe dalla necessità che ricorra la mala fede e dalla previsione di una congrua indennità, nonché dalla possibilità per il coniuge in buona fede di non provare il danno effettivamente subito.

### **1.3. L'intervento del giudice nell'ipotesi di disaccordo dei coniugi**

Nella fase di costanza della convivenza coniugale, che caratterizza il momento fisiologico del rapporto matrimoniale, il legislatore ha previsto con apposita norma la possibilità che il giudice intervenga per comporre il conflitto insorto tra i coniugi, limitandone fortemente i poteri e improntandoli alla ricerca di soluzioni concordate o a lui conferiti con l'accordo di entrambi. L'atteggiamento estremamente prudente si rinviene nella volontà del legislatore di salvaguardare il più possibile la prosecuzione del rapporto coniugale, senza fornire strumenti processuali che possano al contrario favorire la litigiosità tra i coniugi: la ricerca di soluzioni concordate o la necessaria volontà di entrambi i coniugi sono segnali di questa tendenza alla conservazione del rapporto.

In particolare, il co. 1 dell'art. 145 cod. civ. disciplina l'ipotesi generale di disaccordo prevedendo che ciascuno dei coniugi possa chiedere l'intervento del giudice, il quale tenterà per quanto possibile di trovare una soluzione concordata.

Dalla lettura di tale norma emerge in primo luogo l'esigenza di non cristallizzare l'accordo originariamente raggiunto<sup>80</sup>, al fine di poter

---

perfettamente consapevole; C. MARTI, *L'art. 129 bis nella prospettiva dei rapporti tra pena privata e diritto di famiglia*, in *Le pene private*, F. D. BUSNELLI – G. SCALFI (a cura di), Milano, 1985, p. 209 ss; D. BUZZELLI, *Sulla responsabilità dei coniugi per l'invalidità del matrimonio*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 324; L. ROSSI CARLEO, *Brevi cenni sui difficili rapporti tra scioglimento e invalidità del matrimonio nel nostro ordinamento*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 1092.

<sup>80</sup> Parte della dottrina è orientata nel senso di ritenere che la regola dell'accordo sia soggetta alla clausola *rebus sic stantibus* e che il mutamento delle esigenze e delle

giungere ad una riconsiderazione dello stesso qualora siano mutate le esigenze di uno o di entrambi i coniugi, oppure venga in rilievo un'esigenza familiare destinata, nel caso concreto, a prevalere. Inoltre, per procedere ad una rivisitazione dell'accordo non è neppure necessario il consenso di entrambi i coniugi, essendo sufficiente anche l'iniziativa di uno solo dei due, anche se resta ferma la necessità del consenso congiunto di entrambi per pervenire ad una nuova intesa.

Il co. 2 dell'art. 145 cod. civ. limita, poi, la funzione decisoria del giudice soltanto alle questioni «essenziali», stabilendo che qualora per esse non sia possibile pervenire ad una soluzione concordata, e nell'ipotesi in cui sia espressamente richiesto da entrambi i coniugi, il giudice avrà il potere di emanare un provvedimento non impugnabile per adottare la soluzione più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia<sup>81</sup>.

Le materie che possono formare oggetto dell'intervento del giudice *ex art.* 145 cod. civ. sono quelle che attengono strettamente alla nozione di

---

vicende della vita non siano compatibili con la cristallizzazione dell'accordo raggiunto tra i coniugi. Tale clausola non sarebbe, invece, applicabile per la regolamentazione del contrasto sulle questioni minori, almeno fino a quando queste non portino e non presuppongano l'adozione di decisioni aventi rilevanza esterna che possano definirsi «essenziali». Cfr., tra gli altri, M. PARADISO, *I rapporti personali tra i coniugi*, cit., p. 193; G. CONTE, *I rapporti personali tra i coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da G. Ferrando, Bologna, 2008, p. 49; G. CIAN, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), Padova, 2001, p. 48.

<sup>81</sup> Restano, dunque, esclusi da tale intervento gli «affari non essenziali», dal momento che il rispetto dell'accordo su tali questioni, c.d. minori, è affidato all'esclusivo senso di responsabilità dei coniugi, non risultando possibile l'individuazione di elementi che in modo univoco possano giustificare o meno il successivo dissenso. In ordine alla vincolatività di tali affari, gli stessi dovranno considerarsi tali fin quando non sopravvengano elementi atti a modificare le condizioni di fatto e le prospettive di vita comune che avevano portato i coniugi a raggiungere un determinato consenso. Cfr. M. PARADISO, *I rapporti personali tra i coniugi*, cit., p. 190, il quale rileva che la diversità di disciplina tra affari essenziali e non essenziali "se attribuisce indiretta rilevanza al diverso modo di comporre i dissidi (e di ritenerli obiettivamente giustificati) che già opera nella realtà sociale, autorizza a ritenere soggetto a regole analogamente differenziate lo stesso comportamento dei coniugi nel raggiungimento e nella modificazione delle loro intese".

indirizzo della vita familiare e agli interessi dei componenti della famiglia, ma mentre la funzione conciliativa del giudice riguarda gli affari essenziali e non, così come individuati dalla norma, la funzione decisoria di cui al co. 2 dell'art. 145 cod. civ. riguarda esclusivamente le questioni essenziali.

In questo quadro, i diritti della personalità non potranno costituire oggetto di tale intervento “[...] fino a quando non ledano, ostacolino o intralcino analoghi diritti di altri familiari [...]”<sup>82</sup>. Ciò significa che l'intervento giudiziale potrà riguardare le modalità di svolgimento di un'attività oggetto di un diritto costituzionalmente garantito, ma non dovrà estendersi al punto di indagare sulla possibilità di esercizio di quel diritto, per il quale non è di certo necessario né un accordo tra i coniugi né, tantomeno, l'intervento del giudice regolato all'art. 145 cod. civ.

La *ratio* della norma va ricercata, quindi, nell'intenzione del legislatore di offrire ai coniugi uno strumento di composizione degli interessi confliggenti nella fase fisiologica del rapporto. Si tratta, dunque, di un istituto volto a ripristinare l'accordo e l'intesa sull'indirizzo della vita familiare. Esso non incide sull'autonomia personale del coniuge, che resta comunque libero di disattendere il contenuto del provvedimento giudiziale senza che ciò gli procuri conseguenze sul piano giuridico<sup>83</sup>.

In questa fase, in cui è lo stesso legislatore a indirizzare gli interventi giudiziali con il deliberato fine di salvaguardare l'unità e la vita familiare, sembrerebbe che non possa porsi un problema di responsabilità perché ciò andrebbe, se non altro, a contrastare con la *ratio* degli istituti strettamente giusfamiliari e con la logica utilizzata per la disciplina dei rapporti

---

<sup>82</sup> Così R. TOMMASINI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, cit., p. 464 ss.

<sup>83</sup> È chiaro che, ad ogni modo, il persistere del disaccordo e la mancanza di volontà di uno o di entrambi i coniugi a ripristinare l'accordo necessario può costituire il sintomo di una profonda crisi coniugale, che, se è irrimediabile e idonea a rendere intollerabile la convivenza, potrà giustificare il ricorso ai rimedi predisposti dall'ordinamento per la crisi familiare.

familiari. Dunque, nel periodo di svolgimento del rapporto matrimoniale l'unico rimedio al contrasto tra i coniugi resterebbe quello qui esaminato, volto a ricomporre il conflitto insorto tra i coniugi.

#### 1.4. Gli ordini di protezione

In maniera del tutto peculiare si pone la disciplina degli ordini di protezione contro gli abusi familiari<sup>84</sup>, introdotta dall'art. 2 L. 4 aprile 2001, n. 154 e successive modifiche, che ha predisposto una serie di rimedi contenuti agli artt. 342 *bis* e *ter* cod. civ., 736 *bis* cod. proc. civ. e 282 *bis* cod. pen.

L'intervento legislativo, volto a regolamentare la violenza all'interno della famiglia, costituisce una reazione del legislatore ad un fenomeno che non può restare relegato all'interno della dimensione familiare, rappresentando “un problema pubblico da affrontare con specifici strumenti di contrasto che escludano dal patto sociale la coercizione della volontà altrui”<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Sul tema cfr., in generale, G. BASILICO, *Profili processuali degli ordini di protezione familiare*, in *Riv. dir. processuale*, 2011, 5, p. 1116 ss; G. FOTI, *Ordini di protezione contro gli abusi familiari, sub art. 342 bis cod. civ.*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 1067; M. PALADINI, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: misure “anticipatorie” dei provvedimenti provvisori nella separazione personale?*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 8-9, p. 566 ss; G. GLIATTA, *Il fenomeno dei maltrattamenti in famiglia e verso le donne tra legislazione penale e rimedi civilistici*, in *Resp. civ.*, 2009, 6, p. 542; E. D'ALESSANDRO, *Gli ordini civili di protezione contro gli abusi familiari: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 1, p. 227; F. ERAMO, *La Legge n. 154 del 2001: Nuove misure contro la violenza familiare*, in *Dir. famiglia*, 2004, 1, p. 230 ss; S. SILVANI, *Gli ordini di protezione. La tutela del minore dagli abusi domestici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 3, p. 121; L. CARRERA, *Violenza domestica e ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Fam. e dir.*, 2004, 4, p. 390; C. DELLE DONNE, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Giur. merito*, 2005, 11, p. 99; M. C. CAPURSO, *Gli ordini di protezione in materia di famiglia: aspetti civilistici e modifiche legislative (l. 6 novembre 2003 n. 304). Un caso di imperfetta “tecnica legislativa”*, in *Dir. famiglia*, 2004, 4, p. 447; A. FIGONE, *Violenza in famiglia e intervento del giudice*, in *Fam. e dir.*, 2002, 5, p. 103.

<sup>85</sup> L. CARRERA, *Violenza domestica e ordini di protezione contro gli abusi familiari*, cit., p. 388.

L'introduzione di tali misure di tutela e protezione ha caratterizzato diversi paesi europei, tra i quali anche la Spagna, che attraverso l'emanazione della Ley Orgànica del 28 dicembre 2004, n. 1, «de medidas de protección integral contra la violencia de género» ha predisposto una serie di interventi di protezione per contrastare la violenza di genere<sup>86</sup>.

La *ratio* della disciplina in esame si pone quale corollario alla volontà del legislatore di garantire tutela, all'interno della famiglia, alle personalità dei singoli membri del *consortium* familiare e ciò in linea con la lettura costituzionale della famiglia, in cui il singolo viene tutelato anche all'interno delle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità. L'esigenza di tutela e di predisposizione di ordini di protezione contro gli abusi familiari rientra in un fenomeno di emergenza sociale globalmente intesa. La disciplina contenuta nella L. 154/2001 richiama, per diversi aspetti, la normativa dei paesi di *common law*, che già a partire dagli anni

---

<sup>86</sup> Oltre alla L. O. 1/2004 il legislatore spagnolo è intervenuto, negli anni, con la Ley Orgànica 14/99 del 9 giugno, in tema di protezione delle vittime di maltrattamenti, la Ley n. 27/2003 del 31 luglio che disciplina l'ordine di protezione delle vittime della violenza domestica e la Ley Orgànica 11/2003 del 29 settembre in materia di misure concrete per la sicurezza dei cittadini, violenza domestica ed integrazione sociale degli stranieri.

In particolare, la Ley Orgànica 1/2004 regola le misure per contrastare le violenze di genere, attraverso la predisposizione non solo di interventi di prevenzione e di educazione sociale, ma misure volte ad assicurare assistenza alle vittime degli abusi mediante il diritto al gratuito patrocinio, con un sostanziale inasprimento delle conseguenze penali per gli autori delle violenze. La legge in esame, inoltre, ha previsto l'istituzione di sezioni specializzate dei Tribunali, chiamate *Juzgados de Violencia sobre la Mujer*.

Sul tema cfr. E. AMATI, *Cenni comparatistici*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, M. SESTA (a cura di), Torino, 2008, p. 712 ss; A. FERRANTE, *La violenza domestica ed i maltrattamenti familiari nel sistema giuridico spagnolo*, in *Gli abusi familiari*, M. PALADINI (a cura di), Padova, 2008, p. 391 ss; C. VÁZQUEZ GONZÁLEZ - A. I. LUACES GUTIÉRREZ, *La violenza domestica a confronto in Spagna e in Italia: dimensioni del fenomeno dei maltrattamenti e risposta penale*, in *Legislazione pen.*, 2005, 2, p. 171; M. D. SANTOS FERNANDEZ, *La legge spagnola contro la violenza domestica sulle donne: un approccio globale al problema*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, 1, p. 51.

settanta iniziarono ad intervenire per porre rimedio a tali tipologie di violenze<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> La disciplina degli ordini di protezione, introdotta dalla L. 4 aprile 2001, n. 154, è ispirata, così come si evince dai lavori parlamentari della legge, all'esperienza degli ordinamenti di *common law* in materia di lotta agli abusi familiari (si veda, ad es., il ddl n. 72 riguardante le "Norme per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari").

Nel sistema inglese, le prime disposizioni sulla violenza familiare risalgono agli anni settanta e prevedevano la possibilità di emanare misure cautelari, chiamate *injunctions*, per contrastare il fenomeno: si tratta del *Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act* del 1976 e del *Domestic proceedings and Magistrates Courts Act* del 1978. Un ulteriore dato normativo risale al 1983 e riguarda l'emanazione *Matrimonial Homes Act* di disciplina dei *rights of occupation* del coniuge non titolare di alcun diritto sull'abitazione familiare.

L'assenza di coordinamento delle varie fonti normative ha dato luogo a difficoltà nell'applicazione delle varie disposizioni e, dopo diverse sollecitazioni ad intervenire per dare ordine alla materia, il legislatore inglese ha emanato il *Family Law Act* del 1° ottobre 1997, che ha introdotto misure civilistiche che possono essere emanate da tutti i tribunali, ovvero gli *occupation orders*, volti a regolare l'utilizzo della casa coniugale nelle ipotesi di violenza o molestie familiari, e i *non molestations orders*, che, invece, prevedono la possibilità per il Tribunale di emanare ordinanze che tutelano la vittima da violenze o abusi. La violazione delle misure di protezione legittima il *power to arrest* delle forze di polizia. Il quadro normativo è completato da altri rimedi volti a contrastare la violenza domestica: il *Protection from Harassment Act* del 1997, in tema di *stalking*, e altre azioni accessorie residuali, le cd. *injunctions*.

Da ultimo occorre ricordare che nel 2004 il legislatore è intervenuto per apportare modifiche alla parte IV del *Family Law Act* del 1996, attraverso il *Domestic Violence, Crime and Victims Act* e il *Civil Partnership Act*, al fine di apprestare una tutela penale più efficace alle vittime degli abusi familiari.

Anche negli Stati Uniti le prime disposizioni in tema di violenze e abusi domestici risalgono agli anni settanta, in cui i vari Stati iniziarono ad inasprire le conseguenze penali di tali abusi, predisponendo interventi civilistici a tutela e protezione delle vittime. Qualche anno più tardi, dopo l'emanazione del *Pennsylvania Protection from Abuse Act* del 1976, anche gli altri Stati iniziarono ad emanare leggi specifiche per contrastare il fenomeno, descritto ancora oggi come *the most common form of violence women experience around the world* (R. COOPER, *Lack of State accountability in acts of domestic violence: understanding the contrast between the U.S. and international approaches*, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2012, 29, 3, p. 657). Occorrerà, tuttavia, attendere il 13 settembre 1994 per l'emanazione del *Violence Against Women Act*, ovvero di una legge federale per contrastare il fenomeno degli abusi e della violenza domestica che si aggiunge alla disciplina già emanata dai singoli Stati.

Sul tema cfr. E. AMATI, *Cenni comparatistici*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., p. 714 ss; C. D'ANGELO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*

Ai sensi dell'art. 342 *bis* quando la condotta del coniuge o di altro convivente causa grave pregiudizio alla libertà e all'integrità fisica o morale dell'altro coniuge o convivente, il giudice può adottare, su istanza di parte, i provvedimenti individuati all'art. 342 *ter* cod. civ., volti ad interrompere e a porre rimedio alla condotta gravemente lesiva.

I provvedimenti che il giudice può adottare consistono nella cessazione della condotta abusiva, nell'allontanamento dalla casa familiare e nell'ordine di non avvicinamento ai luoghi frequentati dalla vittima (cd. ordine di restrizione): il decreto che dispone una o più misure di protezione deve contenere anche la determinazione del termine di durata del provvedimento, che, in ogni caso, non può eccedere l'anno, a meno che non ricorrano gravi motivi che possano giustificarne la proroga<sup>88</sup>.

Il pregiudizio in esame, che deriva dalla condotta abusiva, riguarda la sfera personale del familiare e deve essere connotato da particolare gravità, quale filtro selettivo alla concessione dell'ordine di protezione<sup>89</sup>. Ciò si evince dalla formulazione della norma, che, nell'individuare la nozione di abuso familiare, fa riferimento al grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà della vittima della violenza.

L'attuazione di un ordine di protezione può comportare la produzione di un disagio economico per la vittima dell'abuso ed è questa la ragione per cui il legislatore, con il fine di evitare che ciò possa costituire un disincentivo alla denuncia della condotta violenta, ha disposto che il giudice possa

---

*negli ordinamenti di common law*, in *Gli abusi familiari*, M. PALADINI (a cura di), Padova, 2008, p. 282 ss; B. RESETAR, *Domestic violence – New laws and a new kind of tort*, in *Familia*, 2005, p. 861; C. KOLB, *Le misure contro la violenza intrafamiliare: aspetti giuridici e sociologici*, in [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it).

<sup>88</sup> La durata degli ordini di protezione è stata elevata da sei mesi ad un anno dalla Legge 23 aprile 2009, n. 38, di repressione dello *stalking*.

<sup>89</sup> Cfr. G. FOTI, *Ordini di protezione contro gli abusi familiari, sub art. 342 bis cod. civ.*, cit., p. 1082 ss. L'A. attribuisce all'elemento della gravità una "funzione essenzialmente allocativa del pregiudizio stesso e serve pertanto ad individuare l'*an* e il *quomodo* della traslazione del pregiudizio dalla vittima al danneggiante".

predisporre il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto dei provvedimenti adottati, rimangono prive di mezzi adeguati.

La disciplina degli ordini di protezione, nella quale non è rintracciabile alcuna finalità compensatoria, costituendo l'assegno una misura esclusivamente assistenziale, sembra, però, non poter escludere l'applicabilità delle regole generali di responsabilità, data in ogni caso l'implicazione dei diritti fondamentali della persona, quali la libertà, l'integrità fisica e morale della persona<sup>90</sup>.

### **1.5. Crisi familiare: la questione dell'addebito**

Quello della crisi della famiglia costituisce il momento temporale nel quale si pongono maggiori questioni in ordine all'applicabilità dei rimedi risarcitori.

Gli istituti tipicamente deputati a disciplinare gli effetti della crisi coniugale sono, com'è noto, la separazione e il divorzio, che intervengono nella fase patologica del rapporto e la cui disciplina è improntata a regolamentare situazioni di intollerabilità della convivenza che possono condurre alla cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Tali istituti, che di per sé non possono costituire fonte di danno risarcibile, sono preposti a garantire a ciascun coniuge la libertà di porre fine al

---

<sup>90</sup> Non escludono la possibilità di un cumulo con le regole di responsabilità G. FOTI, *Contenuto degli ordini di protezione, sub art. 342 ter*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 1104; F. CARINGELLA, *I rapporti tra coniugi e la responsabilità civile*, in G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009, p. 102 ss; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 946; S. PATTI, *Illeciti familiari: nuove sanzioni*, cit., p. 295, in cui l'A. ritiene che "la previsione di «ordini di protezione», cioè di misure specifiche di tutela del familiare che subisce la violenza, non può certo escludere l'applicabilità delle norme sulla responsabilità civile in tutte le (frequenti) ipotesi in cui si configura un danno risarcibile secondo le regole generali".

matrimonio e ciò in linea con la *ratio* utilizzata dal legislatore della famiglia e dai principi costituzionali di cui agli artt. 29 e 30 Cost.

Si tratta, dunque, di rimedi e non di sanzioni e pertanto al coniuge che intende agire per chiedere la separazione e, poi, eventualmente, il divorzio non può essere mosso alcun tipo di rimprovero e, di conseguenza, non si può ipotizzare alcun tipo di responsabilità, essendo la dissolubilità del vincolo coniugale un principio espressamente riconosciuto dal diritto di famiglia.

Diversa è, invece, la funzione dell'addebito della separazione<sup>91</sup> che trova disciplina al co. 2 dell'art. 151 cod. civ., che consente al giudice della separazione di pronunciare, se è richiesto e qualora ne ricorrano le circostanze, a quale dei due coniugi è addebitabile la separazione, in considerazione della condotta posta in violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, tale da aver provocato l'intollerabilità della convivenza.

La norma in esame, introdotta a seguito della riforma del diritto di famiglia, ha innovato il sistema previgente, "eliminando la concezione di separazione come sanzione basata sulla colpa ed introducendo il concetto di rimedio, in

---

<sup>91</sup> Originariamente, il legislatore del 1942 aveva previsto in modo tassativo le cause di separazione giudiziale, basate sulla colpa del coniuge per aver violato i doveri familiari. Con la L. 19 maggio 1975, n. 151, di riforma al diritto di famiglia, al sistema della colpa subentrò un parametro generale che consente ai coniugi di separarsi qualora ricorrano fatti tali da recare pregiudizio all'educazione della prole, così come dispone l'art. 151 co. 1 cod. civ.

Sul tema cfr., tra gli altri, V. PILLA, *Separazione e divorzio*, in *Trattato dei nuovi danni* diretto da P. Cendon, Padova, 2011, p. 67 ss; C. PARRINELLO, *Separazione giudiziale, sub. art. 151 cod. civ.*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, cit., p. 563 ss; G. GIUSTI, *Separazione giudiziale, sub art. 151 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2009, p. 327 ss; E. ZANETTI VITALI, *Separazione giudiziale, sub art. 151 cod. civ.*, in *Il codice civile, Commentario* diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, p. 65 ss; L. ROSSI CARLEO, *La separazione giudiziale, Il diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Torino 1999, p. 195 ss; C. GRASSETTI, *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi, sub art. 151 cod. civ.*, *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1992, p. 680 ss.

conseguenza di una situazione di intollerabilità della convivenza o di grave pregiudizio all'educazione della prole”<sup>92</sup>.

Il coniuge cui è addebitabile la separazione perde il diritto al mantenimento, fermo restando quello agli alimenti se ne ricorrono i presupposti, nonché i diritti successori, ad eccezione di un assegno vitalizio che può essergli riconosciuto se fino al momento dell'apertura della successione aveva diritto agli alimenti a carico del coniuge deceduto, ai sensi degli artt. 548 e 585 cod. civ.

In ordine all'accertamento della possibile addebitabilità della separazione, spetta all'interprete valutare il caso concreto, tenendo conto del comportamento di entrambi i coniugi e valutando le “circostanze”<sup>93</sup> cui fa riferimento il co. 2 dell'art. 151 cod. civ., ovvero i motivi che hanno condotto alla crisi familiare, il contenuto che i coniugi hanno voluto attribuire ad eventuali accordi attuativi dei doveri coniugali e alla loro esigibilità concreta.

Il giudice dovrà svolgere un'analisi complessiva e comparativa<sup>94</sup> del rapporto coniugale, “valutando, per un verso, i comportamenti dell'uno e dell'altro coniuge e, per altro verso, questi comportamenti alla luce delle regole che disciplinano i doveri coniugali, tenendo conto del contenuto che

---

<sup>92</sup> Così C. PARRINELLO, *Separazione giudiziale, sub. art. 151 cod. civ.*, cit., p. 597.

<sup>93</sup> Cfr. E. ZANETTI VITALI, *Separazione giudiziale, sub art. 151 cod. civ.*, cit., p. 109. L'A. ritiene che il riferimento al ricorso di circostanze “[...] può assumere significato soltanto in relazione all'individualità di ogni singolo rapporto coniugale, nonché in riferimento alla valutazione del comportamento di entrambi i coniugi [...]”.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 110. L'A. definisce, con riferimento al giudizio di addebito, la differenza tra «valutazione complessiva» e «valutazione comparativa»: “non si tratta di procedere e di decidere in base a confronti e paragoni, ma di valutare comportamenti, prove, incidenza causale sul disgregamento dell'unione, secondo un giudizio globale [...]”. Ciò consente, a seconda delle “circostanze”, “[...] di giudicare il comportamento dell'uno come reazione umana e giustificabile al comportamento dell'altro, come effetto e non come causa della crisi coniugale, oppure consente di giudicare in via autonoma la condotta di entrambi come imputabile, idonea a determinare una pronuncia di «addebito reciproco»”.

ai suddetti doveri i coniugi hanno dato nello svolgimento del loro *menage*”<sup>95</sup>.

Se dalla comparazione effettuata emerge che la violazione dei doveri abbia dato luogo all'intollerabilità della convivenza, il giudice stabilirà se la separazione è addebitabile ad uno o a entrambi i coniugi.

In ogni caso, è stato osservato che tale istituto, sebbene preposto a sanzionare la condotta del coniuge colpevole di aver provocato l'intollerabilità della convivenza, non sia, poi, di fatto idoneo a riparare il pregiudizio subito dal coniuge incolpevole<sup>96</sup>. Non solo, l'insufficienza della disciplina si coglie nell'ipotesi in cui il coniuge colpevole di aver causato l'intollerabilità della convivenza non debba comunque corrispondere nulla all'altro coniuge, perché dotato di adeguati redditi propri. In questo caso

---

<sup>95</sup> Così C. PARRINELLO, *Separazione giudiziale, sub. art. 151 cod. civ.*, cit. p. 604 ss. L'A. chiarisce che l'accertamento complessivo dei fatti, che si richiede per addivenire eventualmente ad una pronuncia di addebito, non può mai comportare una sorta di “compensazione delle relative violazioni, poiché la comparazione non può valere ad escludere l'addebitabilità della separazione al coniuge che ha posto in essere trasgressioni che, per la loro gravità, si pongono su un piano di autonoma violazione dei doveri coniugali, senza possibilità di essere giustificati come ritorsioni o provocazioni”; V. CARBONE, *L'irreversibile crisi della coppia legittima l'adulterio, rendendo non addebitabile la separazione?*, in *Fam. e dir.*, 1999, 2, p. 111, secondo cui nei rapporti familiari non possono richiamarsi i concetti di compensazione delle colpe; G. GIUSTI, *Separazione giudiziale, sub art. 151 cod. civ.*, cit., p. 392, secondo cui l'indagine sull'addebitabilità della separazione deve derivare dalla valutazione globale dei comportamenti dei coniugi. A ciò consegue che non sempre la violazione del dovere di fedeltà può comportare l'addebito, qualora, ad esempio, l'intollerabilità della convivenza sia dovuta ad altre cause indipendenti dalla successiva violazione del dovere coniugale. In giurisprudenza cfr. Cass. 9 giugno 2000, n. 7859, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 514; Cass. 7 settembre 1999, n. 9472, in *Guida dir.*, 1999, 37, p. 74; Cass. 30 gennaio 1992, n. 961, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3075; Cass. 21 dicembre 1988, n. 6976, in *Corr. giur.*, 1989, p. 57; Cass. 19 ottobre 1988, n. 5698, in *Giur. it.*, 1989, 1, p. 450; Cass. 20 luglio 1988, n. 4711, in *Giust. civ.*, 1988, 1, p. 2923; Cass. 16 luglio 1987, n. 6256, in *Mass. Foro It.*, 1987; Cass. 17 dicembre 1986, n. 7608, in *Vita not.*, 1987, p. 264.

<sup>96</sup> In questo senso cfr. E. LA ROSA, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito, responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in *La responsabilità civile nel terzo millennio*, cit., p. 379 ss.

egli andrebbe totalmente esente dalla finalità sanzionatoria propria dell'addebito.

Dall'analisi degli effetti dell'addebito, individuati all'art. 156 cod. civ., è chiaro che ad esso non si lega alcuna finalità risarcitoria, ma la *ratio* della disciplina è quella di impedire il sorgere del diritto al mantenimento e dell'aspettativa successoria del coniuge ritenuto colpevole della separazione: dunque, “non costituisce una causa di impoverimento come avviene col sorgere di un'obbligazione risarcitoria, ma è fatto rilevare soltanto come impedimento ad acquisire il vantaggio del mantenimento”<sup>97</sup>.

In tutto ciò, dati gli effetti previsti dall'art. 156 cod. civ., occorre sempre tenere ben presente che il diritto al mantenimento non ha natura risarcitoria, né tantomeno si può giungere a sostenere che sia in esso compreso. La funzione dell'assegno di mantenimento si fonda, infatti, su presupposti diversi che riguardano l'assistenza economica e non l'inosservanza di obblighi coniugali.

Allora, quale spazio alle regole di responsabilità? Se nelle ipotesi di cui agli artt. 81 e 129 *bis* cod. civ. la risposta proviene direttamente dall'analisi delle fattispecie normative, nell'ipotesi dell'addebito, invece, il legislatore non ha previsto alcuna finalità risarcitoria.

In giurisprudenza non sono mancate decisioni in cui i giudici di legittimità abbiano escluso l'applicazione dei rimedi risarcitori per l'inosservanza dei doveri coniugali sulla base della circostanza che il legislatore, attraverso l'art. 151 co. 2, abbia voluto soltanto introdurre, quale sanzione alla condotta del coniuge inadempiente, una misura sanzionatoria che, appunto, non risponde ad alcuna finalità di riparazione del pregiudizio.

---

<sup>97</sup> Così A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 948; A. FRACCON, *La responsabilità civile fra coniugi: questioni generali e singole fattispecie*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, P. CENDON (a cura di), Padova, 2004, p. 2808; ID., *I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Dir. famiglia*, 2001, 1, p. 385.

Diversamente, si violerebbe una sorta di *ne bis in idem* civilistico, in cui il coniuge che viola il diritto dovrebbe rispondere due volte per il medesimo fatto<sup>98</sup>.

Su questa linea anche chi ritiene che “[...] il legislatore quando ha ritenuto configurabile, in materia matrimoniale, la responsabilità di un coniuge, con conseguente previsione di una sanzione a suo carico lo ha sempre precisato espressamente [...]”<sup>99</sup>, derivandone, altrimenti, “un diritto al di là della legge”<sup>100</sup>.

A questa impostazione, invero superata dalla giurisprudenza e dalla dottrina ormai prevalente, si è obiettata la diversa funzione dell’istituto dell’addebito e dell’azione risarcitoria: “il primo, infatti, si proietta verso il futuro ed ha lo scopo di determinare, escludendo il diritto al mantenimento, l’ammontare dell’assegno di separazione (o quello di divorzio); la seconda, invece, guarda al passato ed ha come obiettivo l’accertamento di un eventuale danno da risarcire”<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> Cfr. Cass. 6 aprile 1993, n. 4108, cit. In dottrina cfr. A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell’obbligo di fedeltà*, cit., p. 463-468.

<sup>99</sup> M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve «generare» diritti al di là della legge*, cit., p. 52.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>101</sup> Così V. PILLA, *Separazione e divorzio*, in *Trattato dei nuovi danni*, cit., p. 82. Sul punto cfr., anche, G. VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo*, Torino, 1997, p. 319, in cui l’A. precisa che “non sembra che il rimedio in senso lato sanzionatorio costituito dalla separazione con addebito possa rappresentare una reazione esaustiva e compiuta, tale da far pensare alla sussistenza di un sistema speciale in sé concluso: si tratta infatti di una sanzione solo eventuale, giacché la perdita dell’assegno di mantenimento può colpire unicamente il coniuge che ne sarebbe stato titolare, e non quello che deve corrisponderlo, mentre il venir meno dei diritti successori costituisce un esito deteriore in via solitamente temporanea, visto il normale epilogo del divorzio susseguente la separazione, il quale parimenti elimina l’ex coniuge dal rango dei possibili eredi necessari o *ab intestato*”. In giurisprudenza cfr. Tribunale Milano 10 febbraio 1999, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 185 ss, secondo cui “È vero che la tutela specifica accordata dal codice civile e dalla legge sul divorzio, prevedendo, nell’ambito civile, l’addebito della separazione di cui all’art. 151, 2° co, c.c. e le misure sanzionatorie dell’allontanamento ingiustificato del coniuge di cui all’art. 146 c.c., con le conseguenze patrimoniali relative (anche ai fini della

Si fa leva proprio sull'assenza della funzione compensatoria nella disciplina dell'addebito per sostenere che, invece, non contrasti con la possibile applicazione delle regole di responsabilità, non ponendosi un rischio di duplicazione dei rimedi applicabili<sup>102</sup>. Da ciò deriverebbe la possibilità di cumulare i rimedi tipici e quelli risarcitori.

L'incompatibilità in questione non si spiegherebbe neppure solo a voler considerare che la violazione di alcuni doveri coniugali può comportare la responsabilità penale del coniuge inadempiente.

Dal punto di vista strettamente processuale, sulla questione del rapporto tra la domanda di addebito e l'azione risarcitoria<sup>103</sup> è intervenuta la Corte di Cassazione, che nell'esaminare un caso relativo alla violazione del dovere di fedeltà, in cui i coniugi avevano scelto di separarsi consensualmente, ha stabilito, contrariamente al giudizio di merito, che la mancanza di addebito della separazione non è preclusiva della possibilità di proporre azione

---

qualificazione dell'assegno divorzile), e, in quello penale, il reato di cui all'art. 570 c.p., costituisce un complesso sanzionatorio dei predetti doveri (derivanti dal matrimonio). È stato però affermato dalla dottrina più moderna come tali normative non esauriscono affatto il sistema delle misure atte a colpire il comportamento illegittimo, in primo luogo perché si tratta di sanzioni settoriali o solo eventuali, come l'addebito [...], che è comunque insufficiente a riparare il pregiudizio subito dal coniuge adempiente. Secondariamente, in quanto la tutela penale viene ormai riconosciuta soltanto alla violazione del dovere di assistenza economica e morale, con esclusione del dovere di fedeltà”.

<sup>102</sup> Cfr. E. LA ROSA, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito, responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in *La responsabilità civile nel terzo millennio*, cit., p. 379 ss.

<sup>103</sup> Sul punto cfr. G. F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi*, cit., p. 95 ss; F. R. FANTETTI, *Coesistenza dell'addebito e del risarcimento del danno nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 1041; G. FACCI, *Il danno endofamiliare*, in *Fam. e dir.*, 2011, 12, p. 1147 ss; V. CARBONE, *Tutela dei valori costituzionali della persona e status coniugale: risarcibile il danno morale da adulterio*, cit., p. 1633; C. RIMINI, *Il danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 620; F. RUSCELLO, *Funzione dell'addebito e presunto nesso di causalità tra intollerabilità della convivenza e violazione dei doveri coniugali*, in *Vita notarile*, 2006, p. 597 ss; ID., *I rapporti personali tra coniugi*, Milano, 2000, *passim*.

risarcitoria. Secondo i giudici di legittimità non vi è, infatti, nessuna norma, né ricorrono ragioni di ordine sistematico, per ritenere che la pronuncia di addebito sia pregiudiziale rispetto alla domanda di risarcimento, la quale è da “[...] ritenersi del tutto autonoma rispetto alla domanda di separazione e di addebito ed esperibile a prescindere da dette domande, ben potendo la medesima *causa petendi* dare luogo a una pluralità di azioni autonome contrassegnate ciascuna da un diverso *petitum*”<sup>104</sup>.

Sebbene si sia accertato che non sussista alcun nesso di pregiudizialità tra addebito e risarcimento, è chiaro che l’azione risarcitoria si colloca nella fase patologica del rapporto matrimoniale, dal momento che è pressoché improbabile che i coniugi proseguano la comunione di vita dopo aver agito giudizialmente l’uno contro l’altro attraverso un’azione risarcitoria proposta a causa della violazione di un dovere coniugale, sebbene ciò sia astrattamente ipotizzabile. Ad ogni modo, è facile intuire che quest’ultima eventualità realizzerebbe, dal punto di vista dell’analisi economica del diritto, una scelta del tutto antieconomica, in cui “[...] i *costs of accidents* si sposterebbero da un coniuge all’altro”<sup>105</sup>, tenuto conto che, in questa ipotesi

---

<sup>104</sup> Così Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, cit., in cui la Corte precisa che “[...] ove nel giudizio di separazione non sia stato domandato l’addebito, o si sia rinunciato alla pronuncia di addebito, il giudicato si forma, coprendo il dedotto e il deducibile, unicamente in relazione al *petitum* azionato e non sussiste pertanto alcuna preclusione all’esperimento dell’azione di risarcimento per violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, così come nessuna preclusione si forma in caso di separazione consensuale”. In senso contrario cfr. Tribunale di Roma 10 maggio 2013, n. 11773, *ined.*, che, in contrapposizione all’indirizzo maggioritario, ha ritenuto l’assenza dei presupposti per l’accoglimento della domanda di addebito impeditiva della configurabilità dell’elemento dell’ingiustizia del danno. Ciò in quanto la domanda risarcitoria e quella di separazione devono considerarsi accessorie e devono essere proposte nel medesimo giudizio di separazione, non essendo esperibile “un’azione successiva che potrebbe astrattamente porsi in contrasto con il giudicato già in precedenza formatosi sulla separazione”.

<sup>105</sup> Così G. M. RICCIO, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, cit., p. 592. Sul tema cfr. L. COHEN, *Divorce and Quasi Rents: Or “I Gave Him the Best Years of my Life”*, 16 *Journ. Leg. St.* 16, (1987); R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, 2003, p. 145 ss.

si dovrà tenere conto anche dei costi transattivi, come le spese per il giudizio e per la difesa, che sono estranei al governo della famiglia.

Escludere, tuttavia, l'esperibilità dell'azione risarcitoria in costanza di matrimonio, anche sulla base di quanto dispone l'art. 2941 n. 1 cod. civ., secondo cui la prescrizione rimane sospesa tra i coniugi, nonché sulla base di ragioni volte ad evitare l'incremento della litigiosità tra i coniugi, sembrerebbe, allo stesso tempo, una soluzione non praticabile. Ragionare in questi termini significherebbe riaffermare, in qualche modo, la specialità del diritto di famiglia: l'interesse del singolo familiare, se di questo si tratta, deve necessariamente trovare tutela anche nella fase di svolgimento del rapporto familiare, senza alcuna limitazione, altrimenti la famiglia diverrebbe, nuovamente, “[...] luogo di «immunità e privilegio»”<sup>106</sup>.

## **2. L'affermazione del rimedio aquiliano nelle relazioni familiari**

L'analisi degli istituti tipicamente familiari, in cui il legislatore è già intervenuto mediante la predisposizione di rimedi volti alla composizione dei conflitti che possono insorgere nei rapporti familiari, consente di proseguire l'indagine delineando ancora meglio l'ambito di applicazione delle regole di responsabilità all'interno del diritto di famiglia.

Posto, dunque, che un problema di responsabilità si pone soprattutto nel momento patologico della relazione familiare, occorre adesso dare conto del modo in cui dottrina e giurisprudenza abbiano inteso applicare il rimedio risarcitorio.

L'impostazione maggioritaria, come si è avuto modo di anticipare, è orientata nel senso di una lettura aquiliana dei danni derivanti dalla violazione dei doveri coniugali e genitoriali, anche se non mancano voci

---

<sup>106</sup> Così A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, cit., p. 1235.

contrarie sulla qualificazione del tipo di responsabilità che deriva da tali rapporti<sup>107</sup>.

Il progressivo e quanto mai inarrestabile superamento delle tradizionali resistenze in tema di immunità, unitamente alla costante valorizzazione della personalità dei singoli membri del *consortium* familiare, ha costituito la base per l'affermazione della responsabilità aquiliana endofamiliare.

Decisiva in tal senso deve ritenersi non soltanto l'evoluzione della famiglia intesa quale luogo di autorealizzazione delle prerogative della persona, ma anche la progressiva espansione della responsabilità civile dovuta alla più recente giurisprudenza in tema di danni non patrimoniali<sup>108</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che predilige l'applicazione delle regole aquiliane ai danni endofamiliari si ricollega, infatti, alla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., inserendosi, in tal modo, nel più ampio dibattito dello spostamento in avanti dei confini della

---

<sup>107</sup> Per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali si rimanda alle note 40, 41, 42 Cap. I.

<sup>108</sup> Cass. Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, cit., p. 120 ss.

Sul tema la letteratura è molto ampia, cfr., *ex plurimis*, P. G. MONATERI, *L'ontologia dei danni non patrimoniali*, in *Danno e resp.*, 2014, 1, p. 62; M. BARCELLONA, *Della risarcibilità del danno non patrimoniale e dei suoi limiti*, in *Danno e resp.*, 2012, 8-9, p. 817 ss; D. CHINDEMI, *Danno morale autonomo rispetto al danno biologico*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 2488 ss; F. D. BUSNELLI, *Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 2, p. 129 ss; ID., *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 97; G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale: una possibile agenda per il nuovo decennio (2010-2020)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 5, p. 247; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale mezzo secolo dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 5, p. 609 ss; A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, in *Foro it.*, 2009, I, p. 120 ss; R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, in *Foro it.*, 2009, I, p. 120 ss; E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 2, p. 81 ss; ID., *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, p. 9 ss; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, p. 5 ss; A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, p. 410 ss; M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale nel diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 1, p. 5 ss.

responsabilità aquiliana. La fine dell'immunità, alla base del nuovo indirizzo, è segnata dalla considerazione della famiglia quale sede di autorealizzazione e di crescita, in cui i singoli componenti conservano le loro essenziali connotazioni, ricevendo tutela "prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione del disposto dell'art. 2 Cost."<sup>109</sup>.

La Corte di Cassazione, nel ripercorrere le ragioni che inducono a sostenere la risarcibilità del danno non patrimoniale secondo le regole della responsabilità extracontrattuale, richiama le note sentenze del 2003 per affermare la valenza e la portata dell'art. 2059 cod. civ. che, oltre alle ipotesi di danno espressamente previste dalla legge, assicura tutela anche alla lesione di diritti fondamentali della persona alla luce della lettura costituzionalmente orientata della norma<sup>110</sup>, cui la Corte Costituzionale ha riconosciuto "l'indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona"<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Cfr. Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit.

<sup>110</sup> Cass. 31 maggio 2003, n. 8827 e Cass. 31 maggio 2003, n. 8828, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2274, con nota di L. LA BATTAGLIA - E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*. Sugli interventi della Corte di Cassazione cfr. anche M. BONA, *L'«ottava vita» dell'art. 2059 c.c., ma è tempo d'addio per le vecchie regole!* e M. P. SUPPA, *La svolta della cassazione in tema di danno non patrimoniale: la nuova valenza dell'art. 2059 c.c.*, in *Giur. it.*, 2004, p. 36; A. SCARPELLO, *Danno esistenziale e sistema del danno alla persona: la Cassazione, la consulta e l'art. 2059 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 260; G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, F. D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La corte di cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 8-9, p. 829 ss; M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. giur.*, 2003, 8, p. 1031 ss.

<sup>111</sup> Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1990. In dottrina cfr. F. GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ.*, 2003, p. 1292; P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 775; E. NAVARRETTA, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona in fieri*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2201.

## 2.1. L'illecito endofamiliare nell'ordinamento giuridico italiano

L'affermazione del rimedio aquiliano nell'ambito delle relazioni familiari costituisce una delle principali novità che ha caratterizzato il diritto di famiglia degli ultimi tempi, in quanto “nell'arco di pochissimi anni si è passati da una (se non formale, almeno) sostanziale preclusione al suo generalizzato accoglimento da parte della giurisprudenza”<sup>112</sup>. Sebbene si sia trattato, in verità, di un processo lento che ha colto il mutamento della posizione dell'individuo all'interno della famiglia, l'inversione della tendenza giurisprudenziale sul tema dei danni è stata pressoché repentina. L'ultimo decennio ha infatti registrato un numero sempre crescente di decisioni con cui i giudici hanno accordato somme, più o meno sostanziose, a titolo di risarcimento del danno.

Il principio secondo cui la riparazione del pregiudizio non patrimoniale non è limitato ai soli casi previsti dalla legge, ma comprende anche quelle ipotesi in cui l'illecito determina la lesione di valori costituzionalmente tutelati, andrebbe così esteso, secondo l'orientamento della giurisprudenza e della dottrina maggioritaria, anche alla violazione dei doveri coniugali e genitoriali.

La prima decisione con cui la Suprema Corte ha mostrato una timida apertura in tal senso risale alla metà degli anni novanta, in cui pronunciandosi in tema di addebito della separazione, ed escludendone nel caso concreto la rilevanza aquiliana, subordinava, allo stesso tempo, la risarcibilità di eventuali danni “alla ricorrenza dell'illecito ipotizzato dalla clausola generale di responsabilità” di cui all'art. 2043 cod. civ.<sup>113</sup>. Si trattava solamente di un piccolo passo, in quanto si è dovuto attendere un

---

<sup>112</sup> Così M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p. 14.

<sup>113</sup> Cfr. Cass. 26 maggio 1995, n. 5866, in *Giur. it.*, 1997, 1, p. 843 ss.

decennio per assistere ad una vera inversione di tendenza che ha determinato l'ammissibilità della responsabilità civile endofamiliare<sup>114</sup>.

Nonostante l'apertura mostrata dai giudici di merito, la giurisprudenza di legittimità si era, infatti, trovata per lungo tempo a condividere le argomentazioni di quella parte della dottrina contraria all'ammissibilità del rimedio risarcitorio<sup>115</sup>.

La Suprema Corte giustifica l'apertura al rimedio aquiliano sulla base del superamento della presunta completezza del diritto di famiglia e dei rimedi previsti in tema di composizione dei contrasti familiari. Gli interessi familiari non si pongono più, alla luce del nuovo indirizzo, su un piano sovraordinato, ma si identificano con quelli dei componenti della comunità familiare, che non costituisce, pertanto, un luogo di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili.

Secondo la Corte, il riconoscimento dei diritti del singolo all'interno della compagine familiare aderisce perfettamente al disposto dell'art. 2 Cost., che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Ed è proprio il rispetto della personalità e della dignità della persona che assurge a diritto inviolabile del singolo familiare rispetto alla formazione sociale costituita dalla famiglia, "non potendo chiaramente ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare"<sup>116</sup>.

Nella decisione in esame, i giudici di legittimità chiariscono, inoltre, che la natura giuridica dei doveri matrimoniali fa sorgere in capo al coniuge un diritto soggettivo nei confronti dell'altro in ordine all'esigibilità di condotte conformi a tali obblighi.

---

<sup>114</sup> Cfr. Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit. Per l'ipotesi di danni subiti dal figlio, v. già Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1352.

<sup>115</sup> Cfr. Cass. 22 marzo 1993, n. 3367, cit.; Cass. 6 aprile 1993, n. 4108, cit.

<sup>116</sup> Cfr. Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit.

Ai fini dell'applicabilità del rimedio aquiliano, tuttavia, non verrebbero in rilievo comportamenti di minima efficacia lesiva, destinati a trovare naturale composizione all'interno della famiglia, in un'ottica di tolleranza e comprensione propria del dovere di assistenza morale, ma rilevano esclusivamente le condotte "che per la loro intrinseca gravità si pongono come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona"<sup>117</sup>.

Da ciò deriverebbe, a parere della Corte, che la mera violazione del dovere coniugale o la pronuncia di addebito della separazione, non rileva di per sé a giustificare una pretesa risarcitoria. È, invece, necessario che venga leso un diritto costituzionalmente qualificato.

Scartando, dunque, l'ipotesi di ogni automatismo tra violazione del dovere e azione risarcitoria, la Corte richiede, a fondamento della pretesa risarcitoria, il filtro selettivo della "gravità della lesione" che muove da una condotta gravemente lesiva e riprovevole, tale da ledere beni di altissima rilevanza costituzionale.

Tale pronuncia, che nella specie ha sanzionato un'ipotesi di omessa informazione riguardante la propria impotenza da parte del marito, ha segnato l'inizio di una serie di decisioni di legittimità e di merito tutte orientate nel senso di ritenere ammissibile, in linea anche con la giurisprudenza in tema di danni alla persona, il rimedio risarcitorio aquiliano nel rapporto tra familiari. La Corte di Cassazione prende, dunque, atto dell'insufficienza e dell'inadeguatezza dei rimedi tipici familiari per fronteggiare le nuove istanze di valorizzazione della persona, conformandosi al nuovo assetto in tema di danno alla persona.

Numerose sono le sentenze di merito e di legittimità che si sono conformate all'orientamento in esame<sup>118</sup>. Successivamente la Corte è tornata sul tema dell'illecito endofamiliare chiarendo anche il rapporto tra i rimedi tipici e i

---

<sup>117</sup> Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit.

<sup>118</sup> Per i riferimenti giurisprudenziali si rimanda alla nota 40 Cap. I.

rimedi di carattere generale<sup>119</sup>. La Corte ha avuto modo di soffermarsi anche su questioni di ordine processuale, osservando, in particolare, che la natura degli istituti familiari non si pone di certo in contrasto con la tutela generale dei diritti, tanto più se si considera che la separazione e il divorzio sono istituti volti a porre rimedio a situazioni di intollerabilità della convivenza e di dissolvimento del vincolo coniugale, che i relativi assegni hanno natura assistenziale e non risarcitoria e che, infine, l'istituto dell'addebito della separazione, di cui all'art. 151 cod. civ., è idoneo a «colpire» solo il coniuge economicamente svantaggiato.

In merito alla disciplina dell'addebito della separazione, è stata rilevata da più parti la minima efficacia rimediabile che è chiamato a svolgere tale istituto: in primo luogo, esso appresta una tutela circoscritta alla sola, ed eventuale, ipotesi in cui il coniuge responsabile della separazione sia proprio quello economicamente più debole dal punto di vista economico. Viceversa, se l'inosservanza del dovere coniugale provenisse dal coniuge economicamente più forte le conseguenze dell'addebito non spiegherebbero nei suoi riguardi alcun effetto. L'insufficienza di tale rimedio è inoltre limitata alle questioni di ordine patrimoniale e non anche alla tutela di diritti fondamentali<sup>120</sup>.

La sentenza in esame chiarisce, peraltro, che la mancanza di addebito della separazione non preclude l'azione risarcitoria *ex art. 2059 cod. civ.*, smentendo così la ricostruzione di merito secondo cui l'azione “sarebbe preclusa ove i coniugi, come nel caso di specie, siano addivenuti a separazione consensuale, rinunciando il coniuge interessato alla pronuncia di addebito, dovendosi tale rinuncia interpretare come rinuncia

---

<sup>119</sup> Cfr. Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, cit.

<sup>120</sup> Sul tema cfr. S. OLIARI, *Addebito della separazione e tradimento plateale: funzioni diverse e azioni autonome*, in *Danno e resp.*, 2012, 4, p. 393; D. AMRAM, *Rimedi giusfamiliari e tutela aquiliana: dall'immunità all'autonomia. Qualche riflessione sul danno intrafamiliare*, in *Danno e resp.*, 2012, 4, p. 386.

all'accertamento della cause della crisi del matrimonio, in quanto giudizialmente accertabili solo nel giudizio di separazione con specifica domanda di addebito"<sup>121</sup>.

Non è riscontrabile, pertanto, alcuna preclusione, dovendosi ritenere che l'azione risarcitoria sia autonoma e indipendente rispetto ai rimedi tipici del diritto di famiglia.

## **2.2. L'illecito endofamiliare nell'ordinamento giuridico spagnolo**

Anche nell'ordinamento giuridico spagnolo il tema della risarcibilità dei danni endofamiliari ha suscitato un grande interesse della dottrina.

Al pari del sistema risarcitorio italiano, il *Código civil* disciplina due forme di responsabilità, l'una derivante dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio, la cui regolamentazione è dettata agli artt. 1101 ss cod. civ., e l'altra volta a regolare rapporti extracontrattuali *ex* artt. 1902 ss cod. civ.

Si tratta di una disciplina che ha tanti punti di contatto con quella italiana, in quanto la distinzione tra le due forme di responsabilità, oltre che basarsi sul differente ambito di applicazione, prevede anche diversi termini di prescrizione, di cinque anni per l'azione risarcitoria derivante dall'inadempimento del rapporto obbligatorio e di un solo anno nell'ipotesi di illecito extracontrattuale, così come previsto rispettivamente dagli artt. 1964 e 1968 cod. civ.

Ciò che più importa in questa sede è mettere in luce le divergenze tra la disciplina dell'illecito extracontrattuale italiano e quello spagnolo, il che rappresenta una premessa fondamentale per comprendere in che modo poi esse si riflettano anche sui casi concreti della presente indagine.

A tal fine è bene sottolineare come nel sistema risarcitorio spagnolo manchi il presupposto dell'ingiustizia del danno, richiesto, invece, espressamente

---

<sup>121</sup> Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, cit.

dall'art. 2043 cod. civ. italiano. Non è poi riscontrabile in tale ordinamento una norma apposita che disciplini il danno non patrimoniale, così come è configurato all'art. 2059 del codice civile italiano. A ciò consegue che il *daño moral* è pacificamente considerato risarcibile sia in sede contrattuale sia in ambito extracontrattuale, senza alcuna resistenza da parte della dottrina e della giurisprudenza. È noto come, invece, la collocazione dell'art. 2059 cod. civ. nel quadro della disciplina dettata dal legislatore in tema di responsabilità aquiliana, sia stata utilizzata tradizionalmente quale argomentazione, da gran parte della dottrina italiana, volta a limitare la risarcibilità del danno non patrimoniale nell'ambito della responsabilità da inadempimento<sup>122</sup>.

Al contrario, in Spagna, la questione non è controversa, non essendo ricavabile alcun dato normativo che limiti, o che venga utilizzato per escludere, la riparazione del *daño moral contractual*<sup>123</sup>.

Tornando alla questione della risarcibilità dei danni endofamiliari nell'ordinamento spagnolo, si è già detto delle tradizionali resistenze che hanno impedito per lunghissimi anni la riparazione di tali pregiudizi, ragioni che erano per lo più legate al modo di intendere i rapporti familiari e la *ratio* della disciplina dettata in materia dal legislatore. È utile ricordare come i principi contenuti nella Costituzione spagnola del 1978, riflesso del mutamento della coscienza sociale e del valore da attribuire alle libertà individuali, insieme alle riforme che hanno interessato il diritto di famiglia

---

<sup>122</sup> Sul tema della risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da inadempimento, cfr., soprattutto, S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale* e L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 2, p. 437 ss e 475 ss; D. MESSINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 3, p. 333 ss; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, S. MAZZAMUTO (a cura di), Torino, 2002, p. 467.

<sup>123</sup> Cfr. M. BARRIENTOS ZAMORANO, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca, 2007, p. 38 ss.

soprattutto nel 2005, hanno di certo contribuito ad alimentare il dibattito giuridico attorno alla tematica degli illeciti civili nella famiglia.

La dottrina spagnola ormai maggioritaria, infatti, ammette la risarcibilità dei danni endofamiliari per via aquiliana, ai sensi degli artt. 1902 ss cod. civ.<sup>124</sup>. In applicazione di tale norma, il danno risulterà risarcibile a causa della lesione subita dal coniuge nell'ipotesi in cui l'altro non adempia agli obblighi assunti liberamente con la celebrazione del matrimonio.

La condotta dovrà tradursi in un illecito civile, idoneo a causare un *daño moral*, derivante dall'inosservanza di uno dei doveri coniugali previsti dal codice. Qualora la condotta integri una fattispecie penalmente rilevante, troveranno applicazione le norme di cui agli art. 107 ss del codice penale spagnolo. Se, invece, la condotta dà origine ad uno dei delitti contro l'intimità e l'onore, dovranno trovare attuazione le norme contenute nella Ley Organica 1/1982, de 5 de mayo.

Oggetto del risarcimento sarà, dunque, il *daño moral* che dovrà essere debitamente provato dal coniuge, insieme al nesso causale, e che potrà coincidere con il sentimento di abbandono, di ansia e di compromissione della stima della persona che ha subito il pregiudizio. Si escludono, invece,

---

<sup>124</sup> In questa direzione cfr. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE – P. CHAPARRO MATAMOROS, *Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales*, cit., p. 125; M. B. SAINZ CANTERO CAPARROS – A. M. PEREZ VALLEJO, *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, cit., p. 1 ss; C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *De los derechos y deberes de los cónyuges*, en *Código civil comentado*, vol. I, Navarra, 2011, p. 441; P. CREMADES GARCIA, *El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar*, *La ley*, 2008, 41321; J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, cit.; C. PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *El incumplimiento de los deberes conyugales. Consecuencias jurídicas*, *Academia Sevillana del Notariado*, XVIII, 2006-2007, p. 14 ss; T. MARIN GARCIA DE LEONARDO, *¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?*, *BIB*, 2004, p. 1732; M. MEDINA DE LEMUS, *Comentario a los arts. 66 y ss C.c.*, en *Comentarios al Código civil*, RAMS ALBESA (coord.), vol. I, Barcelona, 2000, p. 660 ss.

i danni patrimoniali, i quali rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 97 cod. civ., che disciplina l'istituto della *pensión compensatoria*.

Quanto alle modalità di imputazione della responsabilità, il criterio generale richiesto è quello previsto all'art. 1902 cod. civ., ovvero la colpa. Esito non troppo scontato se si considera che vi sono orientamenti che, al contrario, richiedono, quale criterio di imputazione il dolo o la colpa grave, per fondare adeguatamente la pretesa risarcitoria, con l'obiettivo di contenere la proliferazione delle istanze risarcitorie<sup>125</sup>.

Tale orientamento fa leva essenzialmente su due disposizioni del Código civil, gli artt. 168 co. 2 e 1390, che richiedono il dolo o la colpa grave quali criteri per fondare, rispettivamente, la responsabilità del padre nell'ipotesi di perdita o deterioramento dei beni del figlio e la responsabilità del coniuge per i casi di cattiva amministrazione dei beni in comunione. Si tratta di una impostazione prontamente smentita dalla dottrina maggioritaria che non ritiene corretto derogare alla regola generale contenuta all'art. 1902 cod. civ. attraverso norme di carattere eccezionale.

L'unico elemento in più che si può richiedere, sempre a parere dell'orientamento prevalente, e al fine di restringere il campo di applicazione dell'art. 1902 cod. civ. agli illeciti endofamiliari, è la gravità o la reiterazione della condotta e non di certo un criterio soggettivo di attribuzione della responsabilità diverso da quello richiesto dalla norma in via generale.

Si ritiene che tali elementi selettivi della condotta del coniuge non integrino un giudizio rafforzato di colpevolezza, ma indichino semplicemente la necessità di escludere tutte quelle azioni giudiziali pretestuose o che si

---

<sup>125</sup> Si veda M. T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales*, in J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Daños en el Derecho de familia*, «*Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial*», Navarra, 2006, p. 160 ss; A. M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre conyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho*, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2003, 10, p. 65 ss.

basano su violazioni di minima efficacia lesiva dei doveri coniugali, destinate a trovare naturale composizione all'interno del dispiegarsi dei rapporti affettivi<sup>126</sup>.

Anche la giurisprudenza si orienta allo stesso modo e il *Tribunal Supremo* ha, infatti, ritenuto sufficiente il ricorrere della colpa, quale criterio di imputazione della responsabilità, in una decisione riguardante il pregiudizio subito dal genitore privato della possibilità di relazionarsi con la propria figlia<sup>127</sup>.

All'orientamento che si è detto prevalente e che ammette la riparazione dei pregiudizi derivanti dall'inosservanza grave o reiterata dei doveri coniugali di cui agli artt. 67 e 68 cod. civ. si oppone quella parte della dottrina che, invece, delimita l'azione risarcitoria ex art. 1902 cod. civ. alle sole ipotesi in cui la condotta del coniuge integri una fattispecie penalmente rilevante o che sia lesiva di un diritto fondamentale della persona, riservando alla mera violazione degli obblighi matrimoniali i rimedi specifici del diritto di famiglia<sup>128</sup>.

Le argomentazioni che restringono l'operatività dell'art. 1902 cod. civ. ai danni endofamiliari non si ricollegano ad un'idea di immunità, ormai

---

<sup>126</sup> Così J. R. DE VERDA Y BEAMONTE – P. CHAPARRO MATAMOROS, *Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales*, cit., p. 125. L'A. nel descrivere i presupposti della responsabilità civile nell'illecito endofamiliare afferma la necessità degli elementi della gravità e della reiterazione della condotta del coniuge che viola il dovere coniugale. Ciò, però, “no significa exigir una culpabilidad reforzada al cónyuge que incumple, sino excluir que los tribunales se vean obligados a conocer de demandas de responsabilidad civil dirigidas a obtener la reparación de daños morales, basadas en la alegación de incumplimientos nimios de la obligaciones conyugales”.

<sup>127</sup> Cfr. Tribunal Supremo 30 junio 2009 (RJ 2009, 5490).

<sup>128</sup> In questo senso cfr. A. FAYOS GARDO, *Daños morales en las relaciones familiares: dercho de familia o de la responsabilidad civil*, in *Actualidad civil*, 2011, 14, p. 1563; L. DIEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Madrid, 2008, p. 43 ss; M. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de familia*, Madrid, 2006, p. 121 ss; A. M. ROMERO COLOMA, *¿Es indemnizable la violación de los artículos 67 y 68 del Código civil? (A propósito de la sentencia del Tribunal supremo de 30 de julio de 1999)*, in *Abogados de Familia*, 2000, p. 17; L. F. R. SANCHEZ, *Los deberes conyugales*, in *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, n. 14 – 15, 1996-1997, p. 272.

ampiamente superata anche nell'ordinamento giuridico spagnolo, ma si fondano principalmente sulle difficoltà che l'interprete riscontra nel determinare quale sia il danno risarcibile, data l'assenza di criteri certi al di fuori delle fattispecie penalmente rilevanti o che integrano la lesione di un diritto fondamentale. Si ritiene, pertanto, che non sia possibile introdurre indirettamente un sistema risarcitorio che in effetti non è previsto dalle norme del diritto di famiglia, che, al contrario, detta una disciplina volta ad assicurare massima libertà in tema di scioglimento del vincolo coniugale. Si fa leva, inoltre, sul carattere etico e morale, e non giuridico, degli obblighi matrimoniali e sulla necessità di non alterare quel bilanciamento di valori voluto dal legislatore in materia di principi che informano l'assetto dei rapporti personali tra i coniugi.

Nonostante, come si è detto, la dottrina maggioritaria sia ormai orientata nel senso di riconoscere e sostenere, al pari di quella italiana, l'applicabilità delle regole della responsabilità extracontrattuale, lo stesso non può dirsi, almeno per il momento, per la giurisprudenza.

Le prime decisioni sul tema risalgono al 1999, quando il *Tribunal Supremo* si è trovato ad affrontare due casi originati da fattispecie molto simili tra loro, ma portate all'attenzione dei giudici attraverso domande giudiziali di diversa natura. In entrambi i casi il genitore esperiva un'azione diretta ad ottenere il risarcimento del danno derivato dall'aver scoperto che i figli nati dal matrimonio non fossero in realtà i propri, ma frutto di una relazione extraconiugale della rispettiva moglie<sup>129</sup>.

Nella prima fattispecie, l'attore chiedeva la riparazione dei pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali causati dall'aver mantenuto il figlio con la convinzione di esserne genitore e dalla conseguente lesione dell'onore e della dignità. Il *Tribunal Supremo* non accolse le pretese risarcitorie,

---

<sup>129</sup> Tribunal Supremo 22 luglio 1999, n. 687, (RJ 1999, 5721); Tribunal Supremo 30 luglio 1999, n. 701, (RJ 1999, 5726).

argomentando la propria decisione sulla mancanza di mala fede della moglie, la quale non aveva certezza sulla reale paternità del figlio, mancando, così, l'accertamento di una condotta dolosa.

La seconda decisione, originata dalla medesima fattispecie, contiene una motivazione diversa, dovuta alla differente strategia processuale utilizzata dall'attore: questi chiedeva ai giudici la riparazione del danno derivante dall'inadempimento contrattuale dell'obbligo di fedeltà.

Il *Tribunal Supremo* respinse l'azione risarcitoria fondando la decisione su argomentazioni basate sull'idea che l'unica conseguenza possibile fosse da ricercare nei rimedi offerti dal diritto di famiglia. I giudici, inoltre, chiarivano che per il caso di specie non era possibile invocare l'art. 97 cod. civ., che disciplina l'istituto della *pensión compensatoria*, tantomeno gli artt. 1101 ss cod. civ. in tema di responsabilità contrattuale. Da un lato, dunque, i giudici riconoscevano la riprovazione etica e sociale derivante dalla violazione del dovere di fedeltà, dall'altro, però, escludevano categoricamente che dalla stessa potesse derivare qualsivoglia forma di risarcimento<sup>130</sup>, affermando che “el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna”.

L'impossibilità di ricondurre l'illecito endofamiliare nel paradigma risarcitorio contrattuale, di cui agli artt. 1101 ss cod. civ., si fonda sulla

---

<sup>130</sup> Il Tribunal Supremo (STS 30 luglio 1999, n. 701) afferma che “el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los arts. 67 y 68 C.c. son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su art. 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el art. 87 y, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del art. 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberese en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

considerazione che il matrimonio è un negozio giuridico di tipo familiare e non è inquadrabile nello schema del contratto.

Anche dalla giurisprudenza delle *Audiencias Provinciales* emerge l'orientamento volto ad escludere la risarcibilità del *daño moral* derivante dalla violazione degli obblighi di cui agli artt. 66 ss cod. civ.<sup>131</sup>.

A ben vedere, e a differenza di quanto accade nel nostro ordinamento, in cui la Corte di Cassazione ha assunto una posizione ben precisa sulla questione, la giurisprudenza spagnola in materia di danni endofamiliari sembra voler salvaguardare la specificità delle conseguenze e dei rimedi tipicamente familiari. Allo stesso tempo, in alcune ipotesi, sembrerebbe propendere, ai fini dell'accoglimento dell'azione risarcitoria, per la necessaria ricorrenza dell'elemento del dolo che implichi la lesione di diritti della persona, quali l'onore, la reputazione e la dignità<sup>132</sup>.

Tale impostazione ha suscitato non poche polemiche che si giustificano in ragione della mancanza dell'elemento del dolo tra i presupposti presenti nella formulazione dell'art. 1902 cod. civ. spagnolo<sup>133</sup>.

Resta comunque fermo che la dottrina maggioritaria, per avallare la propria posizione di apertura alla responsabilità civile per i danni endofamiliari, senza dover ricorrere all'elemento del dolo, ritenuto estraneo alla lettera

---

<sup>131</sup> Per la giurisprudenza delle Audiencias Provinciales, si vedano, tra le tante, Audiencia Provincial Coruña 8 novembre 2010 (AC 2010, 2303); Audiencia Provincial Murcia 18 novembre 2009 (AC 2010, 60); Audiencia Provincial León 30 gennaio 2009 (JUR 2009, 192431); Audiencia Provincial Valencia 2 novembre 2004 (AC 2004, 1994); Audiencia Provincial Segovia 30 settembre 2003, n. 186; Audiencia Provincial Madrid 28 novembre 1994.

<sup>132</sup> Si veda, a tal riguardo, Audiencia Provincial Segovia 11 dicembre 2007, n. 213 (JUR 2008, 148138); Audiencia Provincial Valencia 5 settembre 2007, n. 466 (JUR 2007, 340366); Audiencia Provincial Burgos 16 febbraio 2007, n. 65 (JUR 2007, 21748); Audiencia Provincial Barcellona, 16 gennaio 2007, n. 27 (JUR 2007, 323682); Audiencia Provincial León 2 gennaio 2007, n. 1 (JUR 2007, 59972).

<sup>133</sup> Per i rilievi critici cfr. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE – P. CHAPARRO MATAMOROS, *Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales*, cit., p. 120; A. M. ROMERO COLOMA, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Barcellona, 2009, p. 50.

dell'art. 1902 cod. civ., fa leva sulla prima decisione (n. 687/1999) al fine di sostenere che è a questa sentenza che bisogna fare riferimento per affermare l'applicabilità del rimedio risarcitorio alla famiglia, la quale nulla dice in proposito della irrisarcibilità della violazione del dovere di fedeltà. Il fatto che i giudici non abbiano escluso nelle motivazioni l'ipotetica risarcibilità del danno da violazione del dovere di fedeltà, induce tale orientamento a sostenere che in realtà tale eventuale pregiudizio è, invece, riparabile. La conclusione cui perviene l'orientamento maggioritario è dunque quella di ritenere che la successiva sentenza del *Tribunal Supremo* (n. 701/1999), nonostante abbia apertamente affermato l'irrisarcibilità dei danni subiti a causa della violazione del dovere di fedeltà, "no creó jurisprudencia"<sup>134</sup>, perchè non contiene la medesima *ratio decidendi*.

La conclusione della dottrina non sembra essere condivisibile: a ben vedere si è premesso che nonostante i due casi fossero originati da fattispecie molto somiglianti tra loro, le domande giudiziali erano volte a richieste risarcitorie diverse. In realtà, infatti, nella decisione n. 687/1999, il *Tribunal Supremo* non affronta la questione della risarcibilità del danno derivante dall'inosservanza del dovere di fedeltà: l'attore, nel caso in esame, lamentava i danni patrimoniali e morali subiti a causa dell'occultamento della reale paternità di colui che aveva da sempre considerato come figlio, senza chiedere alcunché con riguardo ai pregiudizi subiti a causa dell'adulterio della moglie. Pertanto non si vede come questa decisione possa costituire un valido fondamento per sostenere la risarcibilità dei danni causati in violazione degli artt. 67 e 68 cod. civ.. E non si comprende, ancora, come possa ignorarsi la successiva sentenza, emanata a distanza di pochissimi giorni, sempre dal *Tribunal Supremo*, in cui i giudici, questa

---

<sup>134</sup> L'espressione è di J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales*, cit., p. 142.

volta sì, chiariscono che dalla violazione degli obblighi matrimoniali non può conseguire alcuna pretesa risarcitoria.

In realtà ci si dovrebbe soffermare non tanto sulla circostanza che la prima sentenza non abbia escluso la risarcibilità della violazione del dovere di fedeltà, che come detto non era neanche oggetto della domanda giudiziale, quanto alle motivazioni della seconda decisione del *Tribunal Supremo*, il quale non si limita ad escludere tale riparazione, ma pone l'accento su un aspetto che lascia ben pochi dubbi sull'orientamento intrapreso dai giudici: si fa espresso riferimento alla riprovazione etica e morale che accompagna l'inosservanza degli obblighi matrimoniali, negando qualsivoglia conseguenza di tipo giuridico. Ciò è fortemente sintomatico della chiara presa di posizione circa l'irrisarcibilità di tali danni e non si vede come gli stessi giudici abbiano potuto, al contrario, sostenere la giuridicità di tali obblighi, e la conseguente applicazione del rimedio risarcitorio, nella sentenza emanata soli quindici giorni prima.

Inoltre, la dottrina spagnola, sempre con l'obiettivo di smentire quanto emerso dalla lettura della sentenza n. 701/1999, fa riferimento anche ad una decisione ancora più recente, riguardante un caso in cui l'attore proponeva azione risarcitoria per *daño moral* conseguente alla violazione del dovere di fedeltà, ma che non trovò accoglimento e soluzione data l'intervenuta prescrizione dell'azione<sup>135</sup>. In particolare si muove dal convincimento che in questa occasione il *Tribunal Supremo*, pur non potendo accogliere il ricorso per decorso del termine di prescrizione, non ha comunque escluso la possibilità del risarcimento del *daño moral* da violazione del dovere coniugale<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> Tribunal Supremo 14 luglio 2010 (RJ 2010, 5152). Cfr., per la stessa questione, Tribunal Supremo 18 giugno 2012 (RJ 2012, 213465).

<sup>136</sup> In questo senso cfr. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE – P. CHAPARRO MATAMOROS, *Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales*, cit., p. 143.

Infine, occorre segnalare, a differenza di quanto è invece previsto nell'ordinamento italiano, che la particolare brevità del termine di prescrizione previsto per l'esercizio dell'azione di responsabilità extracontrattuale *ex art. 1902 cod. civ.*, funge da limite, e da vero filtro, all'accoglimento delle pretese risarcitorie tra coniugi.

### Capitolo III

#### *Violazione dei doveri coniugali e responsabilità per inadempimento*

**Sommario:** **1.** L'incompatibilità tra rimedio aquiliano e diritto di famiglia. **2.** La relazione di prossimità tra danneggiante e danneggiato. **3.** Il nodo problematico dell'ingiustizia del danno. **4.** La responsabilità per inadempimento dei doveri coniugali. **4.1.** La questione della (ir)risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento. **5.** Sulla teoria degli obblighi di protezione. **5.1.** Gli obblighi di protezione «in connessione» e «allo stato puro». **6.** Obblighi familiari di protezione.

#### **1. L'incompatibilità tra rimedio aquiliano e diritto di famiglia**

Il generale accoglimento del rimedio aquiliano nei rapporti familiari, benché largamente condiviso dalla giurisprudenza e dalla dottrina, non va esente da rilievi critici da parte di quegli autori che ne denunciano l'incompatibilità strutturale e l'inconciliabilità delle rispettive discipline<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> L'impossibilità di far discendere, quantomeno, in via esclusiva, una responsabilità aquiliana dalla violazione dei doveri matrimoniali deriverebbe dalla natura giuridica degli obblighi *ex* artt. 143 ss cod. civ. Sebbene tali doveri, come si vedrà nel prosieguo dell'indagine, non abbiano natura patrimoniale, sono pur sempre connotati da "specificità", e ciò in quanto individuano soggetti determinati di un rapporto. L'orientamento della dottrina e della giurisprudenza prevalente, che ha accolto il rimedio aquiliano nel diritto di famiglia, sembra limitato esclusivamente al riconoscimento nella famiglia di quelle fattispecie "autonomamente rilevanti ai sensi degli artt. 2043 e 2059 c.c., determinando la lesione di un interesse giuridicamente tutelato in via primaria nella vita di relazione". Benché si tratti, ad ogni modo, di un importante passo in avanti nella tutela dei diritti della persona, ciò non risolve la questione della risarcibilità dei danni causati dalla «mera» violazione dei doveri coniugali.

Cfr. A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, cit., p. 1234.

I punti di maggiore interesse riguardano obiezioni che mettono in crisi il nuovo corso intrapreso dai nostri giudici.

Si ritiene che l'apertura del diritto di famiglia ai rimedi di carattere generale abbia l'effetto di alterare quel bilanciamento operato dal legislatore che, nel delineare l'equilibrio tra la tutela dell'interesse familiare e la protezione dei diritti dei singoli, ha operato precise scelte di politica del diritto.

È stato osservato che l'approdo giurisprudenziale favorevole al rimedio aquiliano, ispirato, in apparenza, a garantire e a rafforzare la tutela della dignità dell'individuo sia, invece, uno strumento che nella pratica comprometta il diritto di autodeterminazione nella scelta di porre fine al vincolo matrimoniale, considerato, sempre dalla giurisprudenza di legittimità, un bene di altissima rilevanza costituzionale, finalizzato a garantire la libertà della persona<sup>138</sup>.

Su questa linea si è osservato che la scelta di rimediare all'illecito endofamiliare per via aquiliana avrebbe l'effetto di comportare una vera e propria "opera di *giuridificazione* di situazioni e di scelte attinenti alla sfera intima, affettiva, emotiva, sessuale [...] scelte che innervano e caratterizzano i rapporti familiari, e che appaiono legate imprescindibilmente alla *libertà* del singolo nella famiglia e, pertanto, risultano *difficilmente* riconducibili entro lo schema normativo predisposto dall'art. 2043 cod. civ., se non a pena di una compressione evidente della sfera di libertà dell'individuo e delle sue libere scelte in ambito familiare"<sup>139</sup>.

Occorre, dunque, interrogarsi sulla compatibilità tra famiglia e regole che governano la responsabilità civile: il più recente dibattito dottrinale, che evidenzia l'"eccedenza di motivazioni e di entusiasmo"<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Cfr. Cass. 6 aprile 1993, n. 4108, cit.

<sup>139</sup> Così G. RAMACCIONI, *I cd. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, cit., p. 195.

<sup>140</sup> L'espressione è utilizzata da M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p. 19 ss.

dell'orientamento maggioritario, fa leva proprio sull'inconciliabilità tra questi due settori dell'ordinamento, in virtù della preesistenza di un rapporto giuridico tra danneggiato e danneggiante.

Ciò non può non direzionare il discorso sul ruolo che assume lo *status* coniugale e sul modo in cui si intendano coordinare gli strumenti di tutela propri del diritto di famiglia e le regole di responsabilità. In altre parole occorre chiedersi se a fondamento di un'eventuale pretesa risarcitoria rilevi «semplicemente» lo *status* di persona oppure sia «necessario» lo *status* di coniuge. La distinzione non è di poco conto e anche la giurisprudenza sembra avvedersene, salvo poi non considerarne gli effetti: dalle decisioni in tema di illecito endofamiliare, infatti, i giudici distinguono le conseguenze che si ricollegano alla «mera» violazione del dovere coniugale, in cui ciò che rileva è lo *status* di coniuge, da quelle in cui tale *status* rileva in maniera indiretta e mediata.

In quest'ultimo caso si fa riferimento alle ipotesi risarcitorie in cui non sarà sufficiente la mera violazione del dovere, di per sé, dunque, sanzionabile con i rimedi tipici del diritto di famiglia, ma è necessario il ricorrere di un *quid pluris*, ovvero la violazione del dovere generale del *neminem laedere* idoneo a ledere un diritto costituzionalmente qualificato. A ben vedere, però, questa è un'ipotesi nella quale rileva non già la posizione di coniuge, ma quella di persona in quanto tale e la cui tutela rileverebbe in ogni caso perché portatrice di situazioni soggettive comunque rilevanti, a prescindere dalla qualità di coniuge<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> Cfr. A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, cit., p. 1230; G. F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi*, cit., p. 99. L'A. rileva come dall'analisi della casistica sul tema della responsabilità endofamiliare emerge chiaramente che ancora oggi non può ammettersi la risarcibilità per i danni derivanti dalla violazione dei doveri coniugali. Dalla lettura della giurisprudenza si evince che “[...] la semplice violazione di uno dei doveri di cui all'art. 143 c.c. non è sufficiente, da sé, a giustificare la risarcibilità del danno che ne discenda [...]”. Non è, infatti, sulla “violazione di uno specifico e preesistente dovere che

Tale ricostruzione, nel tentativo di determinare il rapporto tra rimedi specifici e rimedi generali, sembrerebbe dare esiti poco rassicuranti, perchè pare abbia l'effetto di (ri)affermare la specialità della disciplina familiare: in dottrina si è osservato che se si esclude la rilevanza della «mera» inosservanza del dovere e si richiede, ai fini della responsabilità del coniuge, la lesione di un diritto fondamentale della persona, non si fa altro che ammettere la specialità di tale settore dell'ordinamento<sup>142</sup>. Ciò comporterebbe, tra l'altro, la contestuale duplicazione di una tutela, quella della persona, già apprestata dall'ordinamento giuridico.

Da ciò si potrebbe facilmente concludere che la violazione dei doveri coniugali non è, di per sé, risarcibile e che, dunque, l'unica eventuale «sanzione» all'inosservanza degli obblighi *ex art. 143 cod. civ.* è l'addebito della separazione. La responsabilità endofamiliare, allo stato delle decisioni giurisprudenziali, non è altro che un'applicazione della tutela generale della persona alle ipotesi in cui venga in essere una lesione di un diritto costituzionalmente qualificato.

Per evitare di tornare al punto di partenza e di rievocare immunità e privilegi che si ritengono sostanzialmente superati, si dovrà cercare di reimpostare la questione, in relazione alla possibilità di applicare il rimedio risarcitorio alle ipotesi di inosservanza dei doveri matrimoniali, chiedendosi, in primo luogo, se vi sia spazio per una responsabilità del terzo o se, invece, il risarcimento sia configurabile solo in capo al familiare<sup>143</sup>.

In realtà, la questione relativa alla posizione del terzo è stata risolta dalla giurisprudenza nel senso di escluderne la responsabilità, tenuto conto che questi, a differenza del coniuge, non è soggetto ai doveri coniugali. Ma ciò

---

i giudici fondano il risarcimento, bensì sulla generica violazione del *neminem laedere*, e sulla previsione dell'art. 2043 c.c.”.

<sup>142</sup> Sul punto cfr. M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p 16.

<sup>143</sup> La questione è approfondita soprattutto da M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p 17.

che qui interessa è proprio il motivo per il quale il terzo non può essere ritenuto responsabile: la condotta è illecita solo se posta in essere dal familiare, e non anche da un soggetto estraneo al *consortium* familiare, poichè quest'ultimo non ha alcun legame o vincolo da cui scaturiscono determinati obblighi. Da ciò sembrerebbe agevole concludere che è proprio la relazione qualificata a determinare l'illiceità della condotta.

A ben vedere, la valutazione della condotta del terzo<sup>144</sup> è utile per comprendere la contraddizione che potrebbe derivare dall'applicazione della disciplina *ex art. 2043 cod. civ.* alle ipotesi di violazione dei doveri coniugali: se ciò che rileva non è la mera violazione del dovere coniugale, ma la lesione di un diritto costituzionalmente garantito, non si vede come sia possibile, in applicazione della clausola generale di responsabilità, escludere anche l'eventuale responsabilità del terzo.

Se ciò che viene in rilievo, ai fini dell'esperimento dell'azione risarcitoria è non già il semplice dovere coniugale individuato dall'art. 143 cod. civ., bensì addirittura un valore di rango costituzionale, non si può cadere in contraddizione affermando che poi il terzo, perché estraneo alla famiglia, rimarrebbe, in questa sede, impunito per la sua condotta, tanto più se si considera che la violazione potrebbe riguardare un diritto della personalità.

Se è vero, invece, che il terzo non può essere ritenuto co-responsabile per violazione degli obblighi matrimoniali, allora si potrebbe concludere positivamente circa la sua estraneità ad ogni forma di responsabilità per violazione dei doveri *ex art. 143 cod. civ.*, dovendosi riconoscere responsabile solo il coniuge «inadempiente» ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. Escludere la responsabilità del terzo nei termini qui descritti consente di porre l'attenzione sull'elemento della «relazionalità» e permette di

---

<sup>144</sup> Sul punto cfr. E. GIACOBBE, *Il matrimonio. L'atto e il rapporto*, cit., p. 693; C. RIMINI, *Violazione dei doveri familiari: verso la tutela aquiliana della serenità familiare?*, cit., p. 6 ss.

risolvere, inoltre, la questione relativa alla necessità, o meno, che la condotta venga posta in essere da chi abbia lo *status* di familiare.

## **2. La relazione di prossimità tra danneggiante e danneggiato**

Porre l'attenzione sull'aspetto della relazionalità per ricercare il fondamento della responsabilità endofamiliare sembrerebbe aggiungere un ulteriore dato per proseguire l'analisi critica sull'inconciliabilità tra famiglia e responsabilità civile, al fine di prospettare un'alternativa alla costruzione giurisprudenziale dell'illecito endofamiliare, che seguirà nel corso di queste pagine.

Ignorare, infatti, l'importanza del rapporto giuridico preesistente e la natura giuridica dei doveri sanciti agli artt. 143 ss cod. civ. conduce ad un'applicazione della disciplina di cui all'art. 2043 cod. civ. che non tiene in debito conto “della sua logica e del suo ruolo specifico nel sistema”<sup>145</sup>.

Ciò fa emergere soprattutto il paradosso che deriverebbe dall'applicazione dell'art. 2043 cod. civ., in quanto “[...] da un lato la violazione del dovere familiare renderebbe superflua la ricerca del profilo di ingiustizia del danno, dall'altro il criterio della colpa sostituirebbe la mera negligenza alle violazioni degli obblighi familiari”<sup>146</sup>.

A ciò devono aggiungersi le contraddizioni relative al rispetto delle esigenze di politica del diritto, legate al rischio di esasperare le esigenze individuali a discapito dell'interesse familiare, quale formazione sociale a cui la stessa Costituzione riconosce autonomia e tutela. Il risultato ultimo di

---

<sup>145</sup> A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 937. L'A. evidenzia come “così intesa la responsabilità extracontrattuale si presenta come una reazione brutale al danno intrafamiliare che fa rilevare quel danno ingiusto e quei criteri di collegamento dei quali non vi sarebbe bisogno se davvero si facesse leva sulla violazione degli obblighi familiari”.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 938.

questa impostazione è quello di spostare l'accento dagli obblighi e dalla relazione familiare ai beni tutelati in generale, con la conseguenza di prescindere del tutto dal vincolo familiare.

Dalla lettura delle decisioni giurisprudenziali su questo tema, si evince facilmente che l'utilizzabilità del rimedio aquiliano nei danni endofamiliari trae il suo fondamento e la sua giustificazione nell'esigenza di assicurare tutela alla dignità della persona<sup>147</sup>. A ben vedere, si giustifica l'ammissibilità della responsabilità civile per rimuovere ogni ostacolo di tutela alla dignità della persona in ragione della sua «collocazione» all'interno, o all'esterno, della comunità familiare: la Corte di Cassazione ha osservato che il rispetto della dignità e della personalità nella sua interezza assume i caratteri del diritto inviolabile e, pertanto, costituisce presupposto logico della responsabilità civile anche nella relazione familiare.

Generalizzare la tutela della persona, prescindendo dalla dimensione relazionale della famiglia, e degli obblighi di cui si caratterizza, comporta, però, “il paradosso di negare il vincolo nel mentre stesso in cui se ne sanziona di fatto la violazione e in pari tempo si oblitera la natura specifica della lesione cagionata dal familiare”<sup>148</sup>.

Non può infatti prescindersi dalla considerazione che determinate condotte offensive per il coniuge possano, allo stesso tempo, risultare inoffensive verso un estraneo e viceversa: non può non tenersi conto di queste considerazioni, dal momento che “[...] nel matrimonio si danno degli obblighi reciproci di solidarietà ed è proprio la violazione di questi che lede la persona dell'altro coniuge [...]”<sup>149</sup>.

La mancanza di solide argomentazioni a sostegno della ammissibilità del rimedio aquiliano nella famiglia si scorge anche in ordine al problema

<sup>147</sup> Cfr. Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, cit.

<sup>148</sup> Così A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 940.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 941.

dell'individuazione della fonte degli obblighi di natura familiare e del correlativo inquadramento del tipo di responsabilità che ne deriva.

I punti di criticità maggiori risiedono nell'indiscriminata applicazione delle regole generali della responsabilità civile a soggetti legati da una relazione qualificata, negando, così, l'approssimarsi del diritto di famiglia verso strumenti di tipo negoziale, in un'ottica di privatizzazione dei rapporti familiari<sup>150</sup>.

Anche sul versante spagnolo parte della dottrina ha iniziato una riflessione volta a comprendere la reale (in)compatibilità tra diritto di famiglia e regole di responsabilità civile<sup>151</sup>. In particolare, si vedrà come tali orientamenti tendano ad interrogarsi sulla possibilità di intendere il rapporto familiare secondo il diritto delle obbligazioni o sulla convenienza di elaborare una disciplina, pur sempre speciale, volta a disciplinare gli illeciti familiari.

### **3. Il nodo problematico dell'ingiustizia del danno**

Altro punto critico che investe la configurabilità di una responsabilità aquiliana endofamiliare è quello relativo al profilo dell'ingiustizia del danno.

Com'è noto il requisito dell'ingiustizia del danno è chiamato a selezionare, nel quadro dell'atipicità del sistema, gli interessi meritevoli di tutela. In generale, il danno è ingiusto quando si configura la violazione di un bene

---

<sup>150</sup> Cfr. E. LA ROSA, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito, responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in *La responsabilità civile nel terzo millennio*, cit., p. 373.

<sup>151</sup> Sul tema cfr. D. V. ARAVENA, *Daños civiles en el matrimonio*, cit., p. 179 ss. Cfr., in questa direzione, G. DI ROSA, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., *passim*; M. DE ARANZANU NOVALES ALQUEZAR, *Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el derecho de familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges*, in *Revista jurídica del notariado*, 2006, 60, p. 204 ss.

meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Si tratta di una valutazione comparativa tra due interessi contrapposti che l'interprete ha il compito di indagare: si valuta l'interesse leso e l'interesse che l'agente realizza attraverso la sua condotta.

La ricostruzione giurisprudenziale in materia di danni endofamiliari procede, invero, in modo del tutto singolare, in quanto alla violazione dei doveri coniugali, in termini, si noti bene, di "inadempimento" di un rapporto preesistente, i giudici richiamano, quale reazione dell'ordinamento, le regole della responsabilità extracontrattuale<sup>152</sup>, operando una "ambigua operazione di ibridazione giuridica: obblighi contrattuali sanzionati con la responsabilità extracontrattuale"<sup>153</sup>.

La contraddizione si coglie in maniera chiara in un recente sentenza, in cui la Suprema Corte sottolinea che è "[...] proprio la qualità di coniuge e la violazione di obblighi nascenti dal matrimonio che, da un lato è causa di intollerabilità della convivenza, giustificando la pronuncia di addebito [...], dall'altro si configura come comportamento (doloso o colposo) che, incidendo su beni essenziali della vita, produce un danno ingiusto, con conseguente risarcimento, secondo lo schema generale della responsabilità civile"<sup>154</sup>.

Per fondare la pretesa risarcitoria non è poi sufficiente, come già detto, la «mera» violazione dell'obbligo, ma è necessaria la lesione di un diritto fondamentale, proprio per assicurare il ricorrere dei presupposti della risarcibilità in via aquiliana.

---

<sup>152</sup> Cfr., in questa direzione, G. DI ROSA, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., *passim*. L'A. pone attenzione proprio al collegamento tra "il contestato inadempimento rispetto agli obblighi derivanti *ex lege* dal negozio matrimoniale e la risposta affidata all'ordinamento per il tramite di una forma di responsabilità che, tuttavia, in quanto appunto aquiliana, postula (per definizione) l'assenza di qualsivoglia vincolo giuridico preesistente tra i soggetti (parti, invero, del negozio matrimoniale) in conflitto".

<sup>153</sup> Così M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p. 20.

<sup>154</sup> Così Cass. 1 giugno 2012, n. 8862, cit.

A ben vedere, la violazione del dovere coniugale è già di per sé antigiuridica, ma viene ad essere assoggettata all'ulteriore parametro dell'ingiustizia del danno, da cui deve originare la lesione di un diritto della persona, per lo più individuato in un pregiudizio riguardante la dignità e la salute del coniuge.

Così procedendo, come è stato osservato dalla dottrina, si finisce non solo col parametrare la dignità dell'individuo con la rilevanza «esterna» che la violazione produce, senza valutarne le conseguenze «interne» alla comunità familiare, ma anche ad applicare in modo, appunto, singolare il rimedio aquiliano, perchè “mediato dall'ampiezza che di volta in volta si attribuisce alla valvola della «dignità violata»”<sup>155</sup>.

Quest'ultimo aspetto emerge in maniera pressoché costante dall'analisi dei casi giurisprudenziali sul tema, in cui la lesione della dignità non rileva di per sé, ma richiede, ai fini dell'accoglimento della pretesa risarcitoria, che presenti determinate modalità di manifestazione esteriore<sup>156</sup>.

A chiarimento di quanto detto, appare particolarmente significativo un rilievo effettuato dalla giurisprudenza di legittimità, in occasione di una decisione riguardante la violazione del dovere di fedeltà coniugale, in cui la Corte afferma proprio che per accertare la responsabilità risarcitoria si dovrà verificare la lesione di un diritto costituzionalmente protetto e “[...] del danno che per essere a detto fine rilevante non può consistere nella sola sofferenza psichica causata dall'infedeltà e dalla percezione dell'offesa che ne deriva – obiettivamente insita nella violazione dell'obbligo di fedeltà – di per sé non risarcibile, costituendo pregiudizio derivante da violazione di

---

<sup>155</sup> Così L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., p. 21.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 24. L'A., nel tentativo di far emergere le contraddizioni e gli aspetti maggiormente problematici all'applicazione delle regole della responsabilità aquiliana ai danni familiari, osserva che uno dei paradossi cui si potrebbe giungere è quello per cui “il coniuge, ancorché gravemente compromesso nella sua sfera esistenziale a causa della scoperta di un'infedeltà, appresa nonostante gli artifici del *partner* ben attento a non farsi scoprire, può solo sperare di ammalarsi per poter accedere alla tutela risarcitoria”.

legge ordinaria, ma deve concretizzarsi nella compromissione di un interesse costituzionalmente protetto”<sup>157</sup>.

Le criticità sollevate e le contraddizioni che sono emerse nel corso di queste pagine sono dovute, con molta probabilità, a quella «eccedenza di entusiasmo» di cui già si è riferito e che non ha consentito di impostare correttamente la questione.

Non è, infatti, sufficiente aderire all’idea del superamento dell’immunità per giustificare un utilizzo improprio dei meccanismi rimediali offerti dall’ordinamento, alterandone la *ratio*, la logica e la struttura. Anzi, al contrario, la soluzione adottata pare essere ben lontana dal superamento della specificità del rimedio familiare. La natura giuridica, e non soltanto morale, dei doveri familiari e i particolari vincoli che intercorrono all’interno del nucleo familiare non possono essere ignorati dal generale accoglimento di regole che per loro natura disciplinano situazioni che non presuppongono una relazione di prossimità.

#### **4. La responsabilità per inadempimento dei doveri coniugali**

Le perplessità inerenti l’applicazione del rimedio aquiliano ai danni endofamiliari hanno spinto la dottrina più recente ad una riconsiderazione della questione in termini di responsabilità per inadempimento.

Le proposte ricostruttive volte all’affermazione nel diritto di famiglia della responsabilità per inadempimento sono essenzialmente orientate, come si vedrà, o a riconoscere agli obblighi familiari le stesse caratteristiche delle obbligazioni in senso tecnico, riconoscendone i presupposti in applicazione dell’art. 1174 cod. civ., ovvero, e questa opzione appare preferibile, a considerare la «complessità» del rapporto obbligatorio, facendo ricorso ai cd. obblighi di protezione di cui si tratterà nei successivi paragrafi.

---

<sup>157</sup> Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, cit.

In questo quadro occorre subito notare come la natura personale di gran parte degli obblighi derivanti dal matrimonio, sanciti agli artt. 143 ss cod. civ., ha suscitato, invero, vivaci perplessità in ordine alla configurabilità della responsabilità da inadempimento di obblighi, sebbene questa, nella disciplina del diritto privato patrimoniale, sia quella volta alla riparazione del danno tra le parti di un rapporto non necessariamente contrattuale, ma obbligatorio<sup>158</sup>.

Quanto alla problematica della configurabilità nella famiglia di vere e proprie obbligazioni, occorre precisare che sebbene il matrimonio sia fonte di obblighi giuridici, non tutti possono classificarsi propriamente come obbligazioni, ad eccezione dei doveri di contribuzione ai bisogni della famiglia e, più in generale, delle obbligazioni che derivano dai rapporti strettamente patrimoniali. In questo contesto non si può di certo ignorare che il legislatore della famiglia non utilizza il termine «obbligazione», avvalendosi di una terminologia che fa riferimento al dovere e all'obbligo<sup>159</sup>. La connotazione economica della prestazione non è inoltre riscontrabile in quegli obblighi di natura personale di cui si discute, a differenza di quanto accade, ai sensi dell'art. 1174 cod. civ., per le obbligazioni in senso tecnico. In questo contesto, però, si osserva che, se da un lato è vero che si tratta di obblighi di natura personale, dall'altro è altrettanto vero che “la patrimonialità non è unico indice di giuridicità,

---

<sup>158</sup> Cfr. T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 62. L'A. ritiene che la riconduzione dei danni endofamiliari nell'ambito della responsabilità extracontrattuale sollevi “non poche perplessità in quanto, derivando esso dalla violazione di doveri assunti col matrimonio, trova più appropriata collocazione nell'ambito nella responsabilità negoziale”. Sul tema cfr. E. LA ROSA, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito, responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in *La responsabilità civile nel terzo millennio*, cit., p. 373 ss; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 929 ss; M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, cit., p. 57 ss.

<sup>159</sup> La questione è affrontata da L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., p. 31 ss.

poiché anche doveri di natura personale, possono, nonostante la loro intrinseca incoercibilità, rilevare per il diritto”<sup>160</sup>.

Da ciò discenderebbe il superamento della tradizionale inconciliabilità tra l’obbligazione in senso tecnico e i doveri familiari “a maggior ragione se si aderisce alle tesi, oggi prevalenti, che rifiutano l’equazione «patrimonialità= rilevanza giuridica»”<sup>161</sup>.

A ciò si aggiunga l’importanza che ha assunto, nella disciplina del rapporto obbligatorio, il dovere di solidarietà che deve informare la condotta del soggetto al fine di preservare la sfera giuridica altrui.

Il superamento delle tradizionali resistenze conduce parte della dottrina ad ammettere, per questa via, “l’edificazione di uno statuto della responsabilità familiare nell’ambito dell’illecito contrattuale”<sup>162</sup>, atteso che l’art. 1218 cod. civ., nel riconoscere il diritto ad ottenere il risarcimento del danno nell’ipotesi in cui il debitore non esegua esattamente la prestazione, non può intendersi solo con riferimento alla riparazione del danno patrimoniale, ma deve estendersi anche al danno non patrimoniale<sup>163</sup>.

Quanto alla determinazione del danno secondo le indicazioni dell’art. 1223 cod. civ., relativamente alla perdita subita e al mancato guadagno, deve ritenersi che anche i pregiudizi non patrimoniali rientrino tra questi.

L’orientamento in esame ritiene che gli elementi costitutivi dell’illecito endofamiliare debbano articolarsi, ai sensi dell’art. 1218 cod. civ., nell’inadempimento dell’obbligo e nel danno che ne consegue, secondo un nesso di causalità diretta, e nell’imputabilità soggettiva del dolo e della colpa.

---

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>162</sup> Cfr. E. LA ROSA, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito, responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in *La responsabilità civile nel terzo millennio*, cit., p. 400.

<sup>163</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, 3, p. 609.

Altra questione è quella relativa al problema della valutazione dell'ingiustizia del danno. In generale, si afferma che la previsione del canone dell'ingiustizia del danno nell'area della responsabilità extracontrattuale trae fondamento dalla necessità di individuare interessi risarcibili, la cui determinazione avviene necessariamente in un momento successivo, data l'assenza di un rapporto preesistente. Nella responsabilità per inadempimento, invece, è noto come la selezione degli interessi tutelabili avvenga in un momento anteriore, sebbene non si è mancato di osservare che anche la responsabilità contrattuale potrebbe causare problematiche in ordine all'identificazione degli interessi tutelabili "i quali possono riempirsi di contenuti più ampi di quelli espressi dal titolo costitutivo o dalla fonte legale"<sup>164</sup>.

#### **4.1. La questione della (ir)risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento**

All'autonoma configurabilità dei danni in famiglia si è anche sempre frapposta la difficoltà ad ammettere la risarcibilità del danno non patrimoniale in area contrattuale<sup>165</sup> e alla conseguente attribuzione della

---

<sup>164</sup> Cfr. E. LA ROSA, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito, responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in *La responsabilità civile nel terzo millennio*, cit., p. 404.

<sup>165</sup> Cfr. M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., p. 14, secondo cui "[...] ragione non ultima dell'affermato carattere aquiliano della responsabilità sono le residue resistenze alla risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale".

In generale, sulle ragioni delle tradizionali resistenze ad ammettere la riparazione del pregiudizio non patrimoniale nel quadro della disciplina *ex art. 1218 cod. civ.*, cfr. S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., p. 440, secondo cui "L'iniziale e a lungo sostenuta inidoneità delle regole di responsabilità contrattuale ad ammettere in maniera generalizzata il risarcimento del danno non patrimoniale ha certamente risentito [...] del clima culturale in cui è maturato il codice civile e che ha condotto, nell'ambito dell'altra specie della responsabilità civile, alla differenziazione di trattamento del danno non patrimoniale rispetto al danno patrimoniale tramite

tutela della persona al modello aquiliano. Tale impostazione ha condotto, come è noto, a considerare ipotesi di concorso, e di cumulo<sup>166</sup>, tra le due forme di responsabilità.

La ritenuta impossibilità di assicurare la riparazione dei pregiudizi non patrimoniali nel quadro della disciplina *ex art. 1218 cod. civ.* ha dunque influito, anche nella materia familiare, nella scelta di orientarsi verso il rimedio aquiliano.

Il tema si inserisce nel più ampio dibattito riguardante l'interpretazione della natura della responsabilità *ex art. 1218 cod. civ.*, tradizionalmente considerata quale ambito non deputato ad accogliere ipotesi di riparazione dei danni non patrimoniali<sup>167</sup>.

Ad avvalorare tale impostazione non ha certo contribuito l'interpretazione restrittiva che per lunghi anni ha interessato la norma di cui all'art. 2059 cod. civ., la cui applicazione era limitata ai soli casi espressamente previsti dalla legge, i quali si identificavano, per lo più, nella riparazione di quei pregiudizi derivanti dalla violazione di fattispecie a connotazione penale.

Come si vedrà, nonostante il discutibile iter argomentativo utilizzato dalla giurisprudenza di legittimità, tale impedimento può oggi ritenersi sostanzialmente superato<sup>168</sup>. In occasione delle note sentenze in tema di

---

l'introduzione dell'art. 2059 c.c., che soltanto un lungo lavoro interpretativo e dogmatico ad opera della giurisprudenza e della dottrina è riuscito a sottrarre al significato assai restrittivo che i codificatori immaginarono nel predisporre l'enunciato normativo".

<sup>166</sup> Cfr. Cass. 16 maggio 2000, n. 6356, in *Not. Giur. lav.*, 2001, 1, p. 44.

<sup>167</sup> Ciò che si contestava maggiormente era la possibilità di generalizzare la risarcibilità del danno alla persona nel quadro della disciplina dettata *ex art. 1218 cod. civ.*, senza, tuttavia, mai mettere in discussione che ricorrono fattispecie contrattuali, rintracciabili negli artt. 1681 co. 1 e 2087 cod. civ., in cui la "salvaguardia dell'integrità di controparte" è contemplata direttamente dal legislatore. Sul punto cfr. S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 3, p. 789 ss.

<sup>168</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, cit.; Cass. 29 novembre 2010, n. 24143, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1, p. 449 ss.

Sul tema cfr. D. MESSINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, cit., p. 333 ss; L. D'ACUNTO, *Il danno non patrimoniale nella responsabilità contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2012, 11, p. 746; S. MAZZAMUTO, *Il*

risarcibilità dei danni non patrimoniali, infatti, la Suprema Corte ha avuto modo di affrontare la questione della riparazione di tali danni anche al di fuori delle regole aquiliane, giungendo ad affermare che “anche nella materia contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali”<sup>169</sup>.

Da ciò deriverebbe che l’art. 2059 cod. civ. è applicabile, costituendo norma di rinvio, sia per la riparazione dei danni non patrimoniali, sulla base dei presupposti ricavabili dall’art. 2043 cod. civ., e sia dall’art. 1218 cod. civ., ai fini dell’applicazione della responsabilità per inadempimento.

Nonostante, però, la giurisprudenza di legittimità abbia riconosciuto espressamente la risarcibilità di tali danni anche nell’ambito di applicazione della responsabilità per inadempimento, persistono ancora numerosi dubbi interpretativi in ordine al suo generale accoglimento.

In particolare, accanto all’orientamento dottrinale che sembra propendere per una concezione dell’ambito contrattuale quale esclusiva dimensione economica degli interessi, dovendo restare “estraneo alle regole negoziali l’imponderabile, ossia tutto ciò che costituisce un rischio non calcolabile e, perciò, non previamente monetizzabile”<sup>170</sup>, si pongono quelle teorie che ammettono tale risarcibilità solo a determinate condizioni.

---

*danno non patrimoniale contrattuale*, cit., p. 437 ss; ID., *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità del danno non patrimoniale*, cit., p. 609; L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un’incompiuta*, cit., p. 475 ss; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2009, p. 28; A. ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, p. 28.

<sup>169</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

<sup>170</sup> Cfr. M. BARCELLONA, *Della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., p. 821; ID., *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 823; V. ZENO ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, p. 77 ss; M. CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: dal danno esistenziale al danno da «tempo libero sacrificato»?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 633 ss.

L’orientamento che nega l’ammissibilità di tale risarcibilità è legato all’idea che l’obbligazione e, dunque, la responsabilità che ne deriva non è deputata a tutelare interessi non patrimoniali, ma soltanto interessi di natura patrimoniale. Ciò

Secondo quest'ultima ricostruzione dottrinale, i danni non patrimoniali assumerebbero rilevanza in ambito contrattuale soltanto quando la condotta violi i c.d. obblighi di protezione, che “benché inseriti nella struttura del rapporto obbligatorio, [...] non attengono alla prestazione bensì alla cornice, espressiva [...] della relazionalità riferita agli interessi circostanti”<sup>171</sup>.

Del resto, nelle decisioni qui richiamate, la Suprema Corte afferma che qualora dall'inadempimento dell'obbligazione derivi non solo la violazione di obblighi contrattuali, ma anche di diritti della persona “[...] la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni”<sup>172</sup>.

In tal modo, le Sezioni Unite della Cassazione, con le decisioni in esame, oltre ad aver optato per una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., hanno conferito anche “una patente di legittimità alla figura del «danno non patrimoniale da inadempimento»”<sup>173</sup>.

Tale intervento, sebbene rappresenti un importante progresso nell'affermazione del danno non patrimoniale da «contratto», se non altro per l'effetto di escludere soluzioni di cumulo tra le due forme di

---

discenderebbe, tra l'altro, dall'analisi dell'art. 1223 cod. civ., che, nel disciplinare la perdita subita e il mancato guadagno, è espressione della dimensione economica del rapporto. Cfr., su questo aspetto, A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 144 ss.

<sup>171</sup> Così C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 1, p. 74.

<sup>172</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

<sup>173</sup> L'espressione è di L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1, p. 46. L'A. definisce tale riconoscimento, così come è stato operato dalla Suprema Corte, una vera “catastrofe argomentativa”: “le s.u., infatti, incappano in un gigantesco equivoco che è quello di ancorare il pregiudizio non patrimoniale all'inadempimento [...]”. Sul punto cfr. anche S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., p. 801, secondo cui la Corte di Cassazione muove da una premessa “fuori segno” per affermare la risarcibilità dei danni non patrimoniali in area contrattuale, attribuendo tale riconoscimento agli esiti dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ.

responsabilità, tuttavia, allo stesso tempo, non può considerarsi esaustivo e chiarificatore delle problematiche ad esso sottese, rappresentando, dunque, quella che viene definita una vera e propria “incompiuta”, da intendersi come “occasione mancata”, di un ragionamento che avrebbe potuto essere maggiormente esemplificativo<sup>174</sup>.

La Suprema Corte, infatti, nel riconoscere che dall’inadempimento dell’obbligazione possa derivare non solo la violazione di obblighi a rilevanza patrimoniale, afferma che, qualora in occasione del rapporto obbligatorio si determini anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, allora, piuttosto che ricorrere all’espedito del cumulo, può farsi ricorso alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale anche in sede contrattuale.

Da ciò emerge una visione del danno assolutamente legata alla prospettiva aquiliana della responsabilità che, invero, si delinea anche da un altro passaggio della sentenza richiamata, con cui la Suprema Corte ammette il danno non patrimoniale da «contratto», nella parte in cui si afferma che “l’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 cod. civ. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali”<sup>175</sup>.

L’apertura mostrata dalla giurisprudenza di legittimità appare limitata alle sole ipotesi nelle quali venga in essere la lesione di un diritto inviolabile, senza considerare che le parti, in realtà, ben potrebbero decidere di perseguire, in occasione del rapporto obbligatorio, anche interessi non patrimoniali che non abbiano, necessariamente, rilevanza costituzionale<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> Cfr. L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un’incompiuta*, cit., *passim*.

<sup>175</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

<sup>176</sup> Così L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un’incompiuta*, cit., p. 478.

Dunque, appare quanto mai equivocabile il percorso logico-argomentativo seguito dalla giurisprudenza di legittimità, che, nel tentativo di risolvere le insidie del cumulo di responsabilità, si proietta in una dimensione di danno marcatamente aquiliana.

Come osservato dalla dottrina, l'ammissibilità del danno non patrimoniale da inadempimento avrebbe dovuto seguire a considerazioni di segno diverso, nel solco della riconsiderazione, ampiamente riconosciuta dalla scienza giuridica italiana, del rapporto obbligatorio quale costruzione «complessa», sulla scorta dell'art. 1175 cod. civ. che consente di ampliare, come si vedrà, l'area degli interessi tutelabili per il tramite della teoria degli obblighi di protezione. Tale soluzione avrebbe evitato quel «pasticcio informale»<sup>177</sup> dovuto al necessario riferimento, per fondare la «contrattualizzazione» del danno non patrimoniale, all'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ.

Non è, dunque, la lettura costituzionale della norma da ultimo richiamata a consentire l'ingresso, in area contrattuale, alla riparazione dei pregiudizi non patrimoniali, ma piuttosto l'accertamento dell'esistenza di un vincolo, da cui scaturiscono obblighi che attribuiscono una qualificazione alla relazione di prossimità tra le parti<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> L'espressione è di L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., p. 479.

<sup>178</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., p. 792 ss, secondo cui altro argomento che per lungo tempo ha fatto propendere per questa impostazione è rintracciabile nel disposto di cui all'art. 1223 cod. civ. che, nel disciplinare le modalità di liquidazione del danno, sembrerebbe richiamare la sola sfera patrimoniale del danno.

In realtà, la nozione di “perdita”, di cui alla norma richiamata, assume un significato che “si presta ad abbracciare ogni forma di privazione, quale che sia il bene o il vantaggio perduto e, dunque, tanto di un bene che è suscettibile di valutazione economica quanto di un'utilità che vi si sottrae, perché non appartenente al mondo dei valori patrimoniali”. L'A. afferma, inoltre, che la *ratio* dell'art. 1223 cod. civ. andrebbe ricercata nell'esigenza di determinare i pregiudizi risarcibili e non in quella di definire le diverse tipologie di danno. Sul punto cfr. S. DELLE MONACHE, *Interesse non patrimoniale e danno da*

In tal senso, uno degli indici normativi cui ricondurre il fondamento della risarcibilità dei danni non patrimoniali nel quadro della disciplina *ex art.* 1218 cod. civ. è costituito dal contenuto della norma di cui all'art. 1175 cod. civ., che estende l'area degli interessi tradizionalmente riconducibili al rapporto obbligatorio, comprendendo così anche quegli obblighi c.d. «di protezione»<sup>179</sup>, di cui si tratterà, in maniera più approfondita, nel paragrafo che segue.

La questione dei danni non patrimoniali da inadempimento non riguarda, però, soltanto l'ammissibilità della riparazione di «ulteriori» pregiudizi alla persona in occasione del rapporto obbligatorio.

In questo contesto, in effetti, viene in rilievo anche un'altra ipotesi, allo stesso modo riconducibile alla disciplina dell'art. 1218 cod. civ., relativa alla possibilità di ammettere che gli interessi personalistici possano costituire l'oggetto principale dell'obbligazione.

Da ciò discenderebbe che, in applicazione dell'art. 1218 cod. civ., il danno non patrimoniale da inadempimento sarà risarcibile non soltanto tutte le volte in cui l'obbligazione abbia ad oggetto «anche» interessi che ricadono nella disciplina del regolamento contrattuale, ma anche qualora il vincolo obbligatorio instaurato tra le parti abbia ad oggetto «proprio il soddisfacimento di tale interesse non patrimoniale»<sup>180</sup>.

L'ampliamento delle ipotesi in cui può farsi ricorso alla disciplina della responsabilità contrattuale postula, necessariamente, una rilettura dell'art. 1218 cod. civ., nonché una visione del rapporto obbligatorio quale struttura

---

*inadempimento*, *Contratti*, 2010, 7, p. 723; C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 87 ss.

<sup>179</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., p. 795 ss.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 800-801.

complessa, disancorando l'interpretazione di tale norma dalla "[...] stagione in cui l'obbligazione non aveva altro contenuto che la prestazione [...]"<sup>181</sup>.

L'ammissibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, in questa duplice accezione, consente di considerare, nell'ambito della regolazione di un rapporto obbligatorio, un'area più estesa rispetto a quella che tradizionalmente è deputata a tratteggiare il campo di operatività delle regole che disciplinano la responsabilità contrattuale, ovvero quella "[...] dei danni provocati dalla violazione di obblighi privi della preordinazione a far conseguire al creditore una determinata utilità, quale che ne sia la natura"<sup>182</sup>. Tale funzione, che si inserisce in quella rilettura dell'art. 1218 cod. civ. sopra richiamata, contribuisce a delineare la c.d. «responsabilità contrattuale in senso debole»<sup>183</sup>, la quale comprenderebbe, dunque, non solo la violazione degli «obblighi di protezione», ma anche la violazione di «obblighi non attributivi di utilità finali».

## 5. Sulla teoria degli obblighi di protezione

Il tentativo di prospettare un'alternativa agli esiti poco rassicuranti cui conduce la tecnica aquiliana, e per ovviare al problema della tradizionale natura del rapporto obbligatorio, ha condotto parte della dottrina ad una lettura del vincolo familiare in termini di «rapporto obbligatorio senza dovere primario di prestazione»<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 808.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 811.

<sup>183</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole, Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, ID. (a cura di), Napoli, 2012, p. 131 ss.

<sup>184</sup> I doveri di protezione (*Schutzpflichten*) sono stati teorizzati per la prima volta in Germania nei primi anni trenta attraverso l'opera di Heinrich Stoll (cfr. ID., *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *A. c. p.*, 1932, p. 285 ss; ID., *Die Lehre von der Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936; ID., *Vertrag und Unrecht*, II, Tübingen, 1936, p. 125 ss). L'A., nell'affermare che dall'instaurazione di un rapporto obbligatorio le

parti espongono le rispettive sfere giuridiche al pericolo che può derivare dall'attività della controparte, fa discendere dal principio di buona fede una serie di obblighi posti a protezione degli interessi coinvolti nella suddetta attività. Si tratta dei cd. doveri di protezione che si aggiungono al tradizionale obbligo di adempiere la prestazione.

Nell'esperienza giuridica italiana, invece, la categoria dei doveri di protezione è stata introdotta dalle opere di E. Betti (ID., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953) e L. Mengoni (ID., *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, in *RDCo*, 1953, I, p. 368 ss). La ricostruzione della dottrina italiana ha preso spunto dalla disposizione contenuta nell'art. 1175 cod. civ. che, analogamente al principio di buona fede contenuto nel § 242 BGB, rappresenta un valido riferimento normativo per l'accoglimento della teoria elaborata dalla scienza giuridica tedesca.

I doveri di protezione si enucleano in una serie di obblighi sostanzialmente riconducibili agli obblighi di comunicazione, cooperazione, custodia, avviso e di conservazione dettati dal legislatore per la disciplina di alcuni contratti. Tra questi, gli obblighi di conservazione sono quelli che negli studi della dottrina sono stati oggetto di maggiori critiche, soprattutto in ragione della dubbia possibilità di annoverarli nella categoria dei doveri di protezione. Ciò in quanto l'interesse sotteso ai doveri di conservazione, che corrisponde all'interesse di ciascun soggetto a non subire danni alla propria persona e alle proprie cose, esiste indipendentemente dal contenuto del rapporto esistente tra le parti e trova, in ogni caso, tutela nella clausola generale di responsabilità contenuta nell'art. 2043 cod. civ.

Sul tema, in generale, cfr. F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1, p. 109; ID., *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, p. 839; M. BARCELLONA, *La terza via della responsabilità da contatto*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 100 ss; C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., p. 55 ss; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 3, p. 679 ss; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, *passim*; ID., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del Millennio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, p. 155; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 2; L. MANNA, *Lineamenti teorici*, in *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, Padova, 2010, p. 3 ss; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 58 ss; ID., *Obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna, 1988, p. 316 ss; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 20 ss; F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 222; L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 507 ss; C. A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 42 ss; P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., p. 179; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1984, p. 12 ss.

Ciò che viene in rilievo sono i cd. obblighi di protezione, i quali, in generale, vengono intesi come fonte di integrazione del contratto, fondati sulla clausola generale della buona fede che informa i soggetti del rapporto<sup>185</sup>. Tali obblighi, infatti, si aggiungono al dovere primario di prestazione e si impongono a tutela delle rispettive sfere giuridiche in virtù del più generale principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

Il referente normativo di tale indirizzo interpretativo è da ricercare nell'art. 1337 cod. civ., che impone ai soggetti della trattativa il dovere di comportarsi secondo buona fede, individuando, per questa via, un'obbligazione «senza prestazione», di protezione della sfera giuridica altrui. L'estensione analogica di tale norma permetterebbe di estrapolare una regola ancora più generale applicabile a qualsiasi contatto sociale che determina l'affidamento altrui e che dà vita ad obbligazioni senza prestazione<sup>186</sup>.

---

Nello specifico delle relazioni familiari cfr. L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., *passim*; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 929 ss.

<sup>185</sup> Non sono qualificati come fonte di integrazione del contratto da F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 798, secondo cui “Dalla buona fede esecutiva nascono doveri e obblighi di protezione, i quali peraltro non sono integrativi della regola contrattuale, perché non la arricchiscono, ma solo servono ad attuarla correttamente, non potendo il giudice modificare l'assetto regolamentare, e a preservare la sfera giuridica dei contraenti da fatti lesivi”. L'A. specifica che si tratta di doveri che il legislatore prevede per la disciplina dei singoli contratti tipici e che, tuttavia, in virtù della clausola generale di buona fede, si possono inserire in ogni contrattazione a seconda delle circostanze del caso concreto.

<sup>186</sup> L'indirizzo dottrinale che qui si descrive propende per una lettura della responsabilità precontrattuale, e di conseguenza di tutte le violazioni dei doveri di protezione che derivano dall'estensione analogica operata mediante l'art. 1337 cod. civ., in termini “contrattuali”. Ciò discende da una lettura del dovere di buona fede quale altro “atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni” ex art. 1173 cod. civ. e dalla considerazione che la disciplina applicabile all'eventuale violazione dello stesso genera una responsabilità per violazione di obblighi riferibile all'art. 1218 cod. civ. L'obbligo di salvaguardia della sfera giuridica altrui, ed il correlativo dovere di proteggerne l'affidamento secondo la regola della buona fede, proprio in forza del suo carattere relativo, rappresenterebbe senz'altro un'obbligazione senza prestazione.

Tali obblighi sono stati definiti quali “strumenti di attrazione all’interno del rapporto obbligatorio di una problematica che non si vuole o non si crede possa trovare adeguata tutela nell’ambito della responsabilità aquiliana”<sup>187</sup> e ciò per il loro carattere «relativo»: il dovere di salvaguardare la sfera giuridica altrui non può configurarsi in capo al «chiunque» riferibile all’art. 2043 cod. civ., proprio perché crea un vincolo di tutela solo in favore del soggetto destinatario di quella «protezione» di cui si discute.

La «relatività» delle obbligazioni senza prestazione rappresenta uno degli elementi che fungerebbe da discriminine nella distinzione tra responsabilità per inadempimento *ex art. 1218 cod. civ.* e la clausola generale del *neminem laedere ex art. 2043 cod. civ.*, che, tradizionalmente, disciplina la responsabilità del c.d. «passante» che, con la sua condotta dolosa o colposa, cagiona ad altri un danno ingiusto, inteso come lesione di un diritto soggettivo assoluto.

Per comprendere in che modo si è inteso giungere ad una lettura del vincolo familiare nel senso appena accennato è necessario ripercorrere le ragioni a fondamento della configurazione di tali obblighi nel diritto delle obbligazioni e dei contratti.

La teoria muove dalla constatazione che l’interesse del contraente, nell’ambito di un rapporto obbligatorio, non si esaurisca soltanto nella prestazione, ma comprenda anche l’interesse “a non subire pregiudizio alla

---

Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 451 ss.

<sup>187</sup> Così F. GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, Inadempimento e rimedi*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. Visintini, Padova, 2009, p. 81, secondo cui gli obblighi di protezione sono autonomi rispetto all’obbligazione principale, “tanto autonomi da poter essere concepiti anche senza un obbligo primario di prestazione”.

Sulla natura della responsabilità precontrattuale cfr., fra i tanti, M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... “contrattuale”?*, in *Contr. e impresa*, 2013, 2, p. 283 ss; C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell’affidamento, violazione dell’obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 1949; F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *Contratti*, 2012, p. 235.

propria persona e/o alle proprie cose, quando l'una o le altre sono anch'esse in qualche modo coinvolte nell'esecuzione del contratto"<sup>188</sup>.

La tutela di tali interessi, che non figurano espressamente dedotti nel contratto, è rimessa ai "doveri di protezione" in quanto impliciti nella tutela del rapporto contrattuale e il cui contenuto potrà essere positivo o negativo. Siffatti obblighi, che in generale troverebbero protezione ricorrendo al principio del *neminem laedere*, per effetto del rapporto obbligatorio, restano soggetti ad una protezione "rafforzata" attraverso la normativa di questo rapporto, assistendo così a quella che in dottrina è stata definita come "contrattualizzazione della responsabilità aquiliana"<sup>189</sup>.

L'esigenza di ricomprendere nell'area contrattuale questi interessi induce a ritenere che risulterebbe privo di senso continuare a qualificare in via aquiliana la corrispondente responsabilità.

Tale ricostruzione è stata oggetto di critiche da parte di coloro che ritengono che i doveri di protezione non possano assumere autonoma rilevanza, in quanto già compresi nel dovere primario di prestazione, facendosi leva sulla superfluità degli stessi rispetto all'essenza e alla struttura del rapporto obbligatorio<sup>190</sup>.

Ulteriori rilievi critici provengono dalla constatazione che essi appartengono all'area della diligenza nell'adempimento dell'obbligazione e, pertanto, si ritiene non necessaria la creazione di tale categoria di doveri<sup>191</sup> o, ancora, dalla considerazione che il rapporto obbligatorio, per sua natura,

<sup>188</sup> Così A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 59.

<sup>189</sup> L'espressione è di A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 60.

<sup>190</sup> Per i rilievi critici alla configurabilità di un'autonomia funzionale degli obblighi di protezione cfr. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65; G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 102 ss; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, p. 170 ss; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., p. 21 ss.

<sup>191</sup> Cfr. C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna – Roma, 1979, p. 33 ss.

non sia chiamato alla tutela di tali interessi, se non a costo di comprometterne struttura e caratteri essenziali.

Tali obiezioni, che non convincono in ordine alla inutilità degli obblighi di protezione, sono state superate muovendo dalla necessità di ampliare la nozione di prestazione e di estendere la tutela oltre il bene o l'utilità, ponendo l'accento sull'interesse a non subire un pregiudizio alla propria persona o alle proprie cose. Il rischio risiederebbe nel porre i soggetti, in virtù dei pericoli maggiori che derivano dal rapporto obbligatorio, in posizione diversa rispetto alla generalità dei consociati e di non garantire loro adeguata tutela.

Come si è potuto notare, il riconoscimento della categoria degli obblighi di protezione ha condotto la dottrina ad esiti ricostruttivi di diverso segno, che, ai fini della presente indagine, possono essere delineati come segue.

Parte della dottrina riconduce la compatibilità degli obblighi di protezione al concetto di obbligazione solo in considerazione del fatto che “[...] la protezione è pur sempre funzionale e comunque connessa alla prestazione e, in ogni caso (anche) dovuta in previsione di essa [...]”<sup>192</sup>. L'elemento che giustificerebbe la tutela dei doveri di protezione è la connessione con la prestazione, senza la quale non può ritenersi “come dovuto od esigibile un comportamento da un obbligato «che non c'è»”<sup>193</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, muove da un presupposto diverso, ovvero dalla “dimensione formale nella quale le parti si trovano l'una di fronte all'altra”<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> Così A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

<sup>193</sup> L'espressione è di A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65. Sempre su questo tema cfr. ID., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 4, p. 450.

<sup>194</sup> Così C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., p. 66; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p. 1, che configura i doveri di protezione come “[...] autonomi rispetto all'obbligo di prestazione, in virtù del loro gravare su ciascuna delle parti del rapporto

In tal modo, l'essenza dell'obbligazione si situerebbe nella "relazionalità", e non nel suo contenuto, che costituisce, nell'obbligazione con o senza prestazione, l'aspetto costante e "la cornice dentro la quale la prestazione si iscrive solo come una variabile possibile"<sup>195</sup>.

L'obbligo di prestazione potrà, dunque, mancare, ma ciò che rappresenta la vera essenza dell'obbligazione è la vigenza degli obblighi funzionali di protezione che nascono dal contatto sociale qualificato<sup>196</sup>.

Quale che sia la soluzione da ritenersi corretta, nel senso di ritenere l'obbligo di protezione autonomo o accessorio rispetto alla prestazione, il dato certo è l'accoglimento della categoria dei doveri di protezione anche da parte della giurisprudenza che, nel riconoscere la responsabilità contrattuale di un medico per il danno da errata diagnosi arrecato ad un

obbligatorio «al fine di conservare integra la loro sfera giuridica, tutelandola nei confronti di possibili invasioni lesive che l'esistenza stessa del rapporto rende più agevoli in ragione del contatto sociale che con esso si realizza»".

La costruzione tedesca degli obblighi di protezione si è spinta fino a considerare che gli stessi permangono in vita anche nelle ipotesi di invalidità del contratto e ciò in quanto la particolare relazione sociale che si instaura tra le parti non si esaurisce con la conclusione del contratto ma si protrae con l'obiettivo di tutelare le rispettive sfere giuridiche che l'esistenza stessa della relazione mette in pericolo.

<sup>195</sup> Così C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., p. 66. L'A. chiarisce che in passato la "costanza" indicava la permanenza dell'obbligazione dopo l'inadempimento, nella forma del risarcimento del danno e non nella prestazione originaria. Nella nuova lettura proposta, invece, "il rapporto obbligatorio si costituisce ex lege, in seguito al contatto sociale qualificato, come insieme di obblighi funzionali allo scopo [...]". In questo senso cfr. L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., p. 35. L'A. segnala che l'obbligo di protezione "può sganciarsi da nucleo dell'obbligo primario di prestazione per assumere un suo ben definito spazio gravitazionale e divenire fonte di un dovere comportamentale a prescindere da un legame con l'impegno alla prestazione".

<sup>196</sup> Sulla nozione di contatto sociale quale fonte di obbligazione cfr. S. ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Dig. Disc. priv.*, IV, Torino, 2010, p. 346 ss, secondo cui il modello del rapporto obbligatorio senza prestazione può trovare utilizzo tutte le volte in cui vi sia un contatto sociale, anche per soggetti non legati da un rapporto contrattuale preesistente, che sia caratterizzato dall'affidamento di una parte nei confronti dell'altra. Ne deriva una responsabilità contrattuale per violazione degli obblighi di buona fede sulla base di un affidamento socialmente rilevante.

paziente di un ente ospedaliero pubblico, ha affermato che “la più recente ed autorevole dottrina ha rilevato che l’art. 1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale [...], che trascendono singole proposizioni legislative”<sup>197</sup>.

La Corte di Cassazione, nell’ammettere che le obbligazioni possono sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nell’ipotesi in cui determinati soggetti entrino in contatto, chiarisce che in ogni caso, anche se da tale contatto non emergano obblighi negoziali, ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, i quali non potranno essere sanzionati solo in via aquiliana, in quanto “quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poichè il soggetto non ha fatto (*culpa in non faciendo*) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale”<sup>198</sup>.

Nonostante la giurisprudenza di legittimità sia orientata nel senso di ascrivere la responsabilità per violazione di obblighi derivanti dal contatto sociale qualificato alla disciplina dell’art. 1218 cod. civ., solleva non pochi dubbi interpretativi quella dottrina che mette in discussione la stessa premessa da cui muovono gli orientamenti qui esaminati.

Si discute, infatti, proprio in ordine all’interpretazione dell’art. 2043 cod. civ. e ciò in virtù del fatto che “[...] il “passante” dell’art. 2043 c.c., di per sé, non può assolutamente ritenersi più libero di «cagiona(re) ad altri un danno ingiusto» di quanto lo sia chi è vincolato al dovere di buona fede, così come chi è tenuto a comportarsi secondo buona fede *ex art. 1337 c.c.*,

---

<sup>197</sup> Così Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 4, p. 441 ss.

<sup>198</sup> Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit.

di per sé, non è affatto più obbligato del “passante” a “preservare l’altrui sfera giuridica” (da un rischio che lui stesso ha creato)”<sup>199</sup>.

A ciò occorre aggiungere, secondo l’indirizzo in esame, che non è affatto dimostrato che la responsabilità da contatto sociale qualificato possa farsi discendere dall’estensione analogica della clausola di buona fede di cui all’art. 1337 cod. civ. e che da ciò derivi l’inquadramento contrattuale della relativa responsabilità.

Secondo tale orientamento, inoltre, non è l’affidamento a costituire la fonte del dovere di buona fede, e, dunque, il presupposto dell’obbligo di non crearlo, bensì la trattativa, poiché, semmai, è l’obbligo di buona fede a dare rilevanza all’affidamento.

Allo stesso modo, non sembrerebbe altrettanto corretto ricondurre la responsabilità precontrattuale nell’ambito della disciplina *ex art.* 1218 cod. civ. muovendo dalla previsione testuale dell’art. 1494 cod. civ., in tema di responsabilità per i vizi occulti del bene venduto, se non altro poiché non solo non è dimostrabile che essa discenda necessariamente da un fatto che precede la conclusione di un contratto, ma non è, tantomeno, certo che tale fattispecie abbia carattere precontrattuale.

Ciò che si contesta non è tanto il rilievo che l’analisi della dottrina e della giurisprudenza ha, il più delle volte, suggerito una lettura della responsabilità precontrattuale secondo le regole aquiliane, che di per sé non potrebbe comunque rilevare quale indice sufficiente per escludere con certezza la natura contrattuale della violazione dell’obbligo di protezione, ma soprattutto la considerazione della responsabilità extracontrattuale quale disciplina volta a regolare il danno derivante dalla condotta di un «chiunque» generico. Il differente ambito di applicazione delle regole

---

<sup>199</sup> Si veda M. BARCELLONA, *La terza via della responsabilità da contatto*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. Gabrielli, cit., p. 100 ss.

risarcitorie non potrà neanche fondarsi sulla diversità strutturale delle formulazioni con cui il legislatore ha dettato le relative discipline<sup>200</sup>.

A ciò si aggiunga un'ulteriore obiezione alla teoria che ravvisa nella violazione degli obblighi di protezione un'ipotesi di responsabilità contrattuale, ovvero quella per cui la doverosità dell'«obbligazione senza prestazione» discenderebbe non dalla «relatività del rapporto» e, dunque, dalla «presistenza di un contatto sociale», ma dal suo esclusivo riferirsi ad un obbligo. Secondo tale orientamento, infatti, il carattere relativo dell'obbligazione si coglie nel momento della pretesa creditoria, e cioè quando l'obbligazione ha ad oggetto una prestazione suscettibile di essere realizzata in via coattiva soltanto nei confronti di quel determinato debitore. La pretesa di cui si discute verrebbe meno nella configurazione di un'obbligazione senza dovere primario di prestazione e, quindi, in tutte quelle fattispecie in cui il dovere di condotta riguardi la tutela dell'integrità personale o patrimoniale di un altro soggetto<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 113 ss, in cui l'A. precisa che la distinzione tra responsabilità per inadempimento e responsabilità aquiliana non può fondarsi esclusivamente sulla costruzione linguistica delle norme di riferimento, come accade in quelle di cui agli artt. 1337 e 2043 cod. civ., tanto è vero che “nel caso dell'art. 1337 c.c., ad es., la proposizione «Le parti nello svolgimento delle trattative (...) devono comportarsi secondo buona fede» è del tutto equivalente alla proposizione «La parte che nello svolgimento delle trattative cagiona all'altra un danno in modo contrario a buona fede è obbligato a risarcirlo»”, “così come, nel caso dell'art. 2043 c.c., la proposizione «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga (...) a risarcire il danno» può essere scomposta con il medesimo risultato in due proposizioni: l'una che dica che «Ognuno deve comportarsi con la diligenza necessaria a non arrecare ad altri un danno ingiusto» e l'altra che dica «La violazione del superiore dovere obbliga a risarcire il danno cagionato»”. A ciò consegue che esse presentano identica valenza prescrittiva, soprattutto se si considera che in entrambe le fattispecie il giudizio di responsabilità richiede una duplice condizione: la causazione di un danno e la valutazione della condotta che lo ha provocato, che nell'ipotesi di cui all'art. 1337 cod. civ. è rappresentato dalla buona fede, mentre nella disposizione dell'art. 2043 cod. civ. si rintraccia nella colpa/diligenza.

<sup>201</sup> M. BARCELLONA, *La terza via della responsabilità da contatto*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. Gabrielli, cit., p. 133.

Ne discende, da tale prospettazione critica, che “[...] non è il “contatto” (o lo *status* dei soggetti tra i quali interviene) che produce la doverosità di certi comportamenti, ma è l’istanza conservativa (in generale positivizzata nell’art. 2043 c.c.) che in presenza di un “contatto” pone il problema del dovere di tenerli”<sup>202</sup>.

Tale ricostruzione, diametralmente opposta a quella che riconduce la responsabilità da contatto sociale qualificato all’area contrattuale, suggerisce un altro modello di responsabilità aquiliana, da affiancare a quello che tradizionalmente si riferisce al c.d. «passante», e che necessita di una rivisitazione della questione dell’ingiustizia del danno<sup>203</sup>. Da ciò l’evidente contrasto con quell’orientamento che qualifica la responsabilità contrattuale come responsabilità per violazione della relazione e non, già, semplicemente come conseguenza dell’inadempimento della prestazione oggetto dell’obbligazione<sup>204</sup>.

### **5.1. Gli obblighi di protezione «in connessione» e «allo stato puro»**

Nel quadro della evoluzione dello studio dell’obbligazione in senso complesso, si è visto come gli obblighi di protezione, in generale, si possono configurare in una duplice accezione, come accessori o autonomi rispetto alla prestazione e, dunque, «in connessione» o «allo stato puro».

---

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 139 ss.

<sup>204</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., p. 72, in cui l’A. pone in evidenza come una delle caratteristiche del diritto privato sia quella della continua contrapposizione “[...] tra situazioni relazionali, caratterizzate da obblighi tra le parti e la cui violazione dà origine e responsabilità appunto relazionale alla stregua della responsabilità da inadempimento, e situazioni non relazionali, le quali sul terreno della responsabilità assumono le caratteristiche della responsabilità aquiliana”.

In entrambi i casi si ammette l'applicabilità del rimedio risarcitorio sebbene si tratti di violazioni di obblighi nascenti dalla dimensione di relazionalità delle parti coinvolte nel rapporto: nel caso degli obblighi di protezione «connessi», seppure sia presente un obbligo primario di prestazione inteso in senso stretto, a questo si affianca il dovere di proteggere l'altrui sfera giuridica, mentre per gli obblighi di protezione «allo stato puro», l'obbligazione non è “riducibile allo schema del *vinculum iuris* tradizionalmente inteso”<sup>205</sup>.

Ma ciò che occorre comprendere è in che termini il rimedio risarcitorio *ex art. 1218 cod. civ.* sia idoneo a riparare i pregiudizi derivanti dalla loro violazione.

La soluzione della questione, come avvertito da più parti, non può di certo trascendere da una rilettura della norma richiamata, essendo necessario rideterminarne l'operatività per fare spazio sia alla categoria dei doveri di protezione «connessi» alla prestazione sia a quelli «puri», che sopravvivono indipendentemente da quest'ultima, in forza della relazionalità tra le parti<sup>206</sup>.

La nuova interpretazione dell'art. 1218 cod. civ. trova la sua ragion d'essere nella necessità di giustificare in che modo i pregiudizi non patrimoniali che riguardano la sfera personale di un individuo, che per loro natura dovrebbero trovare tutela secondo le regole aquiliane, transitano, invece, in area «contrattuale».

La «contrattualizzazione» del danno non patrimoniale ha inizio, secondo l'orientamento in esame, attraverso l'approssimarsi, per via dell'instaurazione di un vincolo giuridico, delle sfere giuridiche delle parti, da cui scaturiscono, in applicazione della clausola generale della buona fede

---

<sup>205</sup> Così L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., p. 64; S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., p. 808.

<sup>206</sup> In questo senso cfr., soprattutto, L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., p. 65.

di cui all'art. 1337 cod. civ., i doveri di protezione, la cui violazione dovrà essere regolata dalle norme dettate in tema di responsabilità per inadempimento “[...] in ragione della circostanza che siamo pur sempre in presenza di una condotta che si pone in contrasto con un comando individualizzato”<sup>207</sup>.

Tale indirizzo dottrinale si spinge oltre ritenendo, in modo del tutto condivisibile, che anche la violazione dei doveri di protezione «in purezza» debbano essere regolati dalla disciplina della responsabilità *ex art.* 1218 cod. civ.

A tale proposito è stato osservato che, in questa prospettiva, l’approssimarsi delle sfere giuridiche dei soggetti rileverà, dal punto di vista della tutela risarcitoria, soltanto nelle ipotesi in cui vengano in essere situazioni la cui rilevanza sia assimilabile a quella della fattispecie dettata dal legislatore in tema di buona fede. E, dunque, si può affermare che anche in questo caso è il principio *ex art.* 1337 cod. civ. a fondare le basi per il sorgere dell’obbligo di protezione, la cui violazione dovrà necessariamente ricadere nella disciplina della responsabilità per inadempimento.

In questo quadro non si può, tuttavia, trascurare quella che tale orientamento descrive come «anomalia italiana»<sup>208</sup>, in cui, di fronte ad una costante giurisprudenza che ha sempre riconosciuto la natura extracontrattuale della responsabilità derivante dalla violazione della buona fede di cui all’art. 1337 cod. civ., si inseriscono pronunce più recenti che, al contrario, nel tentativo di qualificare la responsabilità da contatto sociale, interpretano la *culpa in contrahendo* in termini «contrattuali»<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>208</sup> L’espressione è di L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., p. 57.

<sup>209</sup> Cfr., tra le altre, Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit. e Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 4, p. 1227, in cui la Suprema Corte afferma testualmente che già da tempo la giurisprudenza di legittimità “[...] è pervenuta a qualificare la responsabilità da contatto sociale in termini di responsabilità contrattuale, nella quale,

Gli esiti ricostruttivi qui esaminati saranno utilizzati, nelle pagine che seguono, per tentarne l'applicazione anche ai rapporti familiari, al fine di valutare se sia possibile individuare, anche in quest'ambito, doveri di protezione derivanti dal contatto sociale «particolarmente» qualificato tra i coniugi.

## 6. Obblighi familiari di protezione

La ricostruzione del rapporto obbligatorio in modo complesso costituisce un possibile veicolo attraverso cui individuare, anche nelle dinamiche familiari, specifici obblighi di protezione, applicando gli esiti di quella dottrina che fonda sull'elemento della relazionalità la base di studio della teoria dell'obbligazione senza dovere primario di prestazione. Ciò ha consentito, come vedremo, di accorciare la tradizionale incompatibilità tra rapporti informati al principio di solidarietà e il rapporto obbligatorio, volto alla regolamentazione di interessi contrapposti.

Occorre premettere che, com'è noto, i diritti e i doveri coniugali impongono, in generale, rispetto reciproco e pari dignità morale e giuridica, oltre che un obbligo di adempimento degli accordi assunti tra i coniugi, in attuazione del più generico obbligo di buona fede<sup>210</sup>.

L'indirizzo che ammette il ricorso, in materia familiare, alla figura del contatto sociale qualificato dal quale scaturirebbero obblighi di protezione<sup>211</sup>, quale “costante” del rapporto coniugale, in cui ciò che rileva è la dimensione di relazionalità in cui i coniugi si trovano l'uno di fronte all'altro, proprio in virtù del contatto sociale, escluderebbe la possibilità di

---

conseguentemente, il danneggiato deve dimostrare – oltre al danno sofferto – solo la condotta antigiuridica, e non anche la colpa [...]”.

<sup>210</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19809, in *Fam. e dir.*, 2009, 1, p. 5 ss.

<sup>211</sup> Sul tema cfr. A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 929 ss.

configurare, al contrario, il familiare alla stregua di un “passante”, ignorandone più che altro la «situazione relazionale» esistente.

Il rapporto preesistente tra i coniugi e la previsione di diritti e di doveri di cui agli artt. 143 ss cod. civ., che secondo quella stessa giurisprudenza che ammette la risarcibilità dei danni endofamiliari in via aquiliana, si riflettono anche nella fase che precede la celebrazione del matrimonio, induce a ritenere corretta l'impostazione in esame, anche in considerazione del fatto che altrimenti non si spiegherebbe neppure la vigenza del dovere coniugale nelle varie fasi che caratterizzano il rapporto.

Il coniuge, che con la sua condotta viene meno all'osservanza degli obblighi coniugali, viola in realtà “quel dovere generale di protezione che si riassume in definitiva nel dovere di ciascuno dei due di evitare condotte irrisguardose che, rendendo intollerabile la convivenza, provochino la grave lesione personale che si determina con la separazione”<sup>212</sup>.

La questione non è soltanto di ordine teorico, poichè i rilievi pratici risiedono nel rafforzamento di tutela del coniuge vittima dell'illecito, sia in termini di onere della prova sia in ordine alla prescrizione della relativa azione.

Al di là dello schema prescelto, contratto o contatto sociale, ciò che è certo, secondo tale indirizzo, è il risultato, ovvero l'applicazione delle regole della responsabilità contrattuale alle relazioni tra familiari, nell'ipotesi di violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, espressamente previsti agli artt. 143 ss cod. civ.

La configurabilità dei doveri *ex art.* 143 cod. civ., quali doveri di protezione, non va tuttavia esente da critiche, non soltanto da parte di coloro che propendono per un'applicazione della responsabilità da

---

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 961.

inadempimento senza dover ricorrere ai doveri di protezione<sup>213</sup>, ma soprattutto da parte di chi insiste per la via aquiliana<sup>214</sup>.

I dubbi e le critiche sollevate non si pongono per tutti quei doveri di contribuzione e di mantenimento, o per quelli attinenti alla gestione della comunione legale, aventi tutti natura economica, ma riguardano, al contrario, i doveri di natura personale, per i quali, si è rilevato, una lettura in chiave contrattuale mal si concilia non solo con le esigenze di politica del diritto, ma in termini di condivisibilità dell'impostazione.

Si ritiene, infatti, che l'iter argomentativo delle Sezioni Unite, relativamente alla possibilità di riparare il danno non patrimoniale anche in sede contrattuale, nel quadro di una lettura dell'art. 1218 cod. civ. orientata nel senso di intendere l'obbligazione quale rapporto complesso, comprensivo anche degli obblighi di protezione della persona, non sia applicabile alla *ratio* degli artt. 143 co. 2 e 147 cod. civ, in quanto mancherebbe, comunque, il dovere primario di prestazione.

In questo senso sembrerebbe corretto affermare che per quanto si possa valorizzare l'autonomia della «protezione», rispetto all'obbligo di adempimento della prestazione, non può prescindersi dalla considerazione del rapporto obbligatorio quale rapporto unitario, benchè complesso<sup>215</sup>.

La teoria dei doveri di protezione e, dunque, dell'obbligazione senza dovere primario di prestazione, ha come obiettivo quello di rendere più visibile quello che già vale in presenza di un contratto: i doveri di protezione scaturiscono pur sempre da fonti legali riconducibili al canone della

---

<sup>213</sup> Cfr. E. LA ROSA, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito, responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in *La responsabilità civile nel terzo millennio*, cit., p. 394.

<sup>214</sup> Sul punto cfr. E. CAMILLERI, *Violazione dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori*, cit., p. 433.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 433.

correttezza sancito dall'art. 1175 cod. civ. e dalle ulteriori specificazioni in materia di buona fede *ex* artt. 1337, 1366 e 1375 cod. civ.<sup>216</sup>.

Ciò che si contesta è l'assenza della necessaria contrapposizione di interessi che normalmente si riscontra nel rapporto obbligatorio: nella relazione coniugale mancherebbe, appunto, quantomeno nella fase fisiologica del rapporto, l'antagonismo delle parti.

In realtà quest'impostazione, pur riconoscendo l'operatività dei doveri di protezione, non estende l'analisi all'elemento della relazionalità “[...] che, nel momento in cui caratterizza l'obbligazione, con o senza prestazione, si rivela l'aspetto costante, la cornice dentro la quale la prestazione si iscrive solo come una variabile possibile”<sup>217</sup>.

È stato osservato che nella famiglia gli obblighi di cui agli artt. 143 ss cod. civ., rappresentano l'essenza stessa della prestazione, in quanto informati a specifici doveri di cura e protezione. Dunque, “in sostanza, nel negozio matrimoniale, la *prestazione* globalmente intesa si sostanzia proprio nell'*obbligo di protezione*”<sup>218</sup>.

Nonostante i dubbi avanzati sulla possibilità di richiamare anche per il negozio familiare la teorica dei doveri di protezione, la dottrina più recente continua a rimarcare la validità<sup>219</sup>.

In particolare, è stato osservato che nell'ambito della relazione familiare, il rapporto tra prestazione e protezione, risulta essere invertito, nel senso che “il comportamento dovuto si conforma sul dovere di protezione e le

---

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 433.

<sup>217</sup> Così C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., p. 67.

<sup>218</sup> Cfr. L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., p. 42. L'A. rileva che è proprio nella relazione affettiva che “ha modo di manifestarsi la prestazione di protezione per eccellenza, quale unitario oggetto di un negozio che non può ridursi al paradigma dell'obbligazione in senso tradizionale, ma che, nel momento della sua realizzazione, all'obbligazione non può rinunciare”.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 42; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 961.

eventuali prestazioni, stabilite per legge o liberamente assunte dalle parti, degradano ad una posizione di strumentalità volta alla realizzazione del progetto di cura”<sup>220</sup>.

Gli obblighi familiari di natura personale si sostanziano, in quest’ottica, proprio nel dovere di protezione reciproca, che va a qualificare l’oggetto della prestazione cui sono tenuti i coniugi ad adempiere. A tale assunto si giunge aderendo all’accezione degli obblighi di protezione «allo stato puro»: il negozio familiare non implica la ricerca e l’individuazione di obblighi ulteriori cui sono tenuti i componenti della famiglia, bensì la presa d’atto che gli stessi costituiscono l’essenza della prestazione stessa.

Il richiamo alla teoria dei doveri di protezione è qui utilizzato al fine di dimostrare quanto dovrebbe già risultare evidente dalla presenza del vincolo, quello matrimoniale, corredato da diritti e doveri giuridici la cui violazione non può, per ciò stesso, trovare naturale disciplina se non secondo le regole della responsabilità per inadempimento.

La «relatività» degli obblighi matrimoniali, che di per sé non sono configurabili in capo al «chiunque» generico di cui all’art. 2043 cod. civ., dovrebbe essere sufficiente per qualificare la natura della responsabilità in senso «contrattuale».

Tale soluzione discende, inoltre, dall’attuazione del principio di solidarietà che deve informare la relazione coniugale, che funge da «contenitore» entro il quale la libertà individuale può esplicarsi senza tradursi in violazione dei doveri specificamente individuati dal legislatore, siano essi di natura patrimoniale o non patrimoniale.

È evidente che, posto in questi termini, il negozio familiare impone di tutelare l’affidamento della sfera giuridica dei propri familiari, da cui scaturisce, in ragione del contatto sociale qualificato, il dovere di «prestare»

---

<sup>220</sup> L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., p. 46.

protezione e cura nello svolgimento del rapporto<sup>221</sup>. Ciò è testimoniato, tra l'altro, dai rimedi che il legislatore della famiglia ha già predisposto per disciplinare i conflitti che possono insorgere nelle varie fasi del rapporto, compresa l'ipotesi in cui il negozio familiare non sia ancora venuto ad esistenza.

Questa impostazione costituisce il punto di partenza teso a veicolare la violazione del dovere coniugale al di fuori del *tort* e a guidarla verso l'art. 1218 cod. civ.

Può ritenersi plausibile che ci si trovi, anche in ambito familiare, in quell'area di confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in cui confluiscono tutte quelle “[...] ipotesi di danno connotate da profili che le accostano ora all’una, ora all’altra senza riuscire a rendere persuasivo e soddisfacente l’inquadramento che se ne voglia fare nella prima o nella seconda. Ascriverle alla responsabilità contrattuale sembra frutto di enfaticizzazione, e ricondurle a quella extracontrattuale si rivela un impoverimento”<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> Sul punto C. CASTRONOVO, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, cit., p. 694, secondo cui non si può ritenere che il paradigma dell’obbligazione senza obbligo primario di prestazione si possa riferire soltanto alla fattispecie della trattativa precontrattuale, se non altro perché la natura contrattuale delle conseguenze risarcitorie che derivano dalla violazione del principio di buona fede, a ben vedere, “[...] non è frutto di una sorta di proiezione all’indietro del contratto che è ancora da stipulare e non è detto che lo sarà [...]”. Ciò che si dovrà accertare è la ricorrenza di indici di qualificazione tali da rendere giuridicamente rilevante, al pari di quanto avviene nella trattativa *ex art.* 1337 cod. civ., la relazionalità del rapporto. Da ciò deriva che nulla osta, in questa prospettiva, che in altre situazioni, in cui venga in rilievo l’affidamento generato dall’approssimarsi delle sfere giuridiche di soggetti determinati, si possa applicare il principio della buona fede.

<sup>222</sup> Così C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 446. L’A., nella sua analisi volta a descrivere la situazione di confine di alcune fattispecie di danno, che non sono perfettamente inquadrabili in una, piuttosto che nell’altra, area di responsabilità, afferma che si tratta di “[...] ipotesi nelle quali la forma giuridica del torto extracontrattuale appare insufficiente in quanto annega in una troppo generica responsabilità del passante o responsabilità del chiunque, caratterizzata dal mettere in relazione soggetti fino a quel momento estranei [...]”.

## Capitolo IV

### *Istanze punitive e responsabilità endofamiliare: profili di analisi economica del diritto*

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Il rimedio *ex art. 709 ter* cod. proc. civ.: un'ipotesi di *punitive damages*? **3.** I *punitive damages* tra il sistema dei *torts* e il *breach of contract*. **4.** Il contributo dell'analisi economica del diritto. **5.** L'efficiente rottura del rapporto matrimoniale nell'esperienza americana. **6.** I temi della negozialità nel diritto di famiglia italiano.

#### **1. Premessa**

Dall'analisi svolta nei precedenti capitoli, si può notare come il legislatore della famiglia abbia inteso intervenire nel campo delle relazioni familiari. Si è visto come nella fase che precede il matrimonio esista un sistema di sanzioni a carico del nubendo, nell'ipotesi regolata all'art. 81 cod. civ., o del coniuge in mala fede, nel caso di cui all'art. 129 *bis* cod. civ., attraverso

---

Sul rapporto tra responsabilità per inadempimento e responsabilità aquiliana L. MANNA, *Lineamenti teorici*, in *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, cit., p. 3 ss; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 20 ss; C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto della giurisprudenza*, in *Contr. e impresa*, 1996, p. 641 ss; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, p. 82; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, p. 17; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072; G. SBISÀ, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?*, in *Resp. civ.*, 1977, p. 723 ss; F. D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ.*, 1977, p. 748 ss; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, p. 671.

cui si prevedono rimedi specificamente individuati volti a regolare i conflitti insorti.

È emerso in modo piuttosto evidente che non è in quest'ambito che si pone il problema in un'integrazione della disciplina con le regole di responsabilità, dal momento che essa è già contemplata da alcuni degli istituti esaminati, ad eccezione dell'ipotesi in cui, il coniuge in buona fede, nella previsione di cui all'art. 129 *bis* cod. civ., intenda dare dimostrazione del pregiudizio sofferto.

Diversamente si pone la questione della responsabilità nella fase fisiologica del rapporto, nella quale, si è potuto constatare, prevale l'atteggiamento di prudenza e di selezione degli interventi per ciò che concerne la violazione degli obblighi familiari. In questa fase, l'assenza di una sanzione diretta nell'ipotesi di violazione dei doveri coniugali è in linea con il dettato legislativo: l'art. 2941 n. 1 cod. civ. annovera tra le cause di sospensione della prescrizione proprio il rapporto di coniugio.

Ciò si ravvisa soprattutto nella formulazione dell'art. 145 cod. civ. che articola l'intervento giudiziale al raggiungimento di una soluzione concordata e, ove non sia possibile, il legislatore condiziona il potere decisionale del giudice al fatto che entrambi i coniugi gli rimettano la decisione. La fase di costanza della convivenza matrimoniale è, dunque, caratterizzata dall'assenza di una tutela risarcitoria per la violazione degli obblighi matrimoniali. In questo quadro fa eccezione l'art. 148 cod. civ. in tema di mantenimento dei figli, in cui l'intervento giudiziale può essere richiesto da chiunque vi abbia interesse, e la disciplina in tema di abusi familiari dettata dagli artt. 342 *bis* e *ter* cod. civ. Tuttavia l'ordine di protezione presuppone comunque "l'irrimediabile rottura dell'unità della famiglia e provvede esso stesso al rimedio della interruzione della fase di costanza della convivenza matrimoniale"<sup>223</sup>.

---

<sup>223</sup> Così A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 946.

Si tratta, dunque, di casi connotati da particolare gravità e in cui la condotta del coniuge, o di un convivente, è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente.

In questo caso, che a ben vedere determina, almeno temporaneamente, la rottura della convivenza matrimoniale, si pone la questione della esperibilità dell'azione risarcitoria, mentre la *ratio* dei limitati interventi predisposti dal legislatore nella fase fisiologica del rapporto familiare sembrerebbe far propendere per l'idea che non vi sia spazio per l'applicazione delle comuni regole di responsabilità<sup>224</sup>, sebbene tale possibilità non si possa, almeno astrattamente, escludere, se non a costo di pervenire ad una riaffermazione della specialità del diritto di famiglia.

Durante lo svolgimento del rapporto coniugale si deve, tuttavia, ritenere che “appartenga proprio alla logica dei doveri matrimoniali quello di evitare una lite giudiziaria il cui scopo in definitiva non sarebbe altro che ottenere una condanna dell'altro coniuge all'adempimento di un'obbligazione pecuniaria quale surrogato del bene personale leso dalla violazione di un dovere familiare”<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 947, secondo cui “[...] gli indici normativi sono contrari alla responsabilità in fase di costanza della convivenza o quanto meno alla possibilità che in tale fase essa sia fatta valere”.

In senso contrario cfr. A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, cit., p. 1235, secondo cui “[...] ove si ammetta la possibilità di richiedere il risarcimento del danno in caso di violazione dei doveri matrimoniali, non ci sembra possibile limitare l'esperimento dell'azione soltanto all'ipotetica fase della separazione, anche se indubbiamente, il più delle volte le due azioni (richiesta dei danni e della pronuncia di separazione) verranno proposte congiuntamente. La famiglia tornerebbe, altrimenti, ad essere luogo di «immunità e privilegio»: se l'interesse individuale dei coniugi esiste, esso non può che essere tutelato in ogni momento del loro rapporto”. Cfr., sul punto, P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, cit., p. 438, secondo cui l'esclusione dell'azione risarcitoria non può fondarsi sull'esigenza di non turbare la tranquillità domestica, essendo questa una “ragione davvero insufficiente, se si pensa che tra coniugi, e tra genitori e figli, non è sancita l'irresponsabilità penale”.

<sup>225</sup> Così A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 957.

Quanto, invece, alla fase patologica del rapporto, che si pone successivamente alla rottura della convivenza matrimoniale, il legislatore si è preoccupato di predisporre un istituto, quello dell'addebito della separazione *ex art. 151 co. 2 cod. civ.*, la cui applicazione non ha finalità risarcitoria, ma determina la perdita del diritto al mantenimento e dell'aspettativa successoria a carico del coniuge ritenuto responsabile della intollerabilità della convivenza.

I limitati effetti dell'addebito e la lacuna che conseguentemente emerge dalla sua applicazione, qualora vada a colpire il coniuge che in ogni caso non avrebbe avuto diritto al mantenimento, può in effetti porre un problema di responsabilità, soprattutto, come osservato dalla dottrina, se tale disciplina si mette a confronto con quella prevista per il risarcimento del danno in tema di invalidità del matrimonio imputabile alla mala fede del coniuge o del terzo: "la sanzione prevista dall'art. 129 *bis* prescinde addirittura dal danno, laddove la responsabilità per la separazione non produrrebbe nemmeno il risarcimento del danno"<sup>226</sup>.

Il tema riguardante la natura della responsabilità endofamiliare, oltre ad aver interessato le principali decisioni della giurisprudenza di merito e di legittimità, è reso ancora più attuale dal dibattito relativo all'opportunità di rintracciare natura punitiva in taluni istituti introdotti dal legislatore.

Resta, dunque, da stabilire, nell'ambito dell'analisi relativa alla compatibilità tra rimedi giusfamiliari e regole di responsabilità, se vi sia spazio nel nostro ordinamento, e in particolare nel diritto di famiglia, per una funzione specificamente sanzionatoria della responsabilità, al pari degli ordinamenti di *common law*.

Lo spunto, in materia familiare, è offerto dalla norma contenuta nell'art. 709 *ter* cod. proc. civ., che, nel prevedere una doppia formula risarcitoria, si inserisce perfettamente nelle questioni riguardanti la natura della

---

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 950.

responsabilità familiare, includendo, peraltro, un ulteriore aspetto di non trascurabile rilevanza, ovvero quello relativo alla possibilità di interpretare tale previsione normativa come veicolo per l'introduzione di una espressa ipotesi di danno punitivo.

Si tratta di un dibattito dottrinale che coinvolge non soltanto il diritto di famiglia, ma anche altri settori dell'ordinamento giuridico. Ed è da questa prospettiva che si coglieranno, nelle prossime pagine, i risultati più evidenti della scienza economica applicata ai rapporti familiari.

## **2. Il rimedio *ex art. 709 ter* cod. proc. civ.: un'ipotesi di *punitive damages*?**

La possibilità di applicare le regole risarcitorie nella fase patologica del rapporto matrimoniale o di convivenza è espressamente prevista dalla disciplina riguardante la soluzione delle controversie nelle ipotesi di gravi inadempienze e violazioni prevista dal codice di procedura civile all'art. 709 *ter* co. 2<sup>227</sup>.

La norma in esame, introdotta dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54, si occupa di regolare i contrasti tra coniugi in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità di attuazione dell'affidamento dei minori<sup>228</sup>.

<sup>227</sup> La gravità delle inadempienze, da cui deriva il pregiudizio all'interesse del minore, sono quelle specificate agli artt. 330 e 333 cod. civ., in tema di decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli e di condotta del genitore pregiudizievole ai figli.

<sup>228</sup> Sul tema cfr. F. DANOVI, *Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?*, in *Dir. famiglia*, 2014, 1, p. 293 ss; P. PARDOLESI, *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 *ter* c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2013, 4, p. 413 ss; M. PALADINI, *Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, punitive damages e astreinte*, in *Fam. e dir.*, 2012, 8-9, p. 853 ss; G. GIACOBBE-P. VIRGADAMO, *L'art. 709 *ter* c.p.c. e i c.d. danni punitivi nelle controversie sull'esercizio della potestà e sulle modalità di affidamento, Il matrimonio, Separazione personale e divorzio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2011, p. 497 ss; G. FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 709 *ter* c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009, II, p. 29; ID., *Mantenimento diretto e*

L'esame della norma è utile, ai fini della presente indagine, perchè prevede, in caso di gravi inadempienze o di atti che provochino comunque pregiudizio<sup>229</sup> al minore in affidamento, oltre alla possibilità per il giudice di modificare i provvedimenti emessi e di ammonire il genitore inadempiente<sup>230</sup>, anche di disporre il risarcimento del danno a carico di uno

---

*affidamento condiviso*, Milano, 2008, p. 39 ss; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 2, p. 331 ss; G. CASSANO, *In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709 ter, comma 2, c.p.c. e di danni prettamente "patrimoniali" fra congiunti*, in *Dir. famiglia*, 2008, II, p. 498; G. FACCI, *L'art. 709 ter c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, in *Fam. e dir.*, 2008, 1, p. 21 ss; E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. e dir.*, 2008, 1, p. 64 ss; A. FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 2008, 7, p. 800 ss; G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 7, p. 590 ss; G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 146 ss; G. DE MARZO, *L'affidamento condiviso, I, Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 95; E. ZANETTI VITALI, *sub. art. 709 ter c.p.c.*, in *Il Codice civile Commentario* diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, p. 47-48; B. LENA, *La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., p. 247 ss; I. ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile, osservazioni a margine dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Dir. famiglia*, 2009, 2, p. 404 ss.

<sup>229</sup> B. LENA, *La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., p. 251 ss.

<sup>230</sup> L'ammonimento previsto dall'art. 709 ter cod. proc. civ. serve ad intimare al genitore inadempiente la cessazione immediata della condotta pregiudizievole, con l'avvertenza delle conseguenze ulteriori in caso di inosservanza. Sul punto cfr. Tribunale Varese 7 maggio 2010, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 6, p. 472, secondo cui "l'ammonizione del genitore, nell'orbita del giudizio ex art. 709 ter, 2° co., n. 1 c.p.c., ha la funzione di richiamare il coniuge al rispetto dei doveri che la legge gli assegna in ragione delle situazioni giuridiche soggettive che trovano respiro nella compagine familiare (vuoi a contenuto esistenziale, vuoi a contenuto patrimoniale) e, pertanto, opera come un deterrente psicologico; l'ammonizione ha anche la funzione di provocare l'adempimento del genitore ammonito; l'eventuale seconda ammonizione (o una somma di ammonizioni) legittima, infatti, il potere del giudice di ristabilire le condizioni di separazione, di modificare il regime dell'affido, di ricorrere al supporto dei servizi sociali per indagare la capacità genitoriale (*parenting*) dell'ammonito cosicché questi è scoraggiato dal persistere nella condotta violativa dei doveri familiari".

dei genitori, anche nei confronti dell'altro, oltre alla condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria<sup>231</sup>.

L'ambito di applicazione della norma riguarda non soltanto le ipotesi che si ricollegano alla crisi familiare e, dunque, alla separazione, al divorzio, all'annullamento del matrimonio e ai rapporti tra genitori, ma si estende anche alle controversie tra genitori non coniugati e ciò per effetto dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 4 co. 2 L. 54/2006.

La norma, che ha l'indubbio pregio di rafforzare la tutela del minore, si presta, tuttavia, a varie interpretazioni in ordine alla natura del tipo di risarcimento in essa previsto. La dottrina è, dunque, divisa: da una parte quegli autori che ritengono operanti le regole di responsabilità di cui agli artt. 2043 e 2059 cod. civ. e dall'altra coloro che, invece, ravvisano nella formulazione dell'art. 709 *ter* cod. proc. civ. l'introduzione dei tanto discussi *punitive damages*<sup>232</sup> di matrice anglosassone, criticamente definiti

---

<sup>231</sup> B. LENA, *La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., p. 266, che rileva la funzione pubblicistica volta a rafforzare il rispetto per la concreta attuazione dei provvedimenti giudiziari.

Parte della dottrina, inoltre, assimila tali provvedimenti agli *astreintes* di origine francese: si tratta di strumenti di coercizione indiretta con funzione punitiva e non risarcitoria. L'applicazione di tale istituto avviene attraverso la corresponsione di una somma che il debitore inadempiente deve versare al beneficiario e la cui determinazione fa riferimento, oltre al grado della colpa, alla capacità patrimoniale dell'inadempiente e non, invece, al danno subito dal beneficiario. Sul punto cfr. L. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit. p. 356; C. M. BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. famiglia*, 2006, 2, p. 680, secondo cui l'art. 709 *ter* "sul modello francese dell'*astreinte*, ha introdotto l'istituto della sanzione amministrativa a carico del genitore colpevole [...]".

<sup>232</sup> La categoria dei *punitive damages*, operanti nei sistemi di *common law*, assolve ad una funzione punitiva nei confronti di un soggetto resosi colpevole per aver commesso con dolo o in malafede (*malice* o *gross negligence*) un fatto connotato da particolare gravità e riprovevolezza. Essi trovano il loro fondamento nel principio secondo cui nessuno può trarre profitto dal compimento di una condotta illecita.

Essi si distinguono dai cd. *disgorgement damages*, che, sempre sul presupposto di impedire che un soggetto possa trarre profitto dal compimento di un illecito, basano la finalità del rimedio sulla necessità di dover spogliare l'autore dell'illecito dall'indebito guadagno ottenuto.

come “figli di una notte risarcitoria nella quale ben non si distingue tra ciò che è dentro e ciò che sta fuori dai confini della responsabilità [...]”<sup>233</sup>.

La diversità di vedute non è solamente teorica: l’applicazione delle ordinarie regole di responsabilità richiede in primo luogo la prova del danno subito e poi, successivamente, la quantificazione del pregiudizio provocato sulla base delle conseguenze prodotte, mentre nel danno punitivo, volto a perseguire finalità di deterrenza e punizione, “[...] viene sanzionata, *ex se*, la condotta lesiva (prescindendo dal pregiudizio subito, in concreto, dal danneggiato), attribuendosi rilievo, ai fini dell’*an debeatur*, all’elemento soggettivo o alla gravità della condotta, e, rispetto al *quantum*, al patrimonio del danneggiante [...]”<sup>234</sup>.

In altre parole, ciò significa che, se si propende per la natura punitiva del rimedio, chi agisce ai sensi dell’art. 709 *ter* dovrà dare prova solo dell’inadempienza del genitore, la cui gravità verrà lasciata all’apprezzamento del giudice, mentre se si opta per la natura compensativa del risarcimento, bisognerà provare la ricorrenza di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi del fatto illecito, secondo le norme generali in tema di responsabilità<sup>235</sup>.

In particolare, parte della dottrina ritiene corretto distinguere, in applicazione della norma, tra la funzione sanzionatoria da attribuire alla sanzione amministrativa pecuniaria e quella risarcitoria di cui all’art. 709

---

Per una ricostruzione, anche in chiave storica, dei *punitive damages* cfr. P. PETRELLI, *Il principio di precauzione. Funzione preventiva e punitiva del risarcimento*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. Visintini, vol. III, *Il risarcimento del danno contrattuale*, Padova, 2009, p. 157 ss; F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all’inadempimento del contratto*, Milano, 2008, p. 1 ss.

<sup>233</sup> Così C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., p. 326 ss.

<sup>234</sup> Cfr. C. PADALINO, *Le controversie tra genitori sulla potestà, l’inadempimento e le sanzioni*, in *L’affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, M. SESTA (a cura di), Torino, 2007, p. 905.

<sup>235</sup> Cfr. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 378 ss.

ter co. 2 nn. 2 e 3, ritenendo applicabili, in questo caso, le norme in tema di responsabilità aquiliana e rifiutando l'ammissibilità, nel nostro sistema, dei c.d. danni punitivi<sup>236</sup>. Ciò, è stato osservato, anche "senza dover rinunciare all'effetto deterrente che, attraverso la minaccia della sanzione risarcitoria, il legislatore ha espressamente voluto"<sup>237</sup>.

Altri ancora ritengono che il rimedio tipizzato nella norma in esame vada ad introdurre la figura dei danni punitivi<sup>238</sup>, e ciò in considerazione del

---

<sup>236</sup> Cfr. Tribunale di Pavia 23 ottobre 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 2, p. 149. Sul punto cfr. G. GIACOBBE – P. VIRGADAMO, *L'art. 709 ter c.p.c. e i c.d. danni punitivi nelle controversie sull'esercizio della potestà e sulle modalità di affidamento*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, cit., p. 500; G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. 54/2006*, cit., p. 590 ss, in cui l'A. rileva che "[...] l'art. 709 ter, lungi dal prevedere alcune ipotesi di responsabilità civile in famiglia caratterizzate da una "speciale" funzione sanzionatoria, si limita a prevedere una "speciale" sede processuale ove fare valere tali pretese"; P. LA VECCHIA, *Inadempienze e violazioni nell'affidamento condiviso*, Rimini, 2007, p. 62 ss; G. FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, in *Guida dir.*, 2006, 11, p. 63, in cui l'analisi è orientata nel senso di ritenere che "il nuovo art. 709 ter c.p.c. non ha innovato la materia, sicché, conformemente alla nostra millenaria tradizione giuridica, deve concludersi che anche questa particolare ipotesi di risarcimento del danno possa essere pronunciata soltanto se e nei limiti in cui vi sia un danno ingiusto"; F. TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili processuali*, in *Fam. e dir.*, 2006, 4, p. 400; A. GRECO, *La responsabilità civile nell'affidamento condiviso*, in *Resp. civ.*, 2006, 8-9, p. 731 ss; G. CASSANO, *In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente "patrimoniali" fra congiunti*, cit., p. 498 ss.

<sup>237</sup> Cfr. B. LENA, *La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., p. 266; E. VULLO, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, *Fam. e dir.*, 2010, 10, p. 930.

<sup>238</sup> In dottrina cfr. E. LA ROSA, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito, responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in *La responsabilità civile nel terzo millennio*, cit., p. 439 ss; ID., *Il nuovo apparato rimediario introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, cit., p. 64 ss; M. SERPOLLÀ, *Il danno del genitore nei confronti del minore e di uno dei genitori nei confronti dell'altro*, in *Trattato dei nuovi danni* diretto da P. Cendon, vol. III, Padova, 2011, p. 135 ss; A. DI GIROLAMO, *Art. 709-ter c.p.c.: indirizzi giurisprudenziali a tre anni dalla riforma*, in *Giur. merito*, 2009, 10, *passim*; F. FAROLFI, *L'art. 709-ter c.p.c., sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?*, *Fam. e dir.*, 2009, 6, p. 610 ss; G. CASABURI, *La nuova legge sull'affidamento condiviso (ovvero, forse: tanto rumore per nulla)*, in *Corr. merito*, 2006, 5, p. 572; A. GRAZIOSI, *Profili processuali della L. n. 54*

risarcimento che, nell'ipotesi dell'art. 709 *ter*, non avrebbe l'obiettivo di compensare la lesione del bene protetto subito dal soggetto passivo, bensì quello di dissuadere il genitore dalla condotta pregiudizievole o dalla grave inadempienza<sup>239</sup>.

Il presupposto relativo alla "gravità della condotta" del genitore ha fatto emergere la convinzione che la *ratio* della norma fosse quella di sancire l'ingresso a questa tipologia di danni ed è in questo senso che si è pronunciato, tra gli altri, il Tribunale di Messina, stabilendo che "il risarcimento del danno previsto dai punti 2 e 3 dell'art. 709 *ter* c.p.c. costituisce una forma di *punitive damages* ovvero di sanzione privata, non riconducibile al paradigma degli artt. 2043 e 2059 c.c."<sup>240</sup>.

Dalle motivazioni della sentenza emerge che la L. 54/2006 ha recepito largamente l'esperienza angloamericana, non rilevando che si tratti di una categoria di danni sconosciuta al nostro ordinamento. In questo caso, prosegue il Tribunale, la condanna a risarcire non persegue la finalità di compensare, ma quella di punire, con l'obiettivo di dissuadere (*to deter*) il genitore dal compiere ulteriori atti che possano compromettere l'interesse del minore.

L'accoglimento dei danni punitivi nel nostro ordinamento non sembra essere condiviso dalla giurisprudenza di legittimità<sup>241</sup>, la quale in qualche

---

del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli, in *Dir. famiglia*, 2006, 4, p. 1884; G. DE MARZO, *L'affidamento condiviso, I, Profili sostanziali*, cit., p. 95.

<sup>239</sup> Cfr. R. RUSSO, *L'ascolto del minore. La disciplina dell'art. 709 *ter* c.p.c.*, in *Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. a Catania, "Diritto civile e penale della famiglia"*, 19-21 aprile 2006, p. 21.

<sup>240</sup> Così Tribunale di Messina 5 aprile 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 1, p. 60 ss. In questa stessa direzione cfr. Tribunale di Messina (decreto) 8 ottobre 2012, in *Danno e resp.*, 2013, 4, p. 409 ss; Tribunale di Padova 30 ottobre 2009, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 610. *Contra*, Corte d'Appello di Trento, 16 agosto 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 1, p. 92 ss.

<sup>241</sup> Cfr. Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e resp.*, 2012, 6, p. 609 ss; Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, 4, p. 1129, in cui la Corte ha specificato che "[...] nel vigente ordinamento alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche

occasione ha respinto la richiesta di delibazione di sentenze statunitensi, riguardanti condanne al risarcimento dei danni punitivi, rilevandone la contrarietà all'ordine pubblico.

Tuttavia, il giudice di merito, nel sostenere l'ingresso dei danni punitivi per via dell'art. 709 *ter* cod. proc. civ., interpreta la decisione della Corte nel senso di ritenere che la stessa non ha negato la generale ammissibilità di tali danni nel nostro ordinamento, ma ha escluso, in ipotesi diverse da quelle contemplate dall'art. 709 *ter*, che gli stessi potessero trovare collocazione nel quadro della disciplina della responsabilità civile, dovendo, invece, trovare fondamento in una norma di diritto positivo.

Rilievi critici al riconoscimento di tali danni nel nostro ordinamento vengono sollevati da chi ritiene che l'art. 709 *ter* cod. proc. civ. “non fa alcun riferimento a tale figura e parlando di risarcimento del danno sembra chiaramente rivolgersi alla figura nota al nostro ordinamento, non certo a una sconosciuta”<sup>242</sup>.

Al di là dei dubbi interpretativi sugli aspetti prettamente sostanziali che continuano a dividere, da un lato, la giurisprudenza di merito e, dall'altro, quella di legittimità, occorre riflettere soprattutto sulle questioni di ordine

---

mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno subito mentre rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta. È quindi incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi”. *Contra*, Cass. 22 ottobre 2010, n. 21718, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 769.

<sup>242</sup> Così A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 951; C. PADALINO, *Le controversie tra genitori sulla potestà, l'inadempimento e le sanzioni*, cit. p. 912- 913, in cui l'A. sottolinea come dagli atti preparatori alla L. 54/2006 non si evince in alcun modo che il legislatore abbia voluto fare riferimento all'esperienza anglosassone nella materia dell'affidamento dei figli. Al contrario, nei lavori preparatori è stato chiarito apertamente che la nuova disciplina era ispirata ai “tradizionali strumenti civilistici” (cfr. p.d.l. 66/2001). Dunque, “il legislatore non ha introdotto alcun *quid novum*, ma si è limitato ad applicare [...] un tradizionale strumento civilistico a tutela del diritto soggettivo alla bigenitorialità, qualora tale diritto venga leso dal comportamento doloso o colposo posto in essere da uno dei genitori”.

Sul punto cfr., tra gli altri, S. MOTTA - A. DISTEFANO, *L'affidamento dei figli nella crisi della coppia*, Acireale-Roma, 2008, p. 82.

processuale per comprendere in che modo il procedimento *ex art. 709 ter* cod. proc. civ. si collochi all'interno del sistema.

Sebbene da più parti si sia denunciata l'incompatibilità strutturale tra il procedimento speciale regolato all'art. 709 *ter* e l'azione risarcitoria ordinaria si deve ritenere che il rimedio di cui ai nn. 2 e 3 non abbia natura volontaria, ma contenziosa e, dunque, occorre “prendere atto – senza eccessivo turbamento – di un ulteriore caso di cameralizzazione del giudizio su diritti, e cioè sull'esperibilità delle azioni risarcitorie *de quibus* nell'ambito del procedimento camerale speciale *ex art. 709 ter*, in omaggio, deve ritenersi, a principi di concentrazione ed economia processuale”<sup>243</sup>.

Quanto all'ipotesi prevista dal n. 2 dell'art. 709 *ter*, relativa al risarcimento che uno dei genitori dovrà corrispondere al minore, la proposizione della domanda dipenderà dal genitore non inadempiente, il quale agirà come sostituto processuale, e non in qualità di rappresentante, facendo valere in nome proprio il diritto al risarcimento del figlio minore<sup>244</sup>.

---

<sup>243</sup> Così V. ROSSINI, *sub. art. 709 ter cod. proc. civ. (Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni)*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, A. BRIGUGLIO e B. CAPPONI (a cura di), Padova, 2007, p. 407. Nello stesso senso cfr. P. SCEUSA, *Gli abusi della potestà genitoriale*, in *Trattato dei nuovi danni* diretto da P. Cendon, cit., p. 490, secondo cui “ove si neghi a tali figure risarcitorie la funzione punitiva, il giudizio non potrà essere che di cognizione piena secondo i crismi tradizionali del risarcimento compensativo, basato sugli ordinari principi della domanda, del rispetto della normale distribuzione degli oneri probatori su *an* e *quantum* e dunque la pronuncia non potrà spettare che al collegio (ordinario o minorile che sia)”. In senso contrario cfr. E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediato introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, cit., p. 64 ss, la quale, nell'analizzare la natura del rimedio *ex art. 709 ter*, ha escluso che i nn. 2 e 3 possano evocare il rimedio risarcitorio ordinario: ciò a causa non soltanto della natura non contenziosa del procedimento previsto dalla norma, ma anche perchè l'applicazione dell'art. 2043 cod. civ. richiede la prova di tutti gli elementi a fondamento della pretesa risarcitoria, attraverso l'instaurazione del contraddittorio tra le parti. Ciò, secondo l'A., contrasterebbe con la *ratio* del procedimento, ispirato ad esigenze di celerità ed immediatezza, con tutte le preclusioni che ne deriverebbero.

<sup>244</sup> Cfr. V. ROSSINI, *sub. art. 709 ter cod. proc. civ. (Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni)*, cit., p. 408.

Il n. 4 dell'art. 709 *ter* prevede, poi, la possibilità per il giudice di condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende. Si tratta di un provvedimento che ha quasi certamente funzione punitiva, ma che a ben vedere non involge la corresponsione di una somma all'altro coniuge o al minore, ma denota la finalità pubblicistica della punizione irrogata, in risposta al particolare disvalore della condotta del genitore inadempiente posta in violazione dell'interesse del minore.

Posto, dunque, che con la norma in esame il legislatore non abbia inteso introdurre la categoria dei danni punitivi, resta ora da chiarire quale sia la natura della responsabilità derivante dalla condotta del genitore.

Dall'analisi della formulazione dell'art. 709 *ter* emerge chiaramente la volontà del legislatore di collegare il risarcimento come conseguenza della gravità dell'inadempimento. Da ciò discende l'irrilevanza di un'indagine, appunto non richiesta dalla norma, volta ad accertare il profilo soggettivo della condotta del coniuge-genitore<sup>245</sup>, che, peraltro, contrasterebbe con la natura e la *ratio* dei provvedimenti in esame, i quali dovrebbero essere adottati con una certa immediatezza.

A voler indagare sulla natura della responsabilità del coniuge che si renda inadempiente o che commetta violazioni in ordine alle modalità di attuazione dell'affidamento dei minori, si deve rilevare che, anche in questi casi, si è in presenza di un obbligo specificamente individuato all'art. 147 cod. civ., che non si rivolge ad un generico «chiunque», ma si instaura per via del rapporto esistente tra genitore e figlio. L'art. 4 della L. 54 /2006 estende l'applicazione dell'art. 709 *ter* anche alle ipotesi di controversie tra

---

<sup>245</sup> In questo senso cfr. L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, cit., p. 83 ss, in cui l'A. ricollega la pretesa risarcitoria, di cui all'art. 709 *ter* cod. proc. civ. alle regole della responsabilità da inadempimento, rilevando come anche in questo caso non si riescano "a comprendere le ragioni della ritrosia dell'adattamento del rimedio 'contrattuale'".

genitori non coniugati, perchè ciò che importa è sempre la relazione qualificata in cui vengono a trovarsi i genitori, pur in assenza di un vincolo, ma pur sempre in presenza di doveri specificamente individuati all'art. 147 cod. civ., dai quali discendono obblighi giuridici ben definiti.

La *ratio* della L. 54/2006 è da ricercare proprio nella volontà del legislatore di garantire un equilibrato sviluppo dei rapporti tra genitori e figli “incentrato non più sulla continuità del nucleo familiare bensì sulla valorizzazione dei rapporti con i due genitori”<sup>246</sup>, in applicazione del principio della bigenitorialità che informa la disciplina sull'affidamento condiviso.

### **3. I *punitive damages* tra il sistema dei *torts* e il *breach of contract***

Il dibattito che ha caratterizzato l'introduzione del rimedio risarcitorio previsto all'art. 709 *ter* cod. proc. civ. deve indurre a riflettere sulla possibilità di riconoscere alla responsabilità una funzione che non sia esclusivamente compensativa, ma che possa includere al suo interno anche una finalità punitiva<sup>247</sup>. Piuttosto che trasportare i danni punitivi

---

<sup>246</sup> Così P. PARDOLESI, *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile*, cit., p. 413 ss.

<sup>247</sup> In Inghilterra la nascita dei danni punitivi viene fatta risalire al 1763, ai due casi *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money*, sebbene già nel XIII secolo vi è traccia di *statutes* che prevedevano la sanzione dei danni punitivi. L'origine degli *exemplary damages* viene giustificata da due fattori principali, il primo atteneva al ruolo della giuria nel processo inglese, i cui poteri, com'è noto, erano ampiamente discrezionali e riguardavano funzioni non solo strettamente giudiziarie, ma anche investigative, il secondo argomento, più plausibile, si ricollega alla esigenza di riconoscere all'attore le offese e le umiliazioni subite, e dunque il danno morale, che a quell'epoca non era riconosciuto, quale danno risarcibile, dal *common law*. A ciò occorre aggiungere, secondo F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., p. 7, che è proprio a partire dal caso *Wilkes v. Wood* che si richiede, per il riconoscimento dei danni punitivi, “l'oltraggiosità della condotta e quindi l'esistenza di malice, oppression o gross fraud”, il cui accertamento è ritenuto, ancora oggi, imprescindibile per la loro ammissibilità.

anglosassoni e impiantarli nel nostro ordinamento, soprattutto in un ambito così delicato come quello dei rapporti tra genitori e figli, occorrerebbe prima comprenderne la portata e le conseguenze<sup>248</sup>.

Ciò non può prescindere da un'analisi dei danni punitivi così come si sono sviluppati nei sistemi anglosassoni. Gli ordinamenti di *common law* contemplano, infatti, oltre ai danni aventi finalità compensatoria, anche misure afflittive connotate da una finalità punitiva e sanzionatoria, volta a punire il colpevole per aver posto in essere, con dolo o in mala fede (c.d. *malice*) una condotta particolarmente grave e riprovevole.

Con la predisposizione di tali rimedi si persegue il duplice obiettivo di sanzionare in modo esemplare l'autore della condotta illecita e di scoraggiare il compimento di ulteriori illeciti dello stesso disvalore. La finalità di *deterrence*, che assicura una protezione che la mera compensazione del danno causato di per sé non garantisce, si attua attraverso l'applicazione di una sanzione esemplare, tale da scoraggiare chiunque dal compiere gli stessi illeciti, rappresentando un monito per l'intera generalità dei consociati.

Si distinguono due tipologie di danni punitivi:

1. i danni punitivi in senso stretto, che possono essere liquidati indipendentemente da quelli compensativi;

---

Nell'ordinamento statunitense il primo caso in cui furono riconosciuti i *punitive damages* è quello di *Genay v. Norris* del 1784, cui seguì *Coryell v. Collbough* del 1791. L'applicazione dei danni punitivi si diffuse velocemente in quasi la totalità degli Stati americani e la Corte Suprema nel 1851 affermò che la loro ammissibilità *will not admit of argument*. Inizialmente era dibattuta la natura da riconoscere a tali danni, poichè per alcune giurisdizioni la loro funzione era prevalentemente compensativa, mentre altri giudici attribuivano ai *punitive damages* la principale funzione di *deterrence* e di punizione.

<sup>248</sup> Sul tema cfr. P. PARDOLESI, *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile*, cit., p. 413 ss; ID., *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, in *Corr. giur.*, 2012, 8-9, p. 1070; ID., *Danni punitivi all'indice?*, in *Danno e resp.*, 2007, 11, p. 1125; G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 25.

2. i danni punitivi in senso lato, che, invece, vengono determinati con riferimento ad un multiplo dei danni compensativi.

Lo sviluppo dell'applicazione dei danni punitivi all'esame delle Corti statunitensi ha portato ad una interpretazione elastica degli stessi, che, come si vedrà, sconfinò dal tradizionale ambito del *tort* per raggiungere l'area dell'inadempimento del contratto.

In generale, le Corti statunitensi non applicano i danni punitivi nell'ipotesi di *breach of contract*, in quanto l'inadempimento contrattuale resta disciplinato dalla *law of contracts*. Ciò in ragione dell'applicazione del *Restatement of Contracts*, in cui è stabilito testualmente che *the punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort with punitive damages are recoverables (Statement 2 of Contracts)*.

Tradizionalmente tale regola non trovava applicazione qualora il *breach of contract* si delineava come una figura indipendente di *tort*. Un esempio era l'azione relativa al *breach of contract to marriage*, relativo all'inadempimento della promessa di matrimonio, che, nonostante la sua natura contrattuale, consentiva alle Corti di applicare i rimedi del *tort* e, dunque, anche i *punitive damages*<sup>249</sup>.

La possibilità di applicare i danni punitivi ad alcune ipotesi di inadempimento contrattuale traeva fondamento nella particolare natura dell'interesse, strettamente personale, che si intendeva proteggere. Ciò che rilevava era, però, non il semplice inadempimento della promessa di

---

<sup>249</sup> Una delle prime applicazioni dei danni punitivi alle ipotesi di inadempimento della promessa di matrimonio è data dal famoso caso *Coryell v. Collbourg*. Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., p. 219 ss.

matrimonio, ma la condotta dolosa del nubendo che si traduceva nell'aver stipulato la promessa senza essere seriamente intenzionato ad adempierla<sup>250</sup>. Un altro settore nel quale trovavano applicazione i danni punitivi era quello del *breach of a public service contract*, al fine di sanzionare in maniera più incisiva l'inadempimento di obbligazioni a favore del pubblico da parte di società esercenti un pubblico servizio. Anche in questo caso l'inadempimento veniva considerato un vero e proprio *tort* che si traduceva nell'abuso della società in ragione, il più delle volte, della superiorità economica rispetto ai cittadini.

Successivamente, in un'epoca in cui tali azioni persero la loro efficacia a causa del minore utilizzo del *breach of contract to marry* e della minore espansione dei danni punitivi nel settore dei *public service contracts*, tali danni, in area contrattuale, sono stati risarciti quando l'inadempimento andava ad integrare, in generale, una fattispecie indipendente di *tort*<sup>251</sup>, ovvero quando l'inadempimento era fraudolento o si verificava attraverso la contemporanea presenza di un illecito. Le Corti, in queste ipotesi, richiedono non soltanto la prova dell'inadempimento, di per sé insufficiente ai fini dell'applicazione dei danni punitivi, ma anche la "violazione di un dovere autonomo ed indipendente dal contratto (*duty of good faith* o *fiduciary duty* o *special relationship*) o da una condotta particolarmente grave"<sup>252</sup>.

La scelta delle Corti statunitensi di non limitare le conseguenze dell'inadempimento contrattuale all'*expectation interest*, che persegue l'obiettivo di porre la parte nella stessa posizione in cui sarebbe venuta a trovarsi se vi fosse stato l'adempimento, trova le sue ragioni nell'idea che,

---

<sup>250</sup> P. PETRELLI, *Il principio di precauzione. Funzione preventiva e punitiva del risarcimento*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. Visintini, cit., p. 165.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 171.

spesso, non solo questo rimedio non è compensativo, ma è necessario anche introdurre finalità di *deterrence* in condotte particolarmente gravi, e ciò nonostante si tratti di ambiti che si trovano al di fuori del *tort* inteso in senso stretto.

Da questa breve analisi si è potuto constatare come l'applicazione dei *punitive damages* non abbia riguardato soltanto l'area strettamente inerente ai *torts*, ma abbia avuto delle ripercussioni anche in ambito contrattuale.

La questione della trasposizione di tali danni nel nostro ordinamento si è così direzionata sia nel senso della delibazione di sentenze straniere contenenti condanne ai danni punitivi<sup>253</sup> sia nel quadro di un'ammissibilità di tali condanne da parte dei Tribunali<sup>254</sup>.

Ma quali sono gli esiti dell'applicazione di tali danni connotati da una preminente finalità di deterrenza? Della questione si è occupata, appunto, l'analisi economica del diritto che ha dedicato diversi studi ai casi in cui possono essere applicati e alla determinazione dell'ammontare da corrispondere<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, cit., p. 609 ss; Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, cit., p. 1129.

<sup>254</sup> Così Tribunale di Messina 5 aprile 2007, cit., p. 60 ss; Tribunale di Messina (decreto) 8 ottobre 2012, cit., p. 409 ss; Tribunale di Modena 22 novembre 2007, cit.; Tribunale di Padova 30 ottobre 2009, cit., p. 610. *Contra*, Corte d'Appello di Trento, 16 agosto 2008, cit., p. 92 ss; Corte d'Appello di Venezia 15 ottobre 2001, cit.

<sup>255</sup> Cfr. T. EISENBERG & AL., *Reconciling Experimental Incoherence with Real World Coherence in Punitive damages*, in 54 *Stan. L. Rev.*, p. 1239, (2002); D. D. ELLIS JR., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in 56 *Cal. L. Rev.*, p. 3, 13, (1982); G. T. SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages*, in 56 *Cal. L. Rev.*, p. 133, (1982); D. D. ELLIOT, *Why Punitive Damages Don't Deter Corporate Misconduct Effectively*, in 40 *Al. L. Rev.*, p. 1053, (1989).

#### 4. Il contributo dell'analisi economica del diritto

Quello dei *punitive damages* è il settore nel quale gli studi dell'analisi economica hanno trovato maggiore spazio<sup>256</sup> e ciò può tornare utile per valutare in che modo, anche nei rapporti familiari, è necessario tenere conto degli effetti, anche economici, della scelta di uno statuto risarcitorio, soprattutto in una materia in cui per molti appare difficile sconfinare dal diritto strettamente familiare.

L'analisi economica del diritto, o *Law & Economics*, studia “attraverso griglie interpretative mutuata dalla teoria economica”<sup>257</sup> gli effetti e le finalità perseguite dall'applicazione delle norme giuridiche. Com'è noto, si tratta di un metodo d'indagine che si avvale di “un modo di procedere ragionato in funzione degli obiettivi di una ricerca e codificato da regole ordinanti le sue fasi diverse, in particolare la scelta di tecniche diverse”<sup>258</sup>.

Tale analisi svolge un ruolo di primaria importanza non solo nella valutazione degli effetti delle norme, ma anche in ragione delle soluzioni alternative che potrebbero essere utilizzate per realizzare gli obiettivi perseguiti e per bilanciare costi e vantaggi di determinate scelte legislative, avvalendosi di strumenti analitici di matrice economica<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> Sugli effetti dell'applicazione degli studi dell'analisi economica del diritto si veda soprattutto F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., p. 98.

<sup>257</sup> Così A. ARCURI – R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 7.

<sup>258</sup> Così G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contr. e impresa*, 2000, 1, p. 357 ss. L'A. definisce l'analisi economica del diritto come l'“applicazione delle teorie dell'economia del benessere al sistema del diritto nel suo complesso; sulla base della teoria dell'efficienza si studiano i modi nei quali le norme giuridiche si devono modellare o interpretare, gli effetti sul mercato sulla razionale distribuzione delle risorse”.

<sup>259</sup> Cfr. R. COOTER-U. MATTEI-R. PARDOLESI-P. G. MONATERI-T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, I, Bologna, 2006, p. 13. Gli A., nello specificare l'ideologia settoriale del giurista e dell'economista, chiariscono il modo in cui viene inteso il diritto: i giuristi concepiscono il diritto come un insieme di precetti e di sanzioni, mentre gli economisti lo intendono “come un insieme di incentivi rivolti ai

L'indagine che qui si vuole offrire riguarda lo studio degli effetti dell'applicazione degli statuti risarcitori in ambito familiare, in funzione delle conseguenze che ne derivano, data la specificità dei rapporti che contraddistinguono la relazione coniugale.

È noto come, in generale, il sistema dei rimedi rilevi solo in un momento successivo alla violazione e persegua l'obiettivo di ripristinare, per quanto possibile, lo *status quo*, mentre le tecniche di regolazione operano *ex ante*, con l'obiettivo di comprendere in che modo le norme, ed i correlativi rimedi, siano in grado di incidere sulla condotta di un soggetto e nelle sue scelte.

Occorre tenere presente, nello studio degli effetti della responsabilità, che “il «rimedio», più che il diritto, è a stretto ridosso della violazione”<sup>260</sup>, ovvero quello che viene definito, nei sistemi anglosassoni come *cure of wrongs*. Esso non necessita sempre di trovare appoggio in un diritto, “ma sicuramente ad un interesse in qualche modo protetto e che risulta, allo stato, lesa o insoddisfatta”<sup>261</sup>.

---

consociati [...], introducendo in tal modo una serie di prezzi impliciti per i comportamenti degli individui”.

Se il prezzo di un determinato comportamento è troppo alto, allora, il soggetto potrebbe considerare più conveniente non intraprenderlo, a differenza di quanto sostengono i giuristi abituati “a credere che sia sufficiente una legge per determinare un certo corso di eventi”. In questo quadro l'analisi economica del diritto pone l'attenzione sul bilanciamento tra costi e benefici per valutare la convenienza di una determinata scelta istituzionale.

Su questi aspetti cfr., tra gli altri, D. D. FRIEDMAN, *Perché l'analisi economica può servire al diritto?*, in *L'ordine del diritto*, Bologna, 2004, p. 25 ss; A. ZOPPINI-M. MAUGERI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in ID. (a cura di), Bologna, 2009, *passim*.

<sup>260</sup> Così A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, 2, p. 341. L'A. rileva che “con il linguaggio dei «rimedi» anziché dei «diritti» non si intende sovvertire il vocabolario giuridico ma soltanto meglio evidenziare come la funzione storica dell'ordinamento giuridico non è solo quella di dare ordine e sistemazione alle relazioni sociali ma di fornire risposte in positivo ove violazioni siano realizzate”. Sul tema cfr., da ultimo, G. SMORTO, *Sul significato di “rimedi”*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1, p. 159 ss.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 341.

A tal proposito è stato osservato che se il metodo tendesse a considerare per primi i rimedi e poi i diritti, sarebbe più agevole trovare soluzioni maggiormente calate nella realtà sociale “giacché, in tal caso, il problema è di rinvenire varie forme di *rimedi* alle violazioni di diritti o interessi (ritenuti) giuridicamente rilevanti e ricompresi in contesti di particolare significanza sociale (si pensi alla tutela della persona)”<sup>262</sup>, con l’avvertenza di non ragionare neppure avendo riguardo alle sole «azioni», che hanno contenuto processuale e non sostanziale.

L’obiettivo è, dunque, quello di indagare i possibili interessi (economici) sottostanti alle soluzioni giuridiche, attraverso l’utilizzo efficiente delle risorse che consente, di conseguenza, un’equa valutazione in ordine alla distribuzione dei rischi e dei costi delle scelte operate. Ciò si rende necessario perchè non sempre la *ratio* della norma giuridica coincide con la soluzione più efficiente in termini economici.

Gli esiti della scienza economica possono trovare spazio nello studio dei rapporti familiari, in ragione dell’applicazione di istituti che fino a pochi anni addietro si ritenevano estranei al diritto di famiglia.

In quest’ottica proprio i danni punitivi, come già accennato, sono stati oggetto di diversi studi economico-giuridici: uno degli aspetti maggiormente problematici che gli studiosi hanno affrontato è quello relativo all’incertezza dell’applicazione del risarcimento di tali danni, che ha provocato, a causa dell’imprevedibilità che li contraddistingue, una vera e propria “situazione di sottodeterrenza”<sup>263</sup>.

È stato osservato che solo un’applicazione di tali danni a condotte gravi, caratterizzate da intenzionalità e reiterazione, nonché in ipotesi strettamente limitate, sia idonea a realizzarne la reale portata deterrente: per quelle condotte che, invece, riguardano ipotesi di *unitentional fault* si ritiene che i

---

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 344.

<sup>263</sup> L’espressione è utilizzata da F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all’inadempimento del contratto*, cit., p. 95.

danni compensativi siano del tutto sufficienti a garantire il giusto equilibrio economico<sup>264</sup>.

L'assenza di criteri sicuri per determinare la quantificazione dei danni punitivi è una questione che è stata affrontata anche dagli studiosi della scienza economica del diritto. In particolare l'attenzione dei giuristi-economisti si è soffermata proprio sul rapporto tra costi e benefici e ciò al fine di individuare quale sia quella soglia che permetta alla funzione di *deterrence* di operare efficacemente.

In questa prospettiva è chiaro che il parametro di riferimento non potrà essere quello del patrimonio del convenuto, dato che la proporzione tra costi e benefici resterebbe immutata, senza contare che dall'applicazione di questo criterio potrebbero sopraggiungere effetti negativi legati al fatto che il danneggiato potrebbe essere incentivato dall'agire in giudizio proporzionalmente alle ricchezze del convenuto, determinando *overdeterrence* o *underdeterrence* a seconda della maggiore o minore consistenza del patrimonio di quest'ultimo<sup>265</sup>.

## **5. L'efficiente rottura del rapporto matrimoniale nell'esperienza americana**

I modelli statunitensi, improntati a regimi patrimoniali della famiglia caratterizzati dalla separata titolarità dei beni a ciascuno dei coniugi, sono volti ad evitare condotte opportunistiche nelle ipotesi di scioglimento del rapporto coniugale.

Dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, e al fine di analizzare le possibili soluzioni elaborate, il matrimonio è inteso come un impegno di

---

<sup>264</sup> Sul punto cfr. R. COOTER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, in 56 *S. Cal. Rev.*, 1982, p. 79 ss.

<sup>265</sup> Cfr. D. B. DOBBS, *Ending Punishment in Punitive Damages: Deterrence Measured Remedies*, in 40 *Al. L. Rev.*, p. 831, (1989).

lunga durata “durante il quale ciascuno dei soggetti opera degli investimenti finalizzati alla formazione di un nuovo *capital asset*, che coincide con la famiglia, da cui l’esito classificatorio di collocarlo [...] nella categoria dei *relational contracts*”<sup>266</sup>.

Al fine di valutare quali condotte opportunistiche possano celarsi dietro allo scioglimento unilaterale del matrimonio, la dottrina ha analizzato gli esiti dell’applicazione dei diversi modelli di risarcimento<sup>267</sup> relativi agli *expectation damages*, ai *reliance damages*, al *restitution approach* e al *partnership model*.

Quello degli *expectation damages* è il classico modello di disciplina generale del diritto dei contratti, la cui applicazione realizza l’effetto di porre le parti del contratto nella stessa condizione economica che avrebbero realizzato se l’accordo contrattuale avesse seguito la sua naturale realizzazione. Si tratta del cd. danno da aspettativa e la sua riparazione non può che evocare un’idea tradizionale di matrimonio quale rapporto di lunga durata, in cui il giudice dovrà valutare lo *standard* di vita matrimoniale ed assicurare alla parte più debole lo stesso tenore di vita.

Si è però osservato che tale modello predispone tutela alla famiglia in quanto istituzione, più che ai singoli membri, presupponendo spesso situazioni di dipendenza economica della donna rispetto al marito e realizzando una eccessiva distinzione dei ruoli non più al passo coi tempi.

Tali limiti hanno condotto la dottrina a valutare altre soluzioni e a soffermare l’attenzione sul c.d. valore delle alternative alle quali si è rinunciato con la decisione di contrarre matrimonio.

---

<sup>266</sup> Così F. CAGGIA, *Contratto, responsabilità civile e danno risarcibile da rottura del rapporto matrimoniale (o di convivenza): un’analisi comparata*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, M. SESTA (a cura di), Torino, 2008, p. 363, in cui l’A. offre un’ampia ricostruzione degli effetti alle possibili soluzioni risarcitorie nelle ipotesi di scioglimento del vincolo matrimoniale, con particolare riguardo alle possibili condotte opportunistiche dei coniugi.

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 263 ss.

Il riferimento è ai *reliance damages* e alla valutazione della compensazione dei costi- opportunità derivanti dal matrimonio: si tratta, nello specifico, di quelle rinunce alle opportunità di carriera, che la donna ha effettuato a causa del matrimonio e della nascita dei figli. È stato osservato che il riconoscimento dei *reliance interests* in caso di rottura del rapporto matrimoniale garantirebbe alla moglie di assumersi minori rischi derivanti dalla gestione della famiglia e dei figli: tale modello sembra offrire “la giusta misura d’incentivi per favorire gli investimenti nei compiti relativi al *menage* e all’organizzazione della vita familiare durante lo svolgimento del rapporto [...], producendo così, sul terreno delle macroscelte, il risultato di favorire politiche di rafforzamento dei ruoli tradizionali all’interno della famiglia”<sup>268</sup>.

Anche questo modello però non si sottrae al rischio del verificarsi di condotte e scelte opportunistiche<sup>269</sup> e può condurre a considerare il matrimonio come una specie di contratto di assicurazione nell’ipotesi di fallimento dell’unione coniugale: il coniuge opportunistica ben potrebbe modulare in maniera strategica il proprio comportamento per aumentare il rischio del fallimento e del verificarsi delle conseguenze economiche a carico dell’altro coniuge<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> Cfr. F. CAGGIA, *Contratto, responsabilità civile e danno risarcibile da rottura del rapporto matrimoniale (o di convivenza): un’analisi comparata*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., p. 377. Sul punto cfr. M. J. TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge-Mass., 1993, p. 45; G. S. BECKER, *L’approccio economico al comportamento umano*, Bologna, 1998; D. D. FRIEDMAN, *L’ordine del diritto. Perché l’analisi economica può servire al diritto*, cit., *passim*.

<sup>269</sup> Le condotte opportunistiche cui si fa riferimento riguardano essenzialmente i cd. *greener- grass effects*, in cui, nell’ipotesi in esame, il marito potrebbe essere portato a divorziare tutte le volte in cui valuti maggiormente conveniente un nuovo matrimonio, e i *Black-Widow effects*, in cui il coniuge economicamente meno forte potrebbe valutare la convenienza a divorziare nei casi in cui il guadagno ricavabile dalla rottura del matrimonio sia maggiore rispetto a quello derivante dalla prosecuzione del rapporto coniugale.

<sup>270</sup> A. W. DNES, *Marriage Contracts*, in *Encyclopedia of Law & Economics*, II, *Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 872; M. J. TREBILCOCK, *The Limits*

Il modello in esame presenta, inoltre, l'inconveniente della determinazione della condizione economica del soggetto nel periodo antecedente la celebrazione del matrimonio, con riferimento alle prospettive di carriera realizzabili in assenza del vincolo coniugale, senza contare che esso non considera il profilo economico di altri aspetti inerenti la vita familiare, quali la cura dei figli e della casa familiare.

Tali limiti ed i risvolti, talvolta eccessivamente opportunistici, dei modelli analizzati hanno condotto la giurisprudenza americana più recente a considerare il *restitution approach*, il cui obiettivo è quello di riconoscere alla moglie un ritorno economico per le scelte di vita familiare adottate<sup>271</sup>.

L'elemento che viene in rilievo si identifica con la determinazione del modo in cui le rinunce della moglie in termini di opportunità lavorative, e di conseguente impegno nella vita familiare, hanno contribuito alla carriera del marito. Il modello dei *restitutionary damages* "riconosce alla moglie una quota dei guadagni di mercato maturati dal marito, che si sono resi possibili attraverso le scelte di vita operate dalla moglie e che hanno favorito il perseguimento degli obiettivi di carriera del coniuge"<sup>272</sup>.

È facile constatare che anche il modello basato sul *restitution approach* si presta al possibile verificarsi di condotte opportunistiche dei coniugi, sottraendosi ai parametri dell'efficienza economica<sup>273</sup>.

---

of *Freedom of Contract*, cit., p. 46; R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, I. Fondamenti*, cit., p. 76 ss.

<sup>271</sup> Sul tema, tra gli altri, cfr. J. CARBONE - M. F. BRINIG, *Rethinking Marriage: Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform*, in *Tulane L. Rev.*, 65, 954 ss; J. CARBONE, *Economics, Feminism, and the Reinvention of Alimony: A Reply to Ira Ellman*, in *Vanderbilt L. Rev.*, 43, (1990), p. 1463 ss.

<sup>272</sup> F. CAGGIA, *Contratto, responsabilità civile e danno risarcibile da rottura del rapporto matrimoniale (o di convivenza): un'analisi comparata*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., p. 380. Sul punto cfr. K. BAKER, *Contracting for security: Paying Married What They've Earned*, in *Univ. Of Chicago L. Rev.*, 55, (1988), p. 1193.

<sup>273</sup> Cfr. A. W. DNES, *Marriage Contracts*, cit., p. 874.

Negli ultimi anni le Corti americane, soprattutto in quegli Stati che applicano la regola della *community-property*, sembrano piuttosto orientate nel senso di considerare il matrimonio come *partnership*<sup>274</sup>, in cui la disparità dei redditi dei coniugi al momento dello scioglimento del vincolo coniugale è una situazione che deriva dalle scelte condivise dai coniugi durante lo svolgimento del rapporto matrimoniale e, pertanto, la maggiore quota di reddito di cui gode un coniuge rispetto all'altro deve ritenersi comune ad entrambi. Ciò andrebbe sicuramente a compensare le opportunità lavorative cui ha rinunciato il coniuge per dedicarsi alla gestione della vita familiare e alla cura dei figli, ma non esclude di certo che possano intervenire, anche in questa ipotesi, scelte di opportunità e convenienza.

Sembra chiaro che la scelta di un modello, anziché di un altro, non può certamente essere valutata senza considerare il regime patrimoniale che i coniugi abbiano voluto adottare nella disciplina del loro rapporto. A tal fine la maggiore efficienza di una scelta del tipo di risarcimento da accordare non potrà prescindere dal contenuto dei patti intervenuti tra i coniugi, in modo da poter apprezzare nel caso concreto quali contributi e quali rinunce abbiano operato i coniugi durante il matrimonio e quali aspettative siano legittimamente maturate nel corso dello stesso.

---

<sup>274</sup> L. J. WEITZMAN, *The Economics of Divorce: Social and Economic Consequences of Property, Alimony and Child Support Awards*, in *UCLA Law Rev.* 28, (1981), p. 1181 ss; J. B. SINGER, *Divorce Reform and Gender Justice*, in *North Carolina Law Rev.*, 67, (1989), p. 1103 ss; J. H. BARTON, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, in *1 Jour. Legal Stud.*, 1972, p. 277.

## 6. I temi della negozialità nel diritto di famiglia italiano

La profonda evoluzione che la famiglia, e il suo diritto, ha subito nel corso degli ultimi decenni ha avuto l'effetto di rivalutare antiche convinzioni riguardanti l'impermeabilità di tali regole rispetto a quelle di diritto comune.

Si è visto come, di fronte ad un atteggiamento di inequivocabile apertura del diritto di famiglia alla responsabilità civile, siano emersi dubbi interpretativi di non facile confutabilità. E si è anche avuto modo di verificare che la fisionomia dei rapporti familiari non è poi così lontana dalle logiche che sottendono il diritto delle obbligazioni.

Ciò, in un clima di rinnovata considerazione dei diritti individuali, si spiega attraverso la crescente attenzione che viene ad assumere l'autonomia privata nei rapporti strettamente familiari, in cui si continua a discutere in maniera sempre più insistente il tema della negozialità della crisi coniugale.

Se a queste nuove tendenze si aggiunge l'assenza di una specifica regolamentazione risarcitoria in ambito familiare, almeno per quanto riguarda la violazione dei doveri matrimoniali, è facile convenire che gli apporti dottrinali tesi alla progressiva privatizzazione del diritto della famiglia costituiscono terreno fertile per la ricerca di soluzioni che hanno molto a che vedere con i temi della contrattualizzazione dei rapporti del Libro I del Codice civile<sup>275</sup>.

Si tratta di questioni strettamente attinenti ai dibattiti che proprio negli ultimi anni hanno messo a dura prova il concetto di famiglia inteso in senso tradizionale: la famiglia di fatto ne costituisce un chiaro esempio, in quanto là dove il legislatore non sia ancora intervenuto le coppie che non intendano o non possano contrarre il vincolo coniugale ben potrebbero utilizzare

---

<sup>275</sup> Sul tema della privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti familiari cfr. P. GALLO, *Dallo status al contratto in materia di famiglia*, in *Trattato del contratto* P. Gallo, Torino, 2010, p. 63 ss.

l'autonomia privata per regolamentare la propria convivenza. Indipendentemente, però, dalle questioni riguardanti le unioni di fatto, che meriterebbero ampia e separata trattazione, è indubbio che, quantomeno a livello teorico, l'utilità dello strumento negoziale in tema di regolamentazione dei rapporti familiari si può constatare negli studi di quegli autori che ne hanno fatto emergere l'importanza<sup>276</sup>.

Altrettanto indubbio è l'atteggiamento di chiusura che si riscontra nelle decisioni giurisprudenziali e nella dottrina maggioritaria all'accostamento tra regolamento contrattuale e famiglia “[...] per lo meno per chi ancora si ostina a collocarsi nell’ottica «tradizionale» che, sulla base di perduranti echi della concezione istituzionale della famiglia, enfatizza in questa materia gli aspetti d’ordine pubblico, le regole inderogabili e la tutela del soggetto «debole» [...]”<sup>277</sup>.

La negazione dell'utilità dello strumento negoziale in ambito familiare si riflette anche, e in maniera ancora più evidente, sulla scelta dei rimedi applicabili alla violazione degli obblighi familiari che i giudici di merito e di legittimità ritengono applicabili, in cui è nota la predilizione verso forme di tutela extracontrattuali che si discostano dalla natura relazionale del rapporto matrimoniale, riconducendo peraltro la risarcibilità dei danni non patrimoniali alla disciplina esclusiva dell'art. 2043 cod. civ.

Si ritiene comunemente che il ricorso alle regole della responsabilità civile produca l'effetto di completare “il processo di affermazione del principio di

---

<sup>276</sup> Cfr. G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2014, 1, p. 88 ss; ID., *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*, in *Fam. e dir.*, 2013, 6, p. 556; ID., *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, in *Fam. e dir.*, 2012, 8-9, p. 806 ss; F. SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, in *Corr. giur.*, 2013, 12, p. 1564 ss.

<sup>277</sup> Così G. OBERTO, *Contratto e famiglia, Interferenze*, in *Trattato del contratto*, cit., p. 107.

autonomia privata, essendo questo il corollario logico-giuridico dell'esercizio della libertà di autodeterminazione dei soggetti"<sup>278</sup>.

Inoltre, è stato osservato che l'utilizzo del paradigma risarcitorio del fatto illecito non si limita a riparare quei danni alla sfera esistenziale o psicofisica, ma può estendersi alla tutela di interessi ulteriori dei coniugi, andando, così, ben al di là della mera compensazione economica. Risultato, questo, che a parere della dottrina maggioritaria non può realizzarsi con l'applicazione delle norme sulla responsabilità per inadempimento di cui all'art. 1218 cod. civ., che soffrirebbe, tra l'altro, della questione riguardante la qualificazione dei doveri familiari come vere e proprie obbligazioni, sebbene quest'ultimo nodo concettuale venga parzialmente superato da questa ricostruzione, limitando le condotte risarcibili alle sole ipotesi di violazione di obblighi suscettibili di valutazione economica.

L'impostazione del problema della natura degli obblighi familiari deve tuttavia trovare soluzione adottando una visuale diversa della questione, ovvero ponendo l'attenzione, come si è visto, sull'elemento della relazionalità.

L'adozione, nella disciplina dei rapporti familiari, dello statuto della responsabilità *ex art. 1218 cod. civ.*, va di pari passo con la crescente affermazione dell'autonomia privata dei coniugi, la cui importanza si può scorgere attraverso l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, nonché con le nuove proposte in tema di accordi sulla crisi della famiglia.

I dati normativi più significativi vanno ricercati, innanzitutto, nella regola di cui all'art. 144 cod. civ., che sancisce il principio dell'accordo tra i coniugi nella determinazione dell'indirizzo della vita familiare: tale norma, che ha inciso profondamente sulla promozione della gestione paritaria dei rapporti

---

<sup>278</sup> Cfr. F. CAGGIA, *Contratto, responsabilità civile e danno risarcibile da rottura del rapporto matrimoniale (o di convivenza): un'analisi comparata*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, cit., p. 363.

familiari, è sintomatica della evoluzione dalla concezione pubblicistica a quella privatistica del diritto di famiglia.

Si pensi, ancora, agli artt. 155 e 337 *ter* cod. civ. in tema di affido condiviso, in cui è emblematica l'espressione utilizzata dal legislatore nella parte in cui stabilisce che "il giudice prende atto degli accordi sottoscritti dalle parti".

Su questa linea, poi, emergono sempre più frequentemente gli accordi di separazione e divorzio che, secondo la giurisprudenza più recente, costituiscono atti di autonomia privata, e come tali, assoggettabili ad azione revocatoria ordinaria e fallimentare<sup>279</sup>.

La questione maggiormente dibattuta è quella della validità degli accordi dei coniugi in vista della separazione e del divorzio: le resistenze all'ammissibilità di tali pattuizioni rilevano in ordine alla loro presunta contrarietà all'ordine pubblico e al conseguente effetto di alterare il principio dell'indisponibilità dello *status* di coniuge<sup>280</sup>.

Tale argomentazione, che vede nell'ordine pubblico e nella prospettata commerciabilità dello *status* di coniuge il nodo problematico della validità di tali accordi, può essere smentita dall'analisi dei casi posti all'attenzione dei giudici: non si tratta, infatti, di convenire la rinuncia all'azione di separazione e divorzio a fronte di un corrispettivo, ma di determinare preventivamente alcuni degli effetti nell'ipotesi di crisi familiare<sup>281</sup>.

<sup>279</sup> In tema di revocatoria ordinaria, cfr. Cass. 17 maggio 2010, n. 12045, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 5, p. 769; Cass. 13 maggio 2008, n. 11914, in *Guida dir.*, 2008, 27, p. 71. Per quanto concerne la revocatoria fallimentare, cfr. Cass. 12 aprile 2006, n. 8516, in *Dir. e giust.*, 2006, 21, p. 12, secondo cui "sono revocabili le disposizioni patrimoniali pattuite dai coniugi in sede di separazione consensuale (così come le successive modifiche), a nulla rilevando che le stesse siano state omologate dal Tribunale".

<sup>280</sup> Cfr. Tribunale Varese 29 marzo 2010, in *Fam. e dir.*, 2011, 3, p. 295 ss; Cass. 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1021.

<sup>281</sup> Cfr. Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 2013, 8-9, p. 321 ss. In questa decisione la Corte di Cassazione sembra discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale che sancisce la nullità degli accordi intervenuti prima del matrimonio, in sede di separazione consensuale, in vista dell'eventuale divorzio. Secondo il prevalente indirizzo

L'applicazione delle logiche contrattuali ai rapporti familiari trova oggi maggiore spazio rispetto al passato, in cui l'interesse della famiglia era ritenuto preminente, e trascendente, rispetto a quello dei singoli membri della famiglia<sup>282</sup>.

In questo quadro, la reale portata dell'applicazione di uno statuto di responsabilità anziché di un altro deve essere valutato dapprima in via generale, considerando la compatibilità tra diritto comune e diritto di famiglia, privilegiando l'aspetto dell'espansione dell'autonomia privata di quest'ultimo settore, e successivamente analizzandone la convenienza in un'ottica tesa a determinare il rapporto costi-benefici che derivano dall'applicazione del rimedio risarcitorio<sup>283</sup>.

Un significativo passo in avanti è stato attuato con l'entrata in vigore di nuove norme che disciplinano le modalità di separazione e divorzio, attraverso l'introduzione della c.d. «negoziata assistita»<sup>284</sup>. In

---

dei giudici la nullità deriverebbe dall'illiceità della causa che contrasterebbe con il principio di indisponibilità degli *status*.

Nel caso esaminato dalla Corte, i coniugi, attraverso scrittura privata sottoscritta anteriormente alla celebrazione del matrimonio, si accordavano sulle conseguenze di un eventuale crisi del rapporto coniugale. In particolare, la moglie avrebbe dovuto cedere al marito un immobile di sua proprietà, per compensarlo delle spese che lo stesso aveva sostenuto per la ristrutturazione dell'immobile da adibire a residenza familiare. Il marito, invece, si impegnava a trasferire alla moglie un titolo BOT del valore di venti milioni di lire.

I giudici di legittimità inquadrano la fattispecie come *datio in solutum* per le spese di ristrutturazione sostenute dal marito, qualificando l'accordo come “un contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela”.

Su questo tema cfr., in particolare, A. FIGONE, *Ancora in tema di patti prematrimoniali*, in *Fam. e dir.*, 2013, 8-9, p. 843 ss.

<sup>282</sup> Cfr., su questa linea, Cass. 11 novembre 1992, n. 12110, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 394; Cass. 17 giugno 1992, n. 7470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 808.

<sup>283</sup> Cfr. R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità*, in *I Contratti*, 2014, 6, p. 582 ss.

<sup>284</sup> Il riferimento è alla L. 10 novembre 2014, n. 162 (di conversione del D.L. 132/2014, in tema di “Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile”).

particolare, gli artt. 6 e 12 della Riforma disciplinano, rispettivamente la “Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio” e la “Separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all’ufficiale dello stato civile”.

Nonostante siano già emersi non pochi dubbi interpretativi sui profili applicativi della Riforma<sup>285</sup>, tale intervento legislativo rappresenta, in ogni caso, un’importante apertura alle forme di negozialità in ambito familiare, sebbene non si tratti di convenire preventivamente gli effetti dello scioglimento del vincolo coniugale, ma di addivenire ad un accordo di negoziazione che, in presenza dei presupposti e dei requisiti richiesti dalla legge, eviti l’instaurazione dei tradizionali procedimenti di separazione e divorzio.

---

<sup>285</sup> Cfr. F. TOMMASEO, *La tutela dell’interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. e dir.*, 2015, 2, p. 157 ss; F. DANOVÌ, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e dir.*, 2014, 12, p. 1141 ss.

### *Conclusioni*

Il lavoro di ricerca svolto in queste pagine si inserisce nel generale ampliamento degli orizzonti del diritto di famiglia ed è volto a dimostrare che tale settore del diritto civile si può prestare a diversi punti di contatto non soltanto con le regole generali di responsabilità, ma anche con il diritto delle obbligazioni.

Gli obblighi di natura personale previsti agli artt. 143 ss cod. civ. possono, infatti, essere inseriti nelle logiche della teoria dei doveri di protezione e, più in generale, nell'ambito della ricostruzione del rapporto obbligatorio senza dovere primario di prestazione, in cui ciò che assume rilevanza è la dimensione di relazionalità tra i soggetti di un rapporto determinato, legati da un preesistente rapporto qualificato dalla previsione di doveri specificamente individuati dal legislatore.

In questo quadro si è visto come, in realtà, nelle dinamiche familiari si può ipotizzare che tali doveri costituiscano veri e propri doveri di prestazione, il cui oggetto andrebbe ricercato nella «protezione» che nasce dalla relazione e dal contatto sociale qualificato.

Ciò che si è voluto evidenziare è soprattutto orientato a porre confini ben precisi alla responsabilità endofamiliare, attraverso la ridefinizione della questione risarcitoria in termini ben più delimitati, relativamente alle sole ipotesi di «mera» violazione dei doveri familiari.

Da qui, e per questa via, si sviluppano le criticità sollevate all'orientamento prevalente della giurisprudenza che, al contrario, esclude ogni automatismo tra la «mera» inosservanza del dovere matrimoniale e la riparazione del danno derivante da tale pregiudizio, ritenendolo, in tal modo, irrisarcibile.

Tale indirizzo è nel senso di richiedere, ai fini della risarcibilità del danno, la ricorrenza di un'ulteriore lesione avente ad oggetto un diritto a rilevanza costituzionale, in conformità con l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ.

Dall'analisi della giurisprudenza emerge, infatti, che, allo stato attuale, la risarcibilità del danno tra familiari non è conseguenza della inosservanza dei doveri matrimoniali, bensì è ricondotta alla violazione del dovere generale del *neminem laedere*, derivandone che l'unico rimedio applicabile alla «mera» violazione degli obblighi matrimoniali è rappresentato dall'addebito della separazione.

Tale impostazione, che caratterizza gran parte delle decisioni della Suprema Corte sul tema, comporterebbe tuttavia il rischio di una, seppure indiretta, riaffermazione della specialità del diritto di famiglia.

In un quadro così delineato, e al fine di riconsiderare l'opportunità dell'apertura del diritto di famiglia ai rimedi risarcitori, si è resa, dunque, necessaria la ridefinizione dei termini della questione, direzionando l'attenzione verso quelle ipotesi in cui ciò che rileva non è lo *status* di persona, bensì quello di familiare che con la sua condotta viola i doveri *ex* artt. 143 ss cod. civ.

Il tentativo di prospettare uno scenario risarcitorio alle ipotesi di inosservanza dei doveri coniugali, senza il coinvolgimento dei diritti di rango costituzionale, ha condotto a considerare la possibile applicazione della disciplina della responsabilità per inadempimento, focalizzando l'attenzione sulla presenza di obblighi specifici e sulla relazionalità che qualifica il rapporto familiare.

Questa applicazione è stata resa possibile attraverso l'ausilio della costruzione complessa del rapporto obbligatorio, alla luce di quella evoluzione dottrinale che riconosce all'obbligazione un più ampio raggio d'azione, che non si esaurisce più solamente nell'adempimento della prestazione, ma porta con sé, «in connessione» o «in purezza», tutta una serie di obblighi di protezione derivanti anche dal solo approssimarsi delle sfere giuridiche delle parti.

La ricostruzione offerta, mediante cui i doveri matrimoniali vengono qualificati quali obblighi di protezione, non può essere letta se non nel più ampio discorso del superamento delle tradizionali resistenze che per lungo tempo hanno impedito la risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali nell'ambito di applicazione dell'art. 1218 cod. civ.

Il tema della natura della responsabilità endofamiliare si estende a considerare anche l'opportunità di rintracciare, nella disciplina vigente, ipotesi di danno punitivo.

Tali riflessioni hanno preso spunto dalla norma contenuta nell'art. 709 *ter* cod. proc. civ., la quale si occupa di disciplinare le conseguenze, anche risarcitorie, alle condotte genitoriali che arrechino gravi pregiudizi nello svolgimento del rapporto genitore- figlio.

La norma richiamata attribuisce al giudice il potere di disporre il risarcimento dei danni non soltanto nei riguardi del figlio minore vittima delle inadempienze del genitore, ma anche nei confronti dell'altro genitore, introducendo, nella fase patologica del rapporto, un problema di responsabilità.

In particolare, buona parte della dottrina si è soffermata in ordine alla possibilità di interpretare tale formulazione legislativa come ipotesi di danno punitivo. Altra parte della dottrina insiste, invece, per ravvisare nella norma ipotesi risarcitorie riconducibili alla responsabilità aquiliana.

Si ritiene, tuttavia, che anche in questo caso ricorra un obbligo previsto e specificamente individuato dall'art. 147 cod. civ., che, in ogni caso, può essere interpretato quale dovere di protezione nascente dalla relazionalità qualificata dal rapporto preesistente.

Ciò è, peraltro, testimoniato dal disposto dell'art. 4 della L. 54/2006 che prevede l'applicazione della norma anche alle controversie tra genitori che non siano uniti in matrimonio e, dunque, pur in assenza di un vincolo, ma in presenza, pur sempre, di una relazione qualificata, poiché ciò che rileva è la

dimensione relazionale in cui vengono a trovarsi i genitori, cui il legislatore impone una serie di obblighi, puntualmente indicati all'art. 147 cod. civ., ai quali gli stessi non possono sottrarsi.

## **Bibliografia**

- E. AL MUREDEN, *La responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo conseguente all'invalidità del matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, M. SESTA (a cura di), Torino, 2008, p. 50 ss
- S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1979
- M. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de familia*, Madrid, 2006, p. 121 ss
- G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contr. e impresa*, 2000, 1, p. 357 ss
- G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991
- R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità*, in *I Contratti*, 2014, 6, p. 582 ss
- E. AMATI, *Cenni comparatistici*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, M. SESTA (a cura di), Torino, 2008, p. 712 ss
- D. AMRAM, *Rimedi giusfamiliari e tutela aquiliana: dall'immunità all'autonomia. Qualche riflessione sul danno intrafamiliare*, in *Danno e resp.*, 2012, 4, p. 386
- D. V. ARAVENA, *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid, 2009
- A. ASTONE, *I danni alla persona e la famiglia*, in M. FORTINO (a cura di), *I danni ingiusti alla persona*, Padova, 2009, p. 283
- A. ARCURI – R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 7
- T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011
- T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, 1, p. 43 ss
- T. AULETTA, *Gli effetti dell'invalidità del matrimonio*, in *Famiglia*, 2001, 2, p. 339
- K. BAKER, *Contracting for security: Paying Married What They've Earned*, in *Univ. Of Chicago L. Rev.*, 55 (1988), p. 1193
- M. BARCELLONA, *Della risarcibilità del danno non patrimoniale e dei suoi limiti*, in *Danno e resp.*, 2012, 8-9, p. 817 ss
- M. BARCELLONA, *La terza via della responsabilità da contatto*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 100 ss
- M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011,
- P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 779 ss

- M. BARRIENTOS ZAMORANO, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca, 2007, p. 38 ss
- J. H. BARTON, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, in *1 Jour. Legal Stud.*, 1972, p. 277
- G. BASILICO, *Profili processuali degli ordini di protezione familiare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 5, p. 1116 ss
- G. F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 2, p. 95 ss
- G. S. BECKER, *L'approccio economico al comportamento umano*, Bologna, 1998
- F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008
- F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 222
- M. BESSONE, *Eguaglianza giuridica e morale dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Pol. dir.*, 1976, p. 217 ss
- M. BESSONE, *La famiglia nella Costituzione*, Bologna-Roma, 1977
- E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953
- C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna – Roma, 1979, p. 33 ss
- C. M. BIANCA, *Famiglia (Diritti di)*, in *Nov. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 68 ss
- C. M. BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2014
- C. M. BIANCA, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, in *Dir. famiglia*, 2006, 2, p. 680
- L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, p. 170 ss
- W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, I, Oxford, 1775, p. 430 ss
- F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013
- M. BONA, *L'«ottava vita» dell'art. 2059 c.c., ma è tempo d'addio per le vecchie regole!*, in *Giur. it.*, 2004, p. 36
- G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2006

- F. D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La corte di cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 8-9, p. 829 ss
- F. D. BUSNELLI – S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013
- F. D. BUSNELLI, *Il dovere di fedeltà coniugale, oggi*, in *Giur. it.*, 1975, IV, p. 152
- F. D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 97 ss
- F. D. BUSNELLI, *Significato attuale del dovere di fedeltà coniugale*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975, p. 280
- D. BUZZELLI, *Sulla responsabilità dei coniugi per l'invalidità del matrimonio*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 324
- F. CAGGIA, *Contratto, responsabilità civile e danno risarcibile da rottura del rapporto matrimoniale (o di convivenza): un'analisi comparata*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, M. SESTA (a cura di), Torino, 2008, p. 363
- E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European tort law*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1, p. 145
- E. CAMILLERI, *Violazione dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 6, p. 433
- C. A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, IX, Torino, 1984, p. 42 ss
- M. C. CAPRUSO, *Gli ordini di protezione in materia di famiglia: aspetti civilistici e modifiche legislative (l. 6 novembre 2003 n. 304). Un caso di imperfetta "tecnica legislativa"*, in *Dir. famiglia*, 2004, 4, p. 447
- E. CARBONE, *Requiem per un'immunità: violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006, 4, p. 700
- J. CARBONE, *Economics, Feminism, and the Reinvention of Alimony: A Reply to Ira Ellman*, in *Vanderbilt L. Rev.*, 43 (1990), p. 1463 ss
- J. CARBONE - M. F. BRINIG, *Rethinking Marriage: Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform*, in *Tulane L. Rev.*, 65, 954 ss
- V. CARBONE, *L'irreversibile crisi della coppia legittima l'adulterio, rendendo non addebitabile la separazione?*, in *Fam. e dir.*, 1999, 2, p. 105 ss
- V. CARBONE, *Tutela dei valori costituzionali della persona e status coniugale: risarcibile il danno morale da adulterio*, in *Corr. giur.*, 2011, 12, p. 1634

- F. CARINGELLA, *I rapporti tra coniugi e la responsabilità civile*, in G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009, p. 102 ss
- L. CARRERA, *Violenza domestica e ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Fam. e dir.*, 2004, 4, p. 390
- G. CASABURI, *La nuova legge sull'affidamento condiviso (ovvero, forse: tanto rumore per nulla)*, in *Corr. merito*, 2006, 5, p. 572
- G. CASSANO, *In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709 ter, comma 2, c.p.c. e di danni prettamente "patrimoniali" fra congiunti*, in *Dir. fam.*, 2008, II, p. 498
- G. CASSANO, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale: il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padova, 2006
- O. B. CASTAGNARO, *Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali*, in *Giur. it.*, 2002, p. 2292
- A. M. CASTILLO, *Protección civil del honor, la intimidación personal y familiar y el derecho a la propia imagen*, in *Actualidad civil*, 2009, 2, p. 243 ss
- C. CASTRONOVO, *Dal diritto canonico al diritto civile: nullità del matrimonio ad effetti patrimoniali*, *Scritti in onore di A. Falzea*, Milano, 1991, p. 224
- C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, p. 5 ss
- C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 2, p. 315 ss
- C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006
- C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 1, p. 55 ss
- C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del Millennio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, p. 123 ss
- C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 2
- C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 3, p. 679 ss

- P. CENDON, *Dov'è che si sta meglio che in famiglia?*, in *Persona e danno*, P. CENDON (a cura di), III, Milano, 2003
- P. CENDON, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2005, 4, p. 370 ss
- P. CENDON – G. SEBASTIO, *Lui, lei e il danno, La responsabilità civile tra i coniugi*, in *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, R. TORINO (a cura di), Torino, 2004
- M. CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinare: dal danno esistenziale al danno da «tempo libero sacrificato»?», in Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 633 ss
- D. CHINDEMI, *Danno morale autonomo rispetto al danno biologico*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 2488 ss
- G. CIAN, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), Padova, 2001, p. 37
- G. CIAN, *Introduzione generale. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, Padova, 1977
- L. COHEN, *Divorce and Quasi Rents: Or "I Gave Him the Best Years of my Life"*, 16 Journ. Leg. St. 16 (1987)
- G. CONTE, *I rapporti personali tra i coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da G. Ferrando, Bologna, 2008, p. 49
- R. COOPER, *Lack of State accountability in acts of domestic violence: understanding the contrast between the U.S. anche international approaches*, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2012, 29, 3, p. 657
- R. COOTER, *Economic Analysis of Punitive Damages*, in 56 S. Cal. Rev., 1982, p. 79 ss
- R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, I. Fondamenti*, Bologna, 2006, p. 76 ss
- P. CREMADES GARCIA, *El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar*, *La ley*, 2008, 41321

- L. D'ACUNTO, *Il danno non patrimoniale nella responsabilità contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2012, 11, p. 746
- E. D'ALESSANDRO, *Gli ordini civili di protezione contro gli abusi familiari: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 1, p. 227
- C. D'ANGELO, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari negli ordinamenti di common law*, in *Gli abusi familiari*, M. PALADINI (a cura di), Padova, 2008, p. 282 ss
- F. DANOVI, *Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?*, in *Dir. famiglia*, 2014, 1, p. 293 ss
- F. DANOVI, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e dir.*, 2014, 12, p. 1141 ss
- M. DE ARANZANU NOVALES ALQUEZAR, *Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el derecho de familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges*, in *Revista jurídica del notariado*, 2006, 60, p. 204 ss
- B. DE FILIPPIS, *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio, nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2003
- G. DE MARZO, *L'affidamento condiviso, I, Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, V, p. 95
- R. DE RUGGIERO - F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Milano, 1965
- J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, in *La Ley*, 2007, n. 6676
- J. R. DE VERDA Y BEAMONTE – P. CHAPARRO MATAMOROS, *Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales*, in *Responsabilidad Civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Navarra, 2012, p. 107
- J. R. DE VERDA Y BEAMONTE – P. CHAPARRO MATAMOROS, *Requisitos y efectos del matrimonio*, in *Derecho Civil IV, Derecho de familia*, J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (Coord), Sevilla, 2013, p. 61 ss
- F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *Contratti*, 2012, p. 235.

- C. DELLE DONNE, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in *Giur. merito*, 2005, 11, p. 99
- S. DELLE MONACHE, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, *Contratti*, 2010, 7, p. 723
- R. DI CRISTO, *La responsabilità da rottura ingiustificata della promessa di matrimonio*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 1, p. 743
- A. DI GIROLAMO, *Art. 709-ter c.p.c.: indirizzi giurisprudenziali a tre anni dalla riforma*, in *Giur. merito*, 2009, 10, p. 2366
- A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, p. 410 ss
- A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, 2, p. 341
- A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 4, p. 450.
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001
- A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009
- G. DI ROSA, *Risarcimento dei danni, sub. art. 81 cod. civ.*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 32 ss
- G. DI ROSA, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, A. ZOPPINI-M. MAUGERI (a cura di), Bologna, 2009, p. 407 ss
- L. DIEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Madrid, 2008
- A. W. DNES, *Marriage Contracts*, in *Encyclopedia of Law & Economics*, II, *Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 872
- D. B. DOBBS, *Ending Punishment in Punitive Damages: Deterrence Measured Remedies*, in 40 *Al. L. Rev.*, p. 831 (1989)
- M. DOGLIOTTI, *Famiglia (dimensione della)*, in *Dig. Disc. Priv.*, VIII, Torino, 1992, p. 174 ss
- M. DOGLIOTTI, *Gli effetti del matrimonio invalido, Il matrimonio putativo*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2011, p. 983 ss
- M. DOGLIOTTI - A. FIGONE, *I rapporti familiari*, in *La responsabilità civile*, P. CENDON (a cura di), Torino, 1998, p. 61 ss

- M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l'“altro” diritto: responsabilità civile, danno biologico e danno esistenziale*, in *Fam. e dir.*, 2001, 2, p. 159 ss
- M. DOGLIOTTI, *Principi della Costituzione e ruolo sociale della famiglia*, in *Dir. famiglia*, 1977, p. 1488 ss
- M. DOGLIOTTI, *Rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, p. 390
- C. EBENE COBELLI, *Il cammino verso l'uguaglianza tra i coniugi negli Stati Uniti di America e l'equal rights amendment*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 66 ss
- T. EISENBERG & AL., *Reconciling Experimental Incoherence with Real World Coherence in Punitive damages*, in *54 Stan. L. Rev.*, p. 1239 (2002)
- D. D. ELLIOT, *Why Punitive Damages Don't Deter Corporate Misconduct Effectively*, in *40 Al. L. Rev.*, p. 1053 (1989)
- D. D. ELLIS JR., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in *56 Cal. L. Rev.*, p. 3, 13 (1982)
- F. ERAMO, *La Legge n. 154 del 2001: Nuove misure contro la violenza familiare*, in *Dir. famiglia*, 2004, 1, 230 ss
- G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, in *Nuovi percorsi di diritto di famiglia* diretto da M. Sesta, Milano, 2009, p. 5
- G. FACCI, *Il danno endofamiliare*, in *Fam. e dir.*, 2011, 12, p. 1147 ss
- G. FACCI, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno: un ulteriore intervento della S.C.*, in *Fam. e dir.*, 2013, 2, p. 125
- G. FACCI, *L'art. 709 ter c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, in *Fam. e dir.*, 2008, 1, p. 21 ss
- A. FAYOS GARDÓ, *Daños morales en las relaciones familiares: derecho de familia o de la responsabilidad civil*, in *Actualidad civil*, 2011, 14, p. 1562
- F. R. FANTETTI, *Coesistenza dell'addebito e del risarcimento del danno nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 1041
- F. FAROLFI, *L'art. 709-ter c.p.c., sanzione civile con finalità preventiva e punitiva?*, *Fam. e dir.*, 2009, 6, 609 ss
- G. FERRANDO, *Crisi coniugale e responsabilità civile*, in *Rapporti familiari e responsabilità civile*, F. LONGO (a cura di), Torino, 2004, p. 48
- G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, 2001, 4, p. 939 ss

- G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu- F. Messineo, 2002, p. 718
- G. FERRANDO, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in *Persona e danno*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2004, p. 2779 ss
- G. FERRANDO, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. 54/2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 7, p. 590 ss
- G. FERRANDO, *Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo, sub. art. 129 bis cod. civ.*, in *Commentario al codice civile*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2009, p. 1491 ss
- G. FERRANDO, *Risarcimento dei danni, sub. art. 81 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2009, p. 1033 ss
- A. FERRANTE, *La violenza domestica ed i maltrattamenti familiari nel sistema giuridico spagnolo*, in *Gli abusi familiari*, M. PALADINI (a cura di), Padova, 2008, p. 391 ss
- A. FIGONE, *Ancora in tema di patti prematrimoniali*, in *Fam. e dir.*, 2013, 8-9, p. 843 ss
- A. FIGONE, *In tema di risarcimento del danno ex art. 709 ter c.p.c.*, in *Danno e resp.*, 2008, 7, p. 800 ss
- A. FIGONE, *Violenza in famiglia e intervento del giudice*, in *Fam. e dir.*, 2002, 5, p. 103
- A. e M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1975
- A. FINOCCHIARO, *Sul preteso obbligo del coniuge nei cui confronti si verificano gli effetti del matrimonio putativo di corrispondere all'altro l'indennità di cui all'art. 129 bis*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 971
- F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio, artt. 79-83*, in *Commentario del codice civile*, A. SCIALOJA- G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1971, p. 141 ss
- G. FINOCCHIARO, *Misure efficaci contro gli inadempimenti*, in *Guida dir.*, 2006, 11, p. 63
- M. FINOCCHIARO, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve «generare» diritti al di là della legge*, in *Guida dir.*, 2002, 24, p. 49 ss
- M. FORTINO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1997

- G. FOTI, *Contenuto degli ordini di protezione, sub art. 342 ter*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 1104
- G. FOTI, *Ordini di protezione contro gli abusi familiari, sub art. 342 bis cod. civ.*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 1067
- A. FRACCON, *I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Dir. famiglia*, 2001, 1, p. 367 ss
- A. FRACCON., *La responsabilità civile fra coniugi: questioni generali e singole fattispecie*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, P. CENDON (a cura di), Padova, 2004, p. 2808
- M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Corr. giur.*, 2003, 8, p. 1031 ss
- M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale nel diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 1, p. 5 ss
- M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... “contrattuale”?*, in *Contr. e impresa*, 2013, 2, p. 283 ss
- V. FRANCESCHELLI, *Il matrimonio civile: l’invalidità*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, p. 685
- G. FREZZA, *Appunti e spunti sull’art. 709 ter c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009, II, p. 29 ss
- G. FREZZA, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008
- D. D. FRIEDMAN, *L’ordine del diritto. Perché l’analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004
- G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979
- F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, Parte IV, *La Famiglia*, Padova, 2010, p. 588
- P. GALLO, *Dallo status al contratto in materia di famiglia*, in *Trattato del contratto* P. Gallo, Torino, 2010, p. 63 ss
- F. GAZZONI, *L’art. 2059 c.c. e la corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ.*, 2003, p. 1292
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011
- R. GELLI, *La responsabilità per rottura della promessa di matrimonio*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, M. SESTA (a cura di), Torino, 2008, p. 5 ss

- R. GELLI., *Rottura della promessa di matrimonio ed obbligazioni ex artt. 2033 e 81 c.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010, 11, p. 1003
- G. GIACOBBE-P. VIRGADAMO, *L'art. 709 ter c.p.c. e i c.d. danni punitivi nelle controversie sull'esercizio della potestà e sulle modalità di affidamento, Il matrimonio, Separazione personale e divorzio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2011, p. 497 ss
- G. GIACOBBE - P. VIRGADAMO, *La responsabilità civile per violazione dei doveri familiari e gli ordini di protezione contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2011, p. 474
- F. GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, Inadempimento e rimedi*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. Visintini, Padova, 2009, p. 81
- G. GIUSTI, *Separazione giudiziale, sub art. 151 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile*, P. CENDON (a cura di), Milano, 2009, p. 327 ss
- G. GLIATTA, *Il fenomeno dei maltrattamenti in famiglia e verso le donne tra legislazione penale e rimedi civilistici*, in *Resp. civ.*, 2009, 6, p. 539 ss
- C. GRASSETTI, *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi, sub art. 151 cod. civ.*, *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1992, p. 680 ss
- C. GRASSETTI, *Famiglia (Diritto privato)*, in *Nov. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 48 ss
- A. GRAZIOSI, *Profili processuali della L. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. famiglia*, 2006, 4, p. 1856
- A. GRECO, *La responsabilità civile nell'affidamento condiviso*, in *Resp. civ.*, 2006, 8-9, p. 731 ss
- A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1949, p. 38 ss
- A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, Torino, 1950
- A. C. JEMOLO, *Sul diritto di famiglia (pensieri di un malpensante)*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, I, Padova, 1970, p. 561
- C. KOLB, *Le misure contro la violenza intrafamiliare: aspetti giuridici e sociologici*, in [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it)

- L. LA BATTAGLIA - E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2274
- E. LA ROSA, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito, responsabilità e strumenti sanzionatori*, in *La responsabilità civile nel terzo millennio*, R. TOMMASINI (a cura di), 2011, Torino, p. 373 ss
- E. LA ROSA, *Il nuovo apparato rimediale introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. e dir.*, 2008, 1, p. 64 ss
- P. LA VECCHIA, *Inadempienze e violazioni nell'affidamento condiviso*, Rimini, 2007
- L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007
- R. LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978
- B. LENA, *La responsabilità per violazione dei provvedimenti sull'affidamento*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, M. SESTA (a cura di), Torino, 2008, p. 266
- L. LENTI, *Famiglia e danno esistenziale*, in *Il danno esistenziale*, P. CENDON – P. ZIVIZ (a cura di), Milano, 2000, p. 255 ss
- L. LENTI, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, in *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato* diretto da G. Alpa e S. Patti, Padova, 2011, p. 584
- N. LIPARI, *Del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile, sub. artt. 128-129 bis*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1992, p. 433 ss
- M. L. LOI, *Promessa di matrimonio (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 780
- C. V. LÓPEZ HERNÁNDEZ, *Pensión compensatoria o Compensación Económica en casos de divorcio y separaciones*, in *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2010, 24, p. 286 ss
- L. MANNA, *Lineamenti teorici*, in *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, Padova, 2010, p. 3 ss
- M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 1, p. 57

- M. T. MARÍN GARCIA DE LEONARDO, *¿Cabe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de deberes conyugales?*, *BIB*, 2004, p. 1732
- M. T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales*, in J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Daños en el Derecho de familia*, «*Monografías de la Revista de Derecho Patrimonial*», Navarra, 2006, p. 160 ss
- C. MARTI, *L'art. 129 bis nella prospettiva dei rapporti tra pena privata e diritto di famiglia*, in *Le pene private*, F.D. BUSNELLI – G. SCALFI (a cura di), Milano, 1985, p. 209 ss
- S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 2, p. 437 ss
- S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, 3, p. 609
- S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole, Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, ID. (a cura di), Napoli, 2012, p. 131 ss
- S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 3, p. 713
- C. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *De los derechos y deberes de los cónyuges*, en *Código civil comentado*, vol. I, Navarra, 2011, p. 441
- M. MEDINA DE LEMUS, *Comentario a los arts. 66 y ss C.c.*, en *Comentarios al Código civil*, RAMS ALBESA (coord.), vol. I, Barcelona, 2000, p. 660 ss
- L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 507 ss
- L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, in *RDCo*, 1953, I, p. 368 ss
- G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 102 ss
- D. MESSINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 3, p. 333
- P. G. MONATERI, *L'ontologia dei danni non patrimoniali*, in *Danno e resp.*, 2014, 1, p. 62

- A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, p. 1220
- A. MORACE PINELLI, *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*, in *Giust. civ.*, 2006, 1, p. 107
- L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Torino, 2013
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 605
- S. MOTTA e A. DISTEFANO, *L'affidamento dei figli nella crisi della coppia*, Acireale-Roma, 2008
- U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1984, p. 12 ss
- E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 2, p. 81 ss;
- E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, p. 9 ss
- E. NAVARRETTA, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona in fieri*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2201
- A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 4, p. 929
- L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1, p. 45 ss
- L. NIVARRA – G. PALMERI, *Il matrimonio putativo e il «matrimonio dichiarato nullo»*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 966
- L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 2, p. 475
- G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, in *Fam. e dir.*, 2012, 8-9, p. 806 ss
- G. OBERTO, *Contratto e famiglia, Interferenze*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 107
- G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, p. 129 ss

- G. OBERTO, *Il matrimonio è morto: evviva la promessa di matrimonio*, in *Fam. e dir.*, 2012, 4, p. 330
- G. OBERTO, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili*, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 88 ss
- G. OBERTO, *La promessa di matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2002, p. 196
- G. OBERTO, *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*, in *Fam. e dir.*, 2013, 6, p. 556
- G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2014, 1, p. 88 ss
- S. OLIARI, *Addebito della separazione e tradimento plateale: funzioni diverse e azioni autonome*, in *Danno e resp.*, 2012, 4, p. 393
- C. PADALINO, *Le controversie tra genitori sulla potestà, l'inadempimento e le sanzioni*, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, M. SESTA (a cura di), Torino, 2007, p. 905
- M. PALADINI, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: misure "anticipatorie" dei provvedimenti provvisori nella separazione personale?*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 8-9, p. 566 ss
- M. PALADINI, *Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, punitive damages e astreinte*, in *Fam. e dir.*, 2012, 8-9, p. 853 ss
- A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss
- M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 1, p. 14 ss
- M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984
- M. PARADISO, *sub art. 143 cod. civ., Diritti e doveri dei coniugi e principio di uguaglianza*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2012, p. 3 ss

- G. A. PARINI, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno: limiti e rapporti con la misura dell'addebito della separazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 9, p. 810 ss
- C. PARRINELLO, *Separazione giudiziale, sub. art. 151 cod. civ.*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 563 ss
- S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984
- S. PATTI, *Illeciti familiari: nuove sanzioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 4, p. 295
- S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, 1, p. 285
- P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?*, in *Danno e resp.*, 2007, 11, p. 1125
- P. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, in *Corr. giur.*, 2012, 8-9, p. 1070
- P. PARDOLESI, *Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2013, 4, p. 409 ss
- R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss
- C. PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *El incumplimiento de los deberes conyugales. Consecuencias jurídicas*, *Academia Sevillana del Notariado*, XVIII, 2006-2007, p. 14 ss
- P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 72
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984
- P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 775
- P. PETRELLI, *Il principio di precauzione. Funzione preventiva e punitiva del risarcimento*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. Visintini, Padova, 2009, p. 165
- V. PILLA, *Separazione e divorzio*, in *Trattato dei nuovi danni* diretto da P. Cendon, Padova, 2011, p. 67 ss
- G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 146 ss
- G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 25

- G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale: una possibile agenda per il nuovo decennio (2010-2020)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 5, p. 247 ss
- G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 829 ss
- R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, 2003
- E. A. PRATS, *Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil*, in *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, J. A. M. MARTINEZ (Coord.), Madrid, 2012, p. 11 ss
- A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 829 ss
- G. RAMACCIONI, *I cd. danni intrafamiliari: osservazioni critiche sul recente dibattito giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 1, p. 197
- P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 109-117
- P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 415 ss
- P. RESCIGNO, *L'eguaglianza dei coniugi nell'ordinamento dei paesi della comunità europea*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975
- P. RESCIGNO, *Obbligazioni (Diritto privato. Nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 140 ss
- P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 214 ss
- B. RESETAR, *Domestic violence – New laws and a new kind of tort*, in *Familia*, 2005, p. 861
- G. M. RICCIO, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 2006, 6, p. 592
- C. RIMINI, *Il danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 620
- V. RIVERA SABATÉS, *Acerca del contenido del deber de fidelidad conyugal*, in *Actualidad civil*, 2008, 3, p. 273
- A. M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre conyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho*, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2003, 10, p. 65 ss

- A. M. ROMERO COLOMA, *El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción*, en *La Ley*, 2011, 7646, p. 9
- A. M. ROMERO COLOMA, *¿Es indemnizable la violación de los artículos 67 y 68 del Código civil? (A propósito de la sentencia del Tribunal supremo de 30 de julio de 1999)*, in *Abogados de Familia*, 2000, 17
- A. M. ROMERO COLOMA, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Barcellona, 2009, p. 50
- V. ROPPO, *Coniugi. I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, 1988, p. 6
- L. ROSSI CARLEO, *La separazione giudiziale, Il diritto di famiglia*, t. I, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Torino 1999, p. 195 ss
- L. ROSSI CARLEO, *Brevi cenni sui difficili rapporti tra scioglimento e invalidità del matrimonio nel nostro ordinamento*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 1069 ss
- S. ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Dig. Disc. priv.*, IV, Torino, 2010, p. 346 ss
- V. ROSSINI, *sub. art. 709 ter cod. proc. civ. (Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni)*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, A. BRIGUGLIO e B. CAPPONI (a cura di), Padova, 2007, p. 407
- F. RUSCELLO, *Funzione dell'addebito e presunto nesso di causalità tra intollerabilità della convivenza e violazione dei doveri coniugali*, in *Vita notarile*, 2006, p. 597 ss
- F. RUSCELLO, *I diritti e doveri nascenti dal matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2000, p. 729
- F. RUSCELLO, *I limiti di operatività del dovere di assistenza morale e materiale fra coniugi*, in *Studium iuris*, 2000, 2, p. 137 ss
- F. RUSCELLO, *I rapporti personali tra coniugi*, Milano, 2000
- R. RUSSO, *L'ascolto del minore. La disciplina dell'art. 709 ter c.p.c., Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. a Catania, "Diritto civile e penale della famiglia"*, 19-21 aprile 2006, p. 21
- B. SACCÀ, *Il matrimonio*, in *Trattato dei nuovi danni* diretto da P. Cendon, Padova, 2011, p. 8

- L. F. R. SANCHEZ, *Los deberes conyugales*, in *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, n. 14 – 15, 1996-1997, p. 272
- M. B. SAINZ CANTERO CAPARROS – A. M. PEREZ VALLEJO, *Valoración y reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Granada, 2012
- F. SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, in *Corr. giur.*, 2013, 12, p. 1564 ss
- M. D. SANTOS FERNANDEZ, *La legge spagnola contro la violenza domestica sulle donne: un approccio globale al problema*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, 1, p. 51
- F. SANTORO- PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 333 ss
- F. SANTORO PASSARELLI, *Poteri e responsabilità patrimoniale dei coniugi per i bisogni della famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1, p. 1 ss
- F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, Torino, 2007
- C. SARACENO, *La famiglia nella società contemporanea*, Torino, 1975, p. 73 ss
- G. SBISÀ, *Appunti sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1976
- G. SBISÀ, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?*, in *Resp. civ.*, 1977, p. 723 ss
- V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie" (il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, in *"Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea"*, Napoli, 1987, p. 270 ss
- A. SCARPELLO, *Danno esistenziale e sistema del danno alla persona: la Cassazione, la consulta e l'art. 2059 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 260
- P. SCEUSA, *Gli abusi della potestà genitoriale*, in *Trattato dei nuovi danni diretto da P. Cendon*, Padova, 2011, p. 490
- G. T. SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages*, in *56 Cal. L. Rev.*, p. 133 (1982)
- C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, S. MAZZAMUTO (a cura di), Torino, 2002, p. 467

- C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 1949
- R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale mezzo secolo dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 5, p. 609 ss
- R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2009, p. 28
- M. SERPOLLA, *Il danno del genitore nei confronti del minore e di uno dei genitori nei confronti dell'altro*, in *Trattato dei nuovi danni* diretto da P. Cendon, vol. III, Padova, 2011, p. 135 ss
- M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione «arriva» in Cassazione*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 365
- M. SESTA, *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008
- M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2011
- S. SILVANI, *Gli ordini di protezione. La tutela del minore dagli abusi domestici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 3, p. 121
- J. B. SINGER, *Divorce Reform and Gender Justice*, in *North Carolina Law Rev.*, 67 (1989), p. 1103 ss
- G. SMORTO, *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1, p. 159 ss
- P. STANZIONE, *Principi costituzionali e diritto di famiglia nell'esperienza spagnola*, in *Dir. famiglia*, 1984, p. 257
- M. P. SUPPA, *La svolta della cassazione in tema di danno non patrimoniale: la nuova valenza dell'art. 2059 c.c.*, in *Giur. it.*, 2004, p. 36
- H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *A. c. p.*, 1932, p. 285 ss
- H. STOLL, *Die Lehre von der Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936
- H. STOLL, *Vertrag und Unrecht*, II, Tübingen, 1936, p. 125 ss
- G. TATARANO, *La promessa di matrimonio*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. II, Torino, 1999, p. 773
- G. TATARANO, *Rapporti tra promessa di matrimonio e dovere di correttezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 649 ss
- F. TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, *Fam. e dir.*, 2015, 2, p. 157 ss

- F. TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: profili processuali*, in *Fam. e dir.*, 2006, 4, p. 400
- R. TOMMASINI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio, sub. art. 143 cod. civ.*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 421 ss
- R. TOMMASINI, *Formazioni familiari in divenire*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, V. SCALISI (a cura di), Milano, 2004, p. 560
- R. TOMMASINI – G. FARANDA, *Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo, sub. art. 129 bis cod. civ.*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, p. 366 ss
- R. TORINO, *Il risarcimento del danno in famiglia: profili comparatistici*, in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, P. CENDON (a cura di), Padova, 2004, p. 2673
- A. TRABUCCHI, *Della promessa di matrimonio, sub. art. 81 cod. civ.*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1992, p. 21 ss
- M. J. TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge-Mass., 1993, p. 46
- C. VÁZQUEZ GONZÁLEZ – A. I. LUACES GUTIÉRREZ, *La violenza domestica a confronto in Spagna e in Italia: dimensioni del fenomeno dei maltrattamenti e risposta penale*, in *Legislazione pen.*, 2005, 2, p. 171
- F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1, p. 109
- F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, p. 839
- G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 3, p. 197 ss
- G. VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia, Trattato* diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, 1997, p. 319
- G. VISINTINI, *Invalidità del matrimonio e responsabilità civile*, in *Dir. famiglia*, 1979, II, p. 871

- I. VIVAS TESÓN, *La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares*, in *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2011, 26, p. 335
- E. VULLO, *Affidamento dei figli, competenza per le sanzioni ex art. 709 ter e concorso con le misure attuative del fare infungibile ex art. 614 bis*, in *Fam. e dir.*, 2010, 10, p. 930
- L. J. WEITZMAN, *The Economics of Divorce: Social and Economic Consequences of Property, Alimony and Child Support Awards*, in *UCLA Law Rev.* 28 (1981), p. 1181 ss
- C. WINOGRAD, *La acción de daños derivados de la violencia y el divorcio en la jurisprudencia norteamericana*, in *Revista de Derecho de Daños*, 2001, 2, p. 382
- A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, in *Fam. e dir.*, 1997, 5, p. 463 ss
- A. ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2009, 1, p. 28
- E. ZANETTI VITALI, *Il principio della giuridicità degli obblighi nascenti dai rapporti familiari*, in *Scritti in memoria di G. Cattaneo*, Milano, 2002, p. 2069 ss
- E. ZANETTI VITALI, *Separazione giudiziale, sub art. 151 cod. civ.*, in *Il codice civile, Commentario* diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, p. 65 ss
- E. ZANETTI VITALI, *sub. art. 709 ter c.p.c.*, in *Il Codice civile Commentario* diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, p. 47
- P. ZATTI, *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, Milano, 2002, p. 23
- P. ZATTI, *Familia – Familiae – Declinazioni di un'idea. I, La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2009, p. 9 ss
- P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1996, p. 18 ss
- V. ZENO ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, p. 77 ss
- I. ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile, osservazioni a margine dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Dir. famiglia*, 2009, 2, p. 404 ss
- A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 1326

A. ZOPPINI - M. MAUGERI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in ID. (a cura di), Bologna, 2009

A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991