

Famiglia e diritto

Mensile di legislazione, dottrina
e giurisprudenza

Famiglia
e diritto
on line

5

2008

www.ipsocart.it

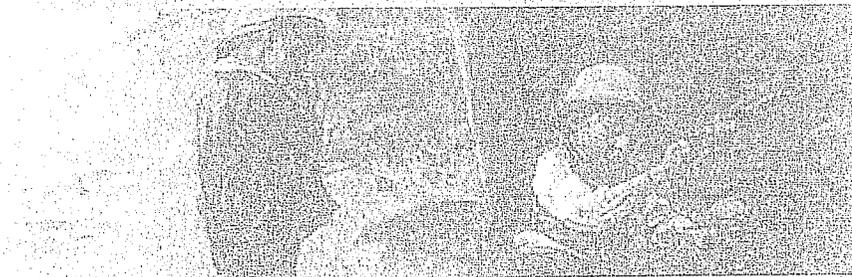
DIRETTORE SCIENTIFICO:
Piero Schlesinger

COMITATO SCIENTIFICO:
Vincenzo Carbone
Massimo Dogliotti
Michele Sesta
Ferruccio Tommaseo
Mario Trimarchi

ANNO XV - MAGGIO 2008
Direzione e redazione
Strada 1 Palazzo F6
20090 Milanofiori Assego (MI)

00093153
TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA - SPEDIZIONE
IN ABBONAMENTO POSTALE - D.L. 353/2003
CONV. IN L. 27/02/2004 N. 461 ART. 1 COMMA 1
DCB MILANO

A ssegno di divorzio e prevedibilità degli aumenti reddituali



Effetti del raggiungimento
della maggiore età *lite pendente*

Illegittimo il divieto di indagini
preimpianto sull'embrione?



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer



Responsabilità civile nella famiglia

La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli

di Gaia Cipriani

L'A. affronta la problematica dei limiti e dell'ambito di applicabilità dello strumento risarcitorio nei rapporti tra genitori e figli, attualmente oggetto di acceso dibattito. Dopo un'analisi approfondita della casistica in materia, viene proposta un'ipotesi ricostruttiva circa l'individuazione dei possibili criteri di selezione delle fattispecie risarcibili.

1. Introduzione:

la responsabilità civile nella famiglia

Nel corso degli ultimi anni, in alcune pronunce giurisprudenziali di merito e da ultimo di legittimità, è stato riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale cagionato da un coniuge nei confronti dell'altro ovvero dal genitore a danno del figlio (1). Tale orientamento costituisce lo spunto per una riflessione sulla problematica applicabilità dello strumento risarcitorio nei rapporti tra i familiari, tradizionalmente ritenuto assorbito nella tutela garantita dai rimedi di tipo giusfamiliare.

In particolare, nel più ampio ambito degli illeciti c.d. endofamiliari od intra-familiari (2), specifico rilievo assumono le questioni attinenti ai rapporti per così dire verticali, cioè quelli tra genitori e figli, necessariamente distinte da quelle che coinvolgono i rapporti c.d. orizzontali (fra coniugi oppure tra fratelli), perché diversi sono gli interessi in gioco ed i valori sottostanti, e preminente è nel primo caso il diritto al benessere psicofisico del minore e al corretto esercizio della potestà genitoriale.

L'indagine in questo campo ha trovato ulteriori motivi di interesse a seguito di recenti interventi legislativi, volti a sanzionare talune gravi inadempienze genitoriali, dai quali si desume una tendenza a considerare lo strumento risarcitorio quale valido supporto in presenza di una crisi dei rapporti tra i membri di una stessa famiglia, che si traduca in comportamenti dannosi.

Ci si riferisce alla legge n. 54/2006, sull'affidamento condiviso dei figli minori (3), che ha introdotto nel codice di procedura civile l'articolo 709 ter per la soluzione delle controversie e i provvedimenti da adottare in caso di inadempienze o violazioni da parte del genitore, che arrechino pregiudizio al minore ovvero ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento. Tale norma rappresenta infatti il primo chiaro riferimento normativo circa la possibilità di avanzare a carico del genitore, la domanda di risarcimento dei danni arrecati al figlio minore.

Si pone tuttavia il problema di verificare in quali limiti lo strumento della responsabilità extracontrattuale possa intervenire a dirimere questi conflitti, in via sussidiaria e complementare rispetto agli specifici strumenti predisposti dal libro primo del codice civile.

Infatti, se per quanto concerne i danni di tipo strettamente patrimoniale, appare possibile una trasposizione all'interno della famiglia della regola di responsabilità per colpa ex art. 2043 c.c., e lo stesso si può dire circa la valutazione del danno biologico - in quanto il fatto che il danneggiante e il danneggiato siano legati tra loro da vincoli di parentela non inciderà sulla piena risarcibilità di questo tipo di lesione all'integrità psicofisica del coniuge/figlio - nel campo degli illeciti che producano altri e diversi danni di tipo non patrimoniale sembra invece necessario una sorta di "adattamento" delle regole di responsabilità alle peculiarità del nucleo familiare (4).

Note:

(1) Sull'illecito nei rapporti coniugali v. ad es. Trib. Milano, 4 giugno 2002, in *Vita not.*, 2003, 2, 720, con nota di A. Martini, *In margine ad un orientamento giurisprudenziale sulla violazione degli obblighi coniugali e danno esistenziale*; Trib. Milano, 15 marzo 2001, in *Ciur. it.*, 2001, 78, con nota di G. Cassano, *Il risarcimento del danno esistenziale a tutto (troppo) tondo*; Trib. Firenze, 13 giugno 2000, in *Danno e resp.*, 2001, 7, 741, con nota di G. De Marzo, *Responsabilità civile e rapporti familiari*, e in questa *Rivista*, 2001, 161, con nota di M. Dogliotti, *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*; Trib. Milano, 10 febbraio 1999, in *Fam. dir.*, 2001, 185, con nota di M. Bona, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?*, e da ultimo Cass., 10 maggio 2005, n. 9801 in, fra le altre, *Danno resp.*, 2006, 37, con nota di F. Giuzzi, *Anche i matrimoni in bianco hanno un costo*.

(2) Fino a tempi recenti agli affetti familiari era riconosciuta una tutela di tipo risarcitorio soltanto nel caso di un'"aggressione" al congiunto dall'esterno, cioè da parte di un terzo estraneo rispetto ai legami di sangue e di affettività: si parla a tal proposito di illeciti "esofamiliari".

(3) Legge, 8 febbraio 2006, n. 54, in G.U. 1 marzo 2006, n. 50.

(4) F. Giardina, *Per un'indagine sulla responsabilità civile nella famiglia. L'articolo 129 bis del codice civile*, Pisa, 1999, 20-21;

Sarà pertanto opportuno procedere ad una valutazione comparativa dei diritti riconosciuti dall'ordinamento a ciascun membro della famiglia, operando una distinzione tra quei comportamenti che fra estranei sarebbero senz'altro censurabili tramite lo strumento risarcitorio, mentre nel rapporto genitore/figlio trovano una giustificazione alla luce del diritto-dovere all'educazione, senza che ne possano derivare danni risarcibili, e quelle condotte lesive che invece solo il genitore, proprio in conseguenza dei vincoli e dei doveri che nascono con la filiazione, può porre in essere.

A questo proposito non sembrano accettabili le tesi estreme di chi ritiene che la violazione di uno degli obblighi genitoriali (o coniugali) costituisca di per sé fonte di responsabilità extracontrattuale (5), ma nemmeno è sostenibile oggi la linea tradizionale che propugna la "immunità" pura e semplice nei rapporti tra i familiari (6), in virtù della autosufficienza ed esaustività del sistema del diritto di famiglia.

Si tratta invece di trovare un criterio di selezione degli interessi risarcibili, individuando una soglia al di sopra della quale si possa parlare di responsabilità civile del familiare: banco di prova di questa selezione appare proprio il rapporto tra genitori e figli, che sarà qui esaminato distinguendo le diverse fattispecie dannose concretamente prospettabili, valutando in relazione a ciascuna di esse la funzionalità delle ricostruzioni giurisprudenziali.

Interessante appare inoltre il problema inverso: quello della responsabilità del figlio maggiorenne nei confronti del genitore, in tutti quei casi in cui il figlio non è la parte lesa ma è il danneggiante. Infatti, caduta l'immunità per il comportamento dannoso del genitore, la giurisprudenza si dovrà presto verosimilmente interrogare sull'applicabilità delle regole di responsabilità nei confronti del figlio, in un rapporto genitore/figlio che prescinde in questo caso dall'esercizio della potestà.

Per procedere alle sopra descritte valutazioni è necessario premettere che l'accostamento tra questi due settori tradizionalmente distinti del diritto privato (la famiglia e la responsabilità civile), appare possibile in seguito all'evoluzione dei rapporti tra persona e collettività ed in particolare del concetto di famiglia e del ruolo dei familiari, nonché, parallelamente, grazie agli innovativi sviluppi nel sistema della responsabilità civile, che solo in questi ultimi anni ha approntato nuovi strumenti per la difesa di interessi fino ad oggi sprovvisti di tutela.

In particolare, se è vero che la problematica generale della responsabilità civile nella famiglia era emersa all'attenzione degli studiosi già negli anni ottanta (7), in seguito al venir meno della regola della indissolubilità del matrimonio, ed ai principi che hanno ispirato la riforma del diritto di famiglia del 1975, è pur vero che da allora il tema è profondamente cambiato: nuovi problemi sono emersi perché è cambiata la famiglia e sono mutati i rapporti tra i familiari (8).

È noto come alla fine degli anni settanta prenda avvio

quel processo di privatizzazione del matrimonio e degli status che ne conseguono, che ha segnato il passaggio da una famiglia incentrata sull'autorità di un capo, ad una famiglia fondata sul principio di uguaglianza fra i coniugi (e fra i genitori), da una famiglia gerarchica, basata sulla potestà "maritale" e sui poteri di comando del padre nei confronti dei figli, ad una famiglia comunitaria, informata alla regola dell'accordo sulla cui base viene regolamentata la vita familiare, nonché alla uguaglianza dei figli nati fuori dal matrimonio rispetto a quelli legittimi. Si è così realizzato, seppur con grave ritardo, il modello di famiglia voluto dai costituenti ed espresso negli artt. 29, comma 2, e 30 Cost.

Tali norme, che segnano rispettivamente la parità dei poteri fra i coniugi e quella fra i genitori (ed al contempo una loro pari responsabilità), insieme alla sempre maggiore attenzione per gli interessi e l'autonomia del minore, hanno irrimediabilmente mutato la fisionomia del nucleo familiare, "sempre meno cittadella separata dalla società civile e sempre più permeabile alle regole del diritto comune, siano queste quelle del contratto o quelle della responsabilità civile" (9).

Il richiamato processo di "privatizzazione" della famiglia ha infatti implicato, da un lato, l'ammissibilità dello strumento contrattuale tra i coniugi (10) e, dall'altro, nel campo della responsabilità civile, ha consentito il superamento della tradizionale immunità che caratterizzava i rapporti di famiglia, con la conseguente applicabilità delle regole di diritto comune. Tant'è che pro-

Note:

(5) Cfr. P. Cendon e G. Sebastio, *La responsabilità civile fra i coniugi*, in *Persona e danno*, (a cura di Cendon), III, Milano, 2004, 2829 ss.; V. Pilla, *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna, 2006, 199 e 217.

(6) Questa espressione si deve all'indagine svolta da P. Rescigno, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 415 ss. In proposito è possibile richiamare la nota ricostruzione di A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giur. Univ. Catania*, VIII, Napoli, 1949, 57, secondo il quale "la famiglia è un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto".

(7) È opportuno ricordare che nel corso degli anni settanta-ottanta l'illecito commesso da un familiare a danno di un altro membro della stessa famiglia veniva preso in considerazione dal giudice civile solo nel caso di prevalenza di un interesse pubblicistico, cioè solo ove esso assumesse una rilevanza penalistica. Ma già si auspicava un intervento giurisprudenziale a tutto campo: ci si riferisce al saggio di S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 30 ss.

(8) Per un esame della nozione di famiglia prima e subito dopo la riforma del 1975, si veda M. Bessone, *La famiglia nella Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, 34 ss.; G. Cattaneo, *Introduzione*, in *Il diritto di famiglia*, I, *Famiglia e matrimonio*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, 1997, 16 ss.; G. Ferrando, *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, (diretto da P. Zatti), Milano, 2002, 123 ss.; Id., *Manuale di diritto di famiglia*, Roma-Bari, 2005, 3 ss.; G. Collura, *Il civilista, la famiglia e le sue trasformazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 627 ss.

(9) M. Dogliotti, *La famiglia e l'"altro" diritto*, cit., 164.

(10) Cfr. in particolare Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in *Foro it.*, 2001, I, 1318, con nota di E. Russo, *Il divorzio "all'americana"*; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale; e in *Fam. dir.*, 2001, 243, con nota di G. Ferrando, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*.

prio nel momento in cui si accentua la concezione della famiglia come sede di interessi fra loro collegati dei singoli, piuttosto che dell'interesse superiore del gruppo familiare, viene estesa gradualmente la protezione dei valori familiari tramite lo strumento della responsabilità civile, in un primo momento verso i terzi e solo recentemente anche all'interno del medesimo nucleo familiare (11).

Al contempo è profondamente cambiata la materia della responsabilità civile e si sono spostati e ampliati i confini del danno risarcibile: a partire dalla nascita della figura del danno biologico in funzione compensativa, ideata negli anni ottanta dalla giurisprudenza e poi riconosciuta legislativamente (12), passando per la progressiva evoluzione del concetto di ingiustizia del danno avvenuta negli anni novanta (13), fino ad arrivare alle odierne riflessioni incentrate sull'art. 2059 c.c. in tema di danni non patrimoniali (14) che, come è noto, prospettano una nuova sistematica della tutela risarcitoria del danno alla persona (15).

Tra gli interessi essenziali di rango costituzionale inerenti alla persona possono senz'altro essere ricompresi quelli relativi alla sfera degli affetti ed alla reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, o meglio alla libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della peculiare formazione sociale rappresentata dalla famiglia, che trovano fondamento e garanzia costituzionale negli artt. 2, 29 e 30 Cost. (16).

Si propone quindi una nuova chiave di lettura, incentrata sul diritto alla realizzazione personale, quale diritto alla rimozione degli ostacoli che impediscono all'individuo di raggiungere i propri obiettivi, ed è significativo il fatto che la configurabilità del c.d. "danno esistenziale" sia stata riconosciuta dalla Suprema Corte proprio in una fattispecie inerente alla responsabilità genitoriale (17). Preso pertanto atto di questi sviluppi giurisprudenziali sul risarcimento del danno non patrimoniale, si tratta ora di esaminare come questi si riflettano sul tema oggetto della presente indagine (18).

2. Gli atti illeciti commessi dal genitore nei confronti del figlio

Ai sensi degli artt. 30 Cost. e 147 c.c., i genitori hanno

Note:

(11) P. Zatti, *Introduzione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, (diretto da Zatti), cit., 22. V. anche G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2004.

(12) V. Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, pubblicata da tutte le principali riviste giuridiche, tra le altre in *Foro it.*, 1986, I, 2053, con nota di G. Ponzanelli, *La Corte Costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, e *ibid.*, 2976 con nota di P.G. Monateri, *La Costituzione ed il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e il danno biologico*; e Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297, con nota di G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale e il danno da morte*; in *Giust. civ.*, 1994, 3029, con nota di F.D. Busnelli, *Tre punti esclamativi, tre punti interrogativi, un punto e a capo*, e *ivi*, 1995, I, 887, con nota di G.S. Coco, *La risarcibilità del danno biologico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*.

Dal punto di vista normativo si richiama l'art. 5, comma 3, l. n. 57 del 2001 sulla r.c. auto, che propone una definizione di danno biologico successivamente specificata nell'art. 138 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, denominato "Codice delle assicurazioni private" (che, all'art. 354, ha abrogato il citato art. 5 in quanto riprodotto nel nuovo testo normativo), entrato in vigore il 1 gennaio 2006.

(13) Cass. S.U., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487; in *Giust. civ.*, 1999, I, 2261, con nota di M.R. Morelli, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della risarcibilità degli interessi legittimi*; in *Danno e resp.*, 1999, 965 ss. con note aa. vv. Cfr. anche F.D. Busnelli, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 3, 335 ss.; *Id.*, *L'ingiustizia del danno*, in *Rass. forense*, 2006, 905 ss.

(14) Cass., 12 maggio 2003, nn. 7281, 7282 e 7283, in *Danno e resp.*, 2003, 713, con nota di G. Ponzanelli; in *Guida dir.*, n. 22, 2003, 40, con nota di A. Martini; in *Resp. civ. prev.*, 2003, 695, con note di F. Bargelli e di P. Ziviz; e Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Guida al dir.*, n. 25, 2003, 38, e in *Danno e resp.*, 2003, 819, con note F.D. Busnelli, G. Ponzanelli, A. Procida Mirabelli di Lauro.

(15) Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Danno e resp.*, 2003, con note di M. Bona, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte costituzionale apre (verso il "nuovo" art. 2059 c.c.)*, di G. Cricenti, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, di G. Ponzanelli, *La Corte Costituzionale si allinea con la Cassazione*, di A. Procida Mirabella di Lauro, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 233/03*, di F.D. Busnelli, *Il danno alla persona al giro di boa*; in *Foro it.*, I, 2003, 2201, con nota di E. Navarretta, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*; in *Giur. it.*, 2003, 1777, con nota di P. Cendon e P. Ziviz, *Vincitori e vinti (...dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale)*; in *Resp. civ. prev.*, 4-5, 2003, 1036, con nota di P. Ziviz, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*

(16) La bibliografia sul c.d. danno esistenziale è sterminata, non potendo dare conto, in tale contesto, di tutti gli autori che si sono occupati della dinamica giurisprudenziale di tale voce di danno, si rinvia alle differenti posizioni espresse da tre orientamenti dottrinali: da un lato si richiama il contributo di P. Cendon e P. Ziviz, in *Il danno esistenziale, una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, e in *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2004, i quali muovono dall'individuare le peculiarità della nuova categoria di danno, tracciandone una fisionomia distinta rispetto ai classici paradigmi del danno morale inteso come danno da reato o *pretium doloris*; dall'altro si segnala la posizione di P.G. Monateri, *Il nuovo danno alla persona*, Milano, 1999, che configura il danno esistenziale nell'ambito della lesione di un *civil right*, ossia di un diritto assistito dalla garanzia costituzionale, e considera pertanto la valenza dogmatica e classificatoria della categoria "danno patrimoniale". Infine, nettamente distinto, è l'atteggiamento di chi guarda con interesse nettamente critico a questa nuova proposta: cfr. in particolare G. Ponzanelli, *Critica al danno esistenziale*, Padova, 2003.

(17) Cass. 7 giugno 2000, n. 7713, annotata in varie riviste giuridiche. Cfr. in particolare *Danno e resp.* 2000, 835, con note di P.G. Monateri, *"Alle soglie": la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale*, e *ibid.* 841, con nota di G. Ponzanelli, *Il danno esistenziale "arriva" in Cassazione. Attenzione: non è danno esistenziale ma vera e propria pena privata*.

(18) Si segnala che le Sezioni Unite della Corte di cassazione, nell'anno 2006, che sono espresse in senso favorevole ad un'autonoma differenziazione, ontologica e probatoria, del cd. danno esistenziale dal danno biologico e da quello morale in senso stretto, in seno al medesimo art. 2059 c.c., ribadendo al contempo l'importanza dell'assolvimento dell'onere probatorio ai fini del risarcimento di questa nuova voce di danno (S.U. Cass., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, I, 1344). In questo senso anche Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2311, in *Foro it.*, 2007, I, 747 e Cass., 6 febbraio 2007, n. 2546, in *Mass. Foro it.*, 2007, 16. *Contra* Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Foro it.*, 2007, I, 71, secondo cui le Sezioni Unite 6572/06 avrebbero approvato la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., e quindi l'esigenza di una tutela accordata non già ad una categoria generale di danno non patrimoniale, ma alla lesione di specifici interessi protetti dalla Costituzione. Escludendo pertanto un riconoscimento generalizzato del "danno esistenziale".

l'obbligo di mantenere, istruire ed educare i figli. Si tratta non di un diritto potestativo, di una sorta di ufficio privato al quale corrisponde il vincolo di soggezione del minore, ma di un dovere genitoriale, o meglio di una "responsabilità" genitoriale, da esercitarsi nel rispetto della personalità del figlio minore, al quale sono riservati sempre più ampi spazi di autonomia nelle decisioni che lo riguardano (ad es., artt. 84, 250, 284, 155 *sexies* c.c.).

In seguito all'applicazione giurisprudenziale dei principi costituzionali, attuati dal riformatore del 1975, l'accento si è infatti progressivamente spostato dal diritto del genitore ad esercitare i poteri derivanti dalla potestà genitoriale, ai diritti del minore, bambino o adolescente (19). Al dovere dei genitori corrisponde quindi un diritto dei figli "all'educazione", che può essere interpretato anche come diritto a veder rispettata la propria personalità e i propri diritti fondamentali, nella prospettiva di una sempre maggiore libertà di scelte esistenziali con l'avvicinarsi della maggiore età (20).

Tale impostazione è del resto conforme alla nuova formulazione dell'art. 147 c.c., in origine riferito letteralmente all'obbligo di mantenere, istruire ed educare i figli secondo i principi della morale e in modo conforme al sentimento nazionale fascista (21). Se infatti il termine "fascista" è stato eliminato subito dopo la caduta del regime, l'ambiguo riferimento al vincolo della "morale" è stato superato solamente con la citata legge n. 151 del 1975, che ha posto quale unico limite all'attività educativa dei genitori il rispetto della capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. La giurisprudenza ha così avuto modo di affermare il dovere dei genitori di rispettare le scelte dei figli, soprattutto in riferimento al percorso scolastico, alla facoltà per il minore di professare una fede religiosa diversa da quella del genitore, all'impegno politico (22).

Naturalmente, quale conseguenza dell'equiparazione fra la filiazione naturale e quella legittima, i doveri genitoriali si estendono in misura identica a tutti i tipi di filiazione, indipendentemente dal fatto che i figli siano legittimi, legittimati, adottivi, oppure naturali.

È interessante notare come la legge n. 184 del 4 maggio 1983, in tema di adozione dei minori, (riformata dalla legge n. 149 del 2001), si riferisca ai doveri dei genitori accompagnati dall'affettività, che sembra costituire il presupposto e il dato di coesione dei doveri medesimi. È significativo inoltre che la medesima legge n. 184, all'art. 12, preveda il dovere di assistenza "morale" del minore, al contrario non espressamente enunciato nella elencazione di cui all'art. 147 c.c., quasi a riprendere la formulazione dell'articolo 1 della legge sul divorzio che individua il contenuto del rapporto coniugale nella comunione materiale e spirituale tra i coniugi. La legislazione speciale appare, pertanto, segnalare una famiglia fondata sugli affetti e sul diritto del minore a una famiglia.

In questo quadro, respinta oggi, in modo pressoché unanime da dottrina e giurisprudenza, la rilevanza solo morale dei doveri genitoriali, per ricondurli nell'ambito delle posizioni giuridiche soggettive di veri e propri obblighi giuridici, in un primo momento si è sostenuto che gli unici strumenti utilizzabili a tutela del minore di fronte a comportamenti dannosi del genitore fossero quelli di tipo strettamente giusfamiliare di cui agli artt. 330 e 333 c.c. (23).

In particolare l'art. 333 c.c. contempla una limitazione della potestà genitoriale in presenza di condotte del genitore pregiudizievoli per la prole che, in seguito alla modifica del testo della disposizione ad opera della legge di riforma dell'adozione (art. 37), potrà consistere anche nell'allontanamento dalla casa familiare del genitore o convivente il quale maltratta o abusa del minore (meccanismo poi ripreso nei nuovi artt. 342 *bis* e *ter* c.c., qualora il comportamento pregiudizievole sia posto a danno del coniuge/convivente).

Nel corso degli anni la giurisprudenza, soprattutto dei tribunali per i minori, aveva comunque manifestato la tendenza ad estendere la portata operativa dell'art. 333 c.c., considerando rilevante il mero pregiudizio per il figlio, indipendentemente da una condotta volontaria del genitore o addirittura in assenza di una qualsiasi

Note:

(19) V. Legge 28 marzo 2001, n. 149, che ha modificato il titolo stesso della legge 4 maggio 1983, n. 184, sull'adozione e l'affidamento dei minori, ora divenuto: "Diritto del minore ad una famiglia". In dottrina si segnalano i contributi di P. Zatti, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, (a cura di M. De Cristofaro e A. Belvedere), Milano, 1980, 250 ss.; F. Giardina, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984; Id., *Potestà dei genitori*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 485 ss.

(20) S. Merello, *I rapporti personali tra genitori e figli*, in *Dir. fam. pers.*, 3, 2004, 796. Cfr. anche A.C. Moro, *I diritti di cittadinanza delle persone di minore età*, in *Minori giust.*, 2005, I, 142, il quale ribadisce che il ragazzo "non può essere solo oggetto di attenzione da parte del diritto, ma è titolare e portatore di diritti - che danno copertura giuridica a suoi bisogni fondamentali - che devono non solo essergli riconosciuti ma anche compiutamente attuati".

(21) L'art. 147 c.c. (rubricato "Doveri verso i figli"), nel testo originario del 1942 così statuiva: "Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligazione di mantenere, educare e istruire la prole". E al secondo comma: "L'educazione e l'istruzione devono essere conformi ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista".

(22) Trib. Min. Bologna, 26 ottobre 1973, in *Giur. it.*, 1974, I, 549, e Trib. Min. Bologna, 13 maggio 1972, *ibid.*, 330. Ma già Trib. Min. Genova, 9 febbraio 1959, in *Giust. cost.*, 1959, 1275.

(23) Uno degli argomenti utilizzati in abbondanza dalla letteratura giuridica al fine di escludere la possibilità di un'applicazione dello strumento della responsabilità aquiliana all'interno della famiglia era infatti quello del valore meramente etico, ma non giuridico, dei doveri derivanti familiari, enunciati nel codice civile. Cfr. in tal senso A. Pino, *Diritto di famiglia*, Padova, 1998, 74 ss. Da ultimo assume in questo contesto particolare importanza la posizione espressa dalla Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit., che ravvisa all'interno nei doveri familiari, persino in relazione al più "intimo" degli obblighi personali, e cioè quello di fedeltà tra i coniugi, vere e proprie "regole di condotta imperativa".

condotta del genitore, ad esempio ipotizzando forme di conflitto di interessi personali (24).

Invece, ai sensi dell'art. 330 c.c., il genitore decade dalla potestà quando "viola o trascura i doveri" a suo carico nei confronti dei figli (25). Fino all'ipotesi più grave in cui il genitore ometta una qualsiasi forma di assistenza morale o materiale verso la prole, dando avvio al procedimento che porta alla dichiarazione di adattività del minore in stato di abbandono. Ulteriori sanzioni apportate dal diritto di famiglia sono poi ravvisabili nel mutamento del regime di visita o dell'affidamento nella separazione o nel divorzio.

Nonostante l'esistenza del sopra richiamato sistema giuridico familiare, teso a tutelare l'interesse preminente dei figli, sistema perfezionato in tempi recenti con l. n. 66 del 1996 sulla violenza sessuale, con l. n. 269 del 1998 sullo sfruttamento della prostituzione, pornografia, turismo sessuale ed infine con l. n. 154 del 2001 sulla violenza nelle relazioni familiari (26) - a sottolineare la crescente preoccupazione del legislatore circa la diffusione del fenomeno della violenza cui può essere sottoposto il minore all'interno dell'ambito familiare - in questo ultimo periodo hanno trovato spazio anche in questo settore le tradizionali tecniche di risarcimento dei danni a titolo di responsabilità aquiliana o extracontrattuale.

Infatti, la normativa appena richiamata è finalizzata ad evitare il reiterarsi del comportamento violento per il futuro, ma non appare in grado di eliminare il danno che si è già prodotto nella sfera del congiunto.

Le prime riflessioni inerenti alla configurabilità degli illeciti fra genitori e figli sono sorte negli anni ottanta (27), ma fino ai tempi attuali vi era pochissima giurisprudenza sul tema. In precedenza, la pressoché unica pronuncia in materia di responsabilità civile del genitore risaliva agli anni cinquanta e concerneva il tema indicato dalla dottrina moderna con la terminologia di "danno da procreazione" (28). Il caso preso in considerazione era quello di un figlio, affetto da infezione sifilitica fin dalla nascita, il quale decideva di convivere in giudizio entrambi i genitori, imputando a loro il suo stato clinico e chiedendo il risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. Nel corso del processo veniva dimostrato che il padre e la madre, avvertiti del carattere ereditario della malattia, al momento del concepimento si erano mostrati incuranti dei rischi che sarebbero sorti a carico del nascituro e veniva quindi accolta la domanda di risarcimento dei danni formulata dal figlio (29).

Tutt'oggi rimane però ristretto il numero delle sentenze rinvenute sul tema: da un lato questo dato potrebbe portare a ritenere che non vi siano spazi per l'applicabilità della responsabilità civile nei rapporti tra genitori e figli; dall'altro questa conclusione porterebbe all'inevitabile, ma poco credibile, conseguenza che tutti i genitori siano perfetti o perfetti siano i figli (30).

In realtà la scarsità di pronunce prima degli anni duemila in materia appare dovuta essenzialmente alla combinazione di due fattori. Rileva principalmente il difet-

to di capacità processuale autonoma del minore, e la difficoltà di stabilire quali soggetti siano legittimati a promuovere un'azione risarcitoria nel loro interesse, contro chi ha la rappresentanza legale. In questi casi si potrebbe ricorrere all'art. 78, comma 2, c.p.c., che prevede la nomina di un curatore speciale, ma l'uso di questo strumento presuppone comunque una rilevante autonomia del figlio (31). Per di più è doveroso conside-

Note:

(24) Ad esempio, in presenza di contrasti sui modelli educativi fra i genitori ed il figlio, v. A. Villa, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Filiazione e adozione*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, cit., 259; F. Gilda, *Il controllo giudiziale sulla potestà dei genitori*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2004, 3, 21 ss.

(25) La giurisprudenza ha, fra l'altro, avuto occasione di specificare che le manifestazioni di aggressività poste in essere da un coniuge nei confronti dell'altro, con conseguenze inevitabile pregiudizio della sfera psicologica dei figli minori, rendono opportuno l'immediato allontanamento del padre o della madre dalla casa familiare (Trib. Min. L'Aquila, 19 luglio 2002, in questa *Rivista*, 2003, 5, 482, con nota di C. Dolcini; Trib. Reggio Emilia, 6 maggio 2002, in questa *Rivista*, 2002, 503, con nota di A. Figone).

(26) Cfr. al riguardo A. Figone, *La legge sulla violenza in famiglia*, in *Fam. dir.*, 2001, 355 ss.; Id., *Violenza in famiglia*, cit. 506 ss.; F. Auletta, *Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della l. n. 154/2001*, in questa *Rivista*, 2003, 294 ss.; G. De Marzo, *Ordini di protezione: le applicazioni della giurisprudenza*, in questa *Rivista*, 2002, 628 ss.; Id., *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, in questa *Rivista*, 2003, 266 ss.; P. Pittaro, *Limitata, ma incisiva modifica alla legge sulle misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, in questa *Rivista*, 2004, 1, 5 e 6.

(27) S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 97 ss.

(28) La complessa tematica del "diritto a non nascere" è oggi al centro di un vivace dibattito dottrinario, per esigenze di sintesi si rinvia alla lettura degli autori che si sono occupati specificamente del tema in questi ultimi anni: M. Franzoni, *Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 486 ss.; L.V. Moscarini, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, in *Famiglia*, 2005, 193 ss.; A. Pinna, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, in *Contratto impr.*, 2005, 1-ss.; P. Rescigno, *Danno da procreazione*, Milano, 2006, passim; O. Rilampa, *Il "diritto di non nascere" e la condizione giuridica del nascituro*, in *La responsabilità civile*, 2006, 71 ss.; S. Landini, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Fam. pers. success.*, 2007, 251 ss.

(29) Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 987, con *Postilla* di F. Carnelutti, e in *Riv. dir. civ.*, 1956, 338 con nota critica di P. Rescigno, *Il danno da procreazione*. Ove si affermava che "i genitori, siano legittimi o naturali, sono responsabili per fatto illecito nei confronti dei figli, quando abbiano loro trasmesso, attraverso il concepimento, una condizione morbosa che ne menomi l'efficienza fisica". La questione, poi, non veniva riaffrontata nel merito dalla Corte d'appello di Bologna poiché, avendo il Tribunale dichiarato solidalmente responsabili entrambi i genitori, veniva negata alla madre la legittimazione ad agire per i danni quale rappresentante legale della figlia, ritenendosi necessaria la nomina di un curatore speciale (App. Bologna, 7 giugno 1951).

(30) In proposito è interessante precisare come non vi sia contenzioso alcuno inerente agli illeciti commessi dai figli a carico dei genitori. Ma v. paragrafo 5.

(31) La stessa Corte cost., 30 gennaio 2002, in questa *Rivista*, 2002, 229, ha riconosciuto che la prescrizione dettata dall'art. 12 della citata Convenzione di New York è idonea ad integrare, ove necessario, la disciplina dell'art. 336, comma 2, c.c., nel senso di configurare il minore come "parte del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c."

rare che, nell'ambito di rapporti familiari armonici, l'azione di risarcimento appare superflua, prima ancora che disdicevole.

In secondo luogo preme sottolineare come il sistema della responsabilità civile, almeno fino a pochi anni fa, non fosse attrezzato concettualmente per cogliere le peculiarità dei profili di danno fra genitori e figli. Come già accennato, erano considerate risarcibili mediante tutela aquiliana solo quelle condotte costituenti reato. Soltanto in questi casi si ammetteva il risarcimento del danno morale, secondo la vecchia e tradizionale lettura dell'art. 2059 c.c., mentre tutti gli altri comportamenti che cagionavano una diversa lesione, rilevante essenzialmente sul piano affettivo, non assumevano rilevanza dal punto di vista della responsabilità civile.

Nell'era contemporanea si è progressivamente ampliato lo spazio di risarcibilità dei danni di tipo endofamiliare: in un primo momento è stato sanzionato il comportamento del genitore verso il figlio naturale privato del mantenimento, attraverso le clausole di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c. (32), e solo in tempi recenti è stata presa in considerazione - e risolta favorevolmente dalla giurisprudenza di merito ed in talune sporadiche sentenze da quella di legittimità - la possibilità di risarcire interessi, diversi da quello strettamente patrimoniale al mantenimento, patiti dal figlio a causa del comportamento del genitore, individuando il c.d. danno esistenziale generato dalla lesione di diritti costituzionalmente garantiti (33).

Infatti, a differenza dei pregiudizi causati da un terzo estraneo alla famiglia, caratterizzati dalla plurioffensività della condotta, e che si inquadrano nella lesione del diritto di credito rivisitata nell'ottica del risarcimento dei danni non patrimoniali (34), la tutela contro gli illeciti di natura endofamiliare è realizzata mediante l'utilizzo delle regole di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, andando al di là dei rimedi approntati dal diritto di famiglia, in un logica risarcitoria attuabile solo in quanto la lesione sia sorretta dal principio dell'ingiustizia del danno.

La nuova configurazione del danno non patrimoniale, brevemente richiamata nel paragrafo che precede, prospetta quindi possibilità risarcitorie fino a poco tempo fa impensabili, e l'esempio più eclatante è quello del genitore che si disinteressa completamente del figlio naturale. Questo comportamento, almeno fino a circa dieci anni fa, costituiva una condotta moralmente censurabile, che però gli strumenti della responsabilità aquiliana non erano considerati idonei a reprimere (a meno che tale trascuratezza non avesse in concreto comportato un danno di tipo biologico).

Dall'altro lato può essere condiviso il prudente atteggiamento della giurisprudenza che non riconosce la possibilità di configurare una responsabilità di tipo extracontrattuale a carico del figlio per così dire "rifiutante" rispetto al genitore "ostacolante", che non vuole cioè avere rapporti con il genitore non affidatario (35).

Lo strumento della responsabilità aquiliana potrebbe altresì trovare applicazione in relazione a manifestazioni violente o brutali da parte dei genitori, purtroppo ancora oggi spesso diffuse, prive di una tutela di tipo sanzionatorio, sancendo l'illiceità dell'utilizzo della violenza a fini educativi nell'esercizio dello *jus corrigendi* (36).

Un ulteriore campo di applicazione potrebbe essere quello correlato al disconoscimento, da parte del padre, del figlio nato in seguito a fecondazione artificiale eterologa, rispetto alla quale avesse prestato in un primo momento il consenso. Anche in questo caso, in cui finora la giurisprudenza ha utilizzato il diverso schema dell'"abuso del diritto" (37), si potrebbe ipotizzare la condanna del genitore al risarcimento del danno (38). Ma in tale settore la rilevanza pratica del problema è venuta meno in seguito all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, sulla fecondazione assistita, che vieta nel nostro paese la fecondazione di tipo eterologo (39).

Note:

(32) Tendenza ormai consolidata: cfr. Trib. Napoli, 2 luglio 2004, inedita, e Trib. Rovereto, 19 dicembre 2002, in *Dir. fam. pers.*, 2001, I, 99.

(33) Si veda in particolare la citata pronuncia Cass., 7 giugno 2000, n. 7713.

(34) Oggi la risarcibilità del danno esistenziale causato da un terzo è riscontrata dalla giurisprudenza in una molteplicità di fattispecie diverse: ad es. in seguito alle molestie sessuali di un conoscente verso una minore è stato riconosciuto, accanto al danno biologico subito dalla bimba, il danno morale ed esistenziale sopportato dai genitori (Trib. Trieste, aprile 2005); qualche anno prima era stato risarcito il danno esistenziale sofferto dai genitori e dalla sorella di una ragazza minorenni vittima di uno stupro: Trib. Agrigento 4 giugno 2001, in questa *Rivista*, 2001, 513, con nota di P. Cendon, *Violenza sessuale ad una minorenni e danno esistenziale dei familiari*, e in *Giur. it.*, 2001, 952, con nota di M. Bona, *Il danno non patrimoniale dei congiunti: edonistico, esistenziale, da lesione del rapporto parentale, alla serenità familiare, alla vita di relazione, biologico, psichico o morale "costituzionalizzato"?*.

(35) Cfr., ad es., Cass., 15 gennaio-1998, n. 317, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 561 e Trib. Catania, 17 aprile 1996, in *Dir. fam. pers.*, 1996, 104. La motivazione in entrambe le pronunce è sempre la medesima: l'imposizione coattiva della visita del genitore non affidatario può avere effetti controproducenti nel ragazzo adolescente.

(36) Infatti integra il reato di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina di cui all'art. 571 c.p. l'uso della violenza nei rapporti educativi come mezzo di correzione e disciplina, comunque non consentito, solo qualora dal fatto derivi il pericolo di una malattia del corpo e della mente o una lesione o la morte (Cass. pen., 7 febbraio 2005, n. 16491, in *Dir. giur.*, 2005, 74; Cass. pen., 8 ottobre 2002, n. 43673, in *Cass. pen.*, 2003, 1842). *Contra* A. Fraccon, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003, secondo il quale la richiesta di risarcimento del danno pregiudicherebbe in modo irrimediabile la possibilità di recuperare un rapporto equilibrato fra danneggiato e danneggiante.

(37) Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in *Corr. giur.*, 1999, 429, con nota di P. Schlesinger, G. Ferrando, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, in *Nuova giur. civ. com.*, 1999, II, 223 ss.; M. Finocchiaro, *La ricerca di tutela per la parte più debole non deve "generare" diritti al di là della legge*, in *Guida al dir.*, 2002, 24, 49 ss.

(38) M. Dogliotti, *Ancora sulla responsabilità del genitore per il fatto di procreazione e sull'inseminazione artificiale*, in *Giur. merito*, 1991, I, 54; D. Manna, *Responsabilità e procreazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 323.

(39) V. art. 4, comma 3, legge 19 febbraio 2004, n. 40 "Nuove norme in materia di procreazione medicalmente assistita".

Così come è configurabile l'uso del risarcimento del danno derivante al figlio in seguito ad un mendace riconoscimento di paternità. In questo caso, comunque, il termine abbastanza ristretto per la proposizione della domanda (ad eccezione dell'ipotesi in cui la stessa venga proposta dal figlio stesso entro un anno dal raggiungimento della maggiore età o dal momento in cui venga a conoscenza dei fatti che rendono ammissibile il disconoscimento), dovrebbe comportare una riduzione dei pregiudizi subiti.

Possiamo in tal contesto ricordare un caso affrontato negli anni novanta dal Tribunale di Torino che aveva condannato l'autore di un mendace riconoscimento di paternità a risarcire il danno provocato nei confronti della minore, per il dolore di scoprirsi figlia di altro (40). Nel caso in esame l'impugnazione del riconoscimento da parte del falso padre era avvenuto a distanza di molti anni, sia dal riconoscimento stesso sia dalla rottura dei rapporti affettivi con la madre della bambina, pertanto, secondo l'opinione del giudice torinese, questo aveva contribuito ad aumentare le ripercussioni negative della vicenda sulla sfera personale della bambina.

Per il Tribunale il fatto, oltre ad integrare gli estremi del reato contemplato all'art. 483 c.p. (falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico), aveva causato un pregiudizio psico-fisico alla figlia dodicenne, consistente nella difficoltà a reinserirsi col nuovo cognome nell'ambiente sociale e scolastico, nelle notevoli sofferenze che le sarebbero derivate dai commenti dei terzi sul suo conto e sulla sua vicenda e nel grave dolore nello scoprire all'improvviso la nuova realtà. È stata pertanto considerata ammissibile ed accolta nel merito la domanda del curatore speciale della minore, diretta ad ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale causato alla ragazza dal riconoscimento falso (41).

Sono infine da richiamare le recenti aperture legislative all'utilizzo dello strumento risarcitorio nei rapporti genitori/figli, nell'ambito della riforma concernente l'affidamento dei figli minori in sede di separazione personale dei coniugi, che saranno specificamente prese in considerazione nei paragrafi seguenti.

3. L'elusione dell'obbligo di mantenimento della prole

Fra gli obblighi posti dalla legge a carico dei genitori assume particolare rilievo quello del mantenimento. Ai sensi degli artt. 147 e 148 c.c. il dovere di mantenimento dei figli grava su entrambi i genitori, in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità lavorativa. I mezzi da destinare al sostentamento economico della prole sono oggetto dell'accordo tra i coniugi e solo nel momento patologico della vita familiare (separazione e divorzio) sarà il giudice, ove lo riterrà necessario, a stabilire l'obbligo di versare un assegno periodico a carico di uno dei genitori, secondo i

nuovi criteri prescritti dal testo dell'art. 155, al comma 4, così come riformulato dalla l. n. 54/2006, sull'affidamento condiviso dei figli minori. Va tenuto conto che, anche in questi casi, i figli hanno diritto ad un mantenimento tale da garantire loro un tenore di vita corrispondente alle risorse economiche della famiglia ed analogo, per quanto possibile, a quello goduto in precedenza (42).

In riferimento al figlio naturale il problema del mantenimento dovuto ex art. 261 c.c. è stato affrontato prevalentemente in sede di dichiarazione giudiziale: in particolare il secondo comma dell'art. 277 c.c. legittima il giudice ad assumere, con la stessa sentenza in cui accerta e dichiara il vincolo di filiazione, tutti i provvedimenti che ritiene più opportuni per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del figlio.

Infatti la sentenza di accertamento della filiazione naturale (che ha natura dichiarativa dello stato biologico della procreazione) fa sorgere a carico del genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima, di cui all'art. 147 c.c., compreso quello di mantenimento che, unitamente ai doveri di educare ed istruire i figli, obbliga i genitori ex art. 148 c.c. a far fronte ad una molteplicità di esigenze, non riconducibili al solo obbligo alimentare, ma estese all'aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario, sociale (43).

In particolare l'obbligo di mantenimento del figlio naturale, per il suo carattere essenzialmente patrimoniale, esula dallo stretto contenuto della potestà genitoriale (art. 317 bis c.c.), e in relazione al quale, pertanto, non rileva la circostanza che i genitori siano o no conviventi, incombando su entrambi proprio perché conseguente al fatto stesso della procreazione.

Ne consegue che, nell'ipotesi in cui al mantenimento abbia provveduto, integralmente o comunque al di là delle proprie sostanze, uno soltanto dei genitori, a lui spetta il diritto di agire per il recupero della quota del genitore inadempiente. Tale domanda di rimborso è fondata, nelle diverse pronunce, sull'azione di regresso del condebitore solidale ai sensi dell'art. 1299 c.c. (44), ovvero ravvisandovi un caso di gestione di affari, pro-

Note:

(40) Trib. Torino, 31 marzo 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 193, con nota di G. Di Chiara, *Ancora in tema di statuizioni incidentali del giudice in ordine a fatti costituenti reato: appunti a margine.*

(41) "Danno psicofisico e di carattere anche sociale inevitabilmente inferito", risarcibile in quanto il falso riconoscimento integrava il reato di falso ideologico

(42) Cfr. Cass., 3 aprile 2002, n. 4765, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 813, con nota di E. Bolondi, *Sempre più tutela dei figli maggiorenni?*, e Cass., 22 novembre 2000 n. 15065, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2406.

(43) Sul tema v. Cass., 14 febbraio 2003, n. 2196, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 326.

(44) Cass., 22 novembre 2000, n. 15063, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2405.

danno, svolgendo semmai un ruolo integrativo nell'ambito delle regole della responsabilità civile (52).

Con tale decisione si è quindi aperta la strada a nuove voci risarcitorie connesse alla qualità di genitore. Quest'ultimo è infatti tenuto a risarcire i danni subiti dal figlio ogni volta che il suo comportamento incida negativamente sulla crescita e sullo sviluppo della personalità del minore.

Tale indirizzo giurisprudenziale è stato ripreso in alcune successive sentenze di merito. Possiamo richiamare una pronuncia del Tribunale di Como che ha dichiarato la responsabilità del padre, ex art. 2043 c.c., per inadempimento dell'obbligo di mantenimento, condannandolo al risarcimento del danno esistenziale in favore della moglie e delle figlie. Nella fattispecie la latitanza colposa del genitore, il quale aveva omesso di adempiere ai suoi doveri nei confronti dei familiari, aveva comportato una gravosa difficoltà di tipo economico alla famiglia, con i conseguenti disagi e turbamenti della madre che si trovava da sola a dover soddisfare con fatica i bisogni primari delle figlie, al punto di "influire negativamente sullo sviluppo della personalità e sulle aspettative future delle figlie" (53).

Ancora più di recente va segnalata la pronuncia del Tribunale di Venezia che ha liquidato il danno esistenziale subito dal figlio non riconosciuto "che non ha potuto beneficiare della figura del padre" con una certa consistenza (54). Si tratta di un caso di particolare interesse perché la madre e la figlia agiscono in giudizio contro il padre naturale, non al fine di ottenere il risarcimento del danno patrimoniale da mancato adempimento degli obblighi di mantenimento, ma per vederlo condannare a riparare i pregiudizi sopportati dalla figlia. Di quest'ultima infatti il convenuto non si era mai interessato, da alcun punto di vista, malgrado la incontrovertibile pronuncia (con sentenza passata in cosa giudicata) di dichiarazione giudiziale di paternità naturale, e nonostante l'ulteriore accertamento dell'obbligo contributivo alimentare, mai assolto (55).

Il Tribunale giunge a conclusioni innovative, statuendo che, nonostante non sia risarcibile un qualsivoglia danno alla integrità psicofisica della figlia, apprezzabile dal punto di vista della esistenza di un danno biologico (56), la condotta palesemente illecita del padre naturale ha cagionato un danno ulteriore, non stimabile in senso strettamente patrimoniale e non coincidente con le mere conseguenze risarcitorie del consumato reato ovvero con il liquidato danno morale.

Tale danno è lesivo di diritti soggettivi assoluti di rango costituzionale: "perché il concepimento, che piaccia o meno, non si riduca a fatto meramente materiale, come accade invece in buona parte del regno animale, la nostra carta costituzionale obbliga i genitori, anche naturali e senza distinzione alcuna sulla natura del vincolo che li lega, ad assistere materialmente e moralmente la prole, dunque un obbligo non meramente patrimoniale ma esteso, come è ovvio, alla assistenza educativa".

Non assolvere tale obbligo, ove non si controverte di una non corretta gestione del ruolo paterno ma della assoluta obliterazione del medesimo, è dunque per il giudice del giudizio di merito un fatto illecito (57). La decisione del Tribunale è infatti assunta in considerazione della dolosa reiterazione del comportamento illecito del padre, tanto che: "la consapevolezza, infine raggiunta, dalla attrice di essere stata trattata come il figlio di un mammifero di specie diversa da quella umana (sebbene molti mammiferi, a ben vedere, pongono a lungo cura alla prole), è in sé una conseguenza lesiva della altrui condotta illecita e merita un risarcimento riequilibratorio".

In una sentenza del 2004 la Corte di appello di Bologna ha poi espressamente affermato che "l'inadempimento degli obblighi di istruzione e mantenimento da parte del padre naturale verso il figlio naturale non riconosciuto caratterizza l'eventuale pretesa di quest'ultimo come risarcimento" (58). Precisando al contempo che con l'inadempimento non si determina automaticamente il diritto al risarcimento, ma è necessaria una verifica concreta della colpa dell'onerato. Infatti: "gli obblighi di istruzione e mantenimento non assumono un contenuto fisso e invariabile, come potrebbe dirsi per gli alimenti, in quanto non possono essere individuati soltanto in relazione alle esigenze del destinatario, ma vanno determinati tenendo conto delle condizioni pa-

Note:

(52) Che la funzione del risarcimento sia, nel caso di riparazione del danno non patrimoniale, strettamente punitiva, è sostenuto da G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 272 ss. Sembra però prevalere in dottrina l'orientamento teso a non considerare *tout court* come una pena privata la riparazione del danno non patrimoniale: C. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985, 186 ss.; S. Patti, voce *Pena privata*, in *Digesto civ.*, Torino, 1995, XIII, 349 ss.; E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 354 ss.

(53) Trib. Como, 18 dicembre 2002, inedita.

(54) Trib. Venezia, 30 giugno 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 548, con nota di R. De Stefanis, *Padre "assente" e responsabilità verso il figlio*; in *Giur. it.*, 2005, 1630, con nota di P. Porreca, *La lesione endofamiliare del rapporto familiare come fonte di danno*; e in questa *Rivista*, 2005, 3, 304, con nota di G. Facci, *Il "nuovo danno non patrimoniale" nelle relazioni familiari*.

(55) È interessante notare che, a differenza di quanto ritenuto dalla Corte di cassazione nella richiamata sentenza 7713/2000, il giudice di merito ritiene sussistente il danno morale anche se la figlia ha effettivamente beneficiato del sostegno economico della madre, oltre che dei nonni e del marito della madre, liquidando tale voce di danno in via equitativa per ben euro 80.000.

(56) In quanto "l'esistenza di congrue figure sostitutive, i nonni e l'attuale marito della attrice, poi, e naturalmente l'impegno ed il coraggio della stessa madre, hanno posto l'interessata nella condizione di crescere secondo un percorso sostanzialmente regolare".

(57) In base a tali considerazioni il giudice adito liquida a titolo di danno non patrimoniale, non coincidente con il mero danno morale, l'ulteriore importo di euro 50.000,00.

(58) App. Bologna, 10 febbraio 2004 (mutuando il principio dalla pronuncia Cass., 22 marzo 1993, n. 3363, in *Dir. famiglia*, 1994, 839), in *Resp. civ. prev.*, 2006, 129, con nota di A. Greco, A., *La responsabilità da procreazione e in questa Rivista*, 2006, 511, con nota di G. Facci, *L'illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari*.

trimoniali e sociali di ciascuno dei genitori, di talché la prole ha diritto ad un livello di vita correlato alle possibilità economiche dei genitori" (59).

La novità contenuta in questa pronuncia sta proprio nel fatto che, mentre per la Cassazione 7713/2000 il danno derivante dall'omissione dell'adempimento degli obblighi di cui agli artt. 147 e 148 c.c. è ravvisabile in *ipso*, in quanto coincidente con la lesione di interessi di rango costituzionale, qui si guarda al concreto accertamento dell'elemento soggettivo e alla prova dei pregiudizi effettivamente causati dal comportamento omissivo del genitore (60).

Il collegio adito conclude sottolineando come la difesa dell'appellante, secondo cui il figlio usufruiva in ogni caso dell'assistenza della madre e del contributo erogato dal presunto padre, una volta divorziato dalla moglie infedele, non appaia risolutiva al fine di escludere la condanna al risarcimento dell'illecito civile perpetrato a danno del familiare (61).

È interessante notare che anche in questa sentenza si considera sia il danno scaturito dalla mancata percezione di quanto il padre, tenuto conto della sua elevata posizione sociale ed economica, avrebbe dovuto corrispondere al figlio per adempiere compiutamente ai propri doveri di genitore, sia il danno che possiamo chiamare "esistenziale", costituito dalla "proiezione, su un piano probabilistico, delle possibilità esistenziali dell'attore, in senso lato, ma estremamente significative (attività professionale, inserimento sociale, livello di vita, capacità economiche), se avesse potuto giovare degli apporti, non solo di natura finanziaria, del proprio genitore".

Per i giudici bolognesi esso appare "direttamente correlato all'inadempimento degli obblighi di cui agli artt. 147 e 148 c.c.", cosicché, avuto riguardo anche alla notevole sproporzione fra la condizione esistenziale in cui il figlio avrebbe dovuto versare, e quella reale, di gran lunga deteriore è "senz'altro configurabile un danno, di notevoli proporzioni, ai fondamentali diritti della persona, così come garantiti dagli artt. 2 e segg. Cost., cui va necessariamente posto in relazione, proprio ai fini di una lettura costituzionalmente orientata, l'art. 2043 c.c." (62).

Da queste considerazioni possiamo ricavare un principio innovativo: il danno risarcibile per il figlio cui sono mancati i mezzi di assistenza e di istruzione è tanto maggiore quanto più florida e consistente è la posizione patrimoniale e sociale del genitore inadempiente rispetto all'obbligo del mantenimento. Tale principio, ormai consolidato quale criterio di determinazione del *quantum* dovuto dal genitore separato/divorziato per il mantenimento del figlio, è del resto perfettamente applicabile anche agli illeciti tra coniugi, in presenza di mancato versamento dell'assegno di mantenimento all'altro coniuge.

Il sopra descritto panorama giurisprudenziale, recepito da ultimo dal legislatore nel prevedere la possibilità per il giudice di disporre il risarcimento del danno in caso di gravi inadempimenti del genitore (art. 709 ter c.p.c.),

porta oggi a ritenere legittima e ammissibile la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale sopportato dal figlio a causa dell'inadempimento dell'obbligo di mantenimento da parte del genitore (63).

Inoltre, mentre in un primo momento i principi in tema di responsabilità civile del genitore sono stati applicati esclusivamente nell'ipotesi di elusione del provvedimento giudiziale concernente il mantenimento, dopo pochi anni è stata estesa dalla giurisprudenza la risarcibilità del danno non patrimoniale prodotto dal genitore il cui comportamento violi le statuizioni in materia di diritto di visita del minore (64).

4. La violazione del provvedimento giudiziale sull'affidamento dei figli.

L'affidamento condiviso

Nel corso degli anni, e principalmente in seguito all'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia prima e della legge sull'adozione poi, si è venuto a consolidare nel nostro ordinamento il principio in base al quale esiste un diritto del minore alla propria famiglia.

In virtù di questo interesse, che può essere qualificato come "diritto del bambino alla genitorialità", dovrebbe essere sempre favorito al massimo il mantenimento di un continuo rapporto tra il bambino e il genitore dal quale vive separato. Tale esigenza, riconosciuta in molteplici documenti sovranazionali, è stata infine espressa nella recente l. n. 54/2006, sull'affidamento condiviso, che ha apportato significative modifiche al codice civile e al codice di rito.

In particolare al comma 1 del nuovo testo dell'art. 155 c.c. si afferma che, anche in presenza di separazione personale dei "genitori" (nella mutata terminologia si punta infatti l'accento dal ruolo dei coniugi a quello dei genitori), «il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi», e per la prima volta si aggiunge: «di conservare rap-

Note:

(59) App. Bologna, 10 febbraio 2004, cit.

(60) Tuttavia nel caso in esame la colpa è stata facilmente provata, facendo leva sullo scalpore suscitato dalla vicenda e sulla coscienza da parte del padre naturale del proprio coinvolgimento. Quest'ultimo, infatti, non poteva non essere consapevole della propria paternità, essendo il protagonista della scandalosa relazione extraconiugale.

(61) Il padre è stato pertanto condannato a versare la somma, certamente non irrisoria, di euro 2.582.284, 50.

(62) In questo senso conforme a Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, cit.

(63) V. in proposito il paragrafo che segue. Anche se non è mancato chi, in considerazione della specificità dell'ambito applicativo della riforma del 2006, ha sottolineato che tali scelte legislative "non sembrano...scardinare la regola generale dell'inammissibilità della domanda risarcitoria...all'interno del giudizio speciale di divorzio e separazione", così G. De Marzo, *Interruzione volontaria di gravidanza, addebito della separazione e responsabilità risarcitoria per lesione del diritto alla paternità*, in questa *Rivista*, 2006, 2, 203.

(64) V. in particolare le pronunce richiamate nei paragrafi 4.1. e 4.2.

porti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriali» (65).

Dopo aver affermato tali principi il legislatore ha sovvertito le direttive in precedenza vigenti in materia di criteri di determinazione del regime di affidamento, stabilendo che il giudice dovrà valutare «prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori».

Ora, senza volere qui affrontare in modo specifico i motivi che hanno portato ad introdurre nel nostro paese il regime dell'affidamento condiviso, e senza poter, in questo contesto, affrontare le (poche) luci e le (molte) ombre di questa riforma, per verificare le quali si rinvia ai copiosi commenti in materia (66), preme sottolineare come tale legge abbia altresì introdotto un interessante articolo nel codice di procedura civile, che appare come il primo riferimento legislativo alla configurabilità del risarcimento del danno tra genitori e figli. Si tratta del più volte citato art. 709 *ter* c.p.c., nella parte in cui stabilisce testualmente che, in presenza di gravi inadempienze o di atti che comunque rechino pregiudizio al minore od ostacolano il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, il giudice può, fra gli altri provvedimenti, «disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore» (67).

Tale significativa apertura sembra sgombrare il campo da qualsiasi obiezione circa l'impossibilità di configurare lo strumento risarcitorio in materia di rapporti familiari, e tiene conto di quelle pronunce che si sono espresse in tal senso: sia nel caso di elusione da parte del genitore non affidatario del provvedimento giudiziario che regola il suo diritto-dovere di visita del minore, sia nella situazione inversa in cui sia lo stesso affidatario ad ostacolare i rapporti tra il figlio e l'altro genitore.

È opportuno pertanto esaminare separatamente entrambe le questioni, sulla base della considerazione che i principi giurisprudenziali emersi in questo campo sono comunque applicabili anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 54/2006, non solo nel caso in cui vengano infranti dal genitore coaffidatario i provvedimenti presi dal giudice, ma anche (e a maggior ragione) nell'ipotesi, qualificata come eccezionale dalla legge, in cui il giudice stabilisca l'affidamento del minore ad un solo genitore e questo trasgredisca i suoi doveri (situazione perfettamente omogenea a quella ante-riforma).

4.1. La responsabilità del genitore per il mancato esercizio del diritto-dovere di visita

La conflittualità fra i genitori sorta nell'ambito giurisdizionale spesso non termina con la decisione del giudice relativa all'affidamento dei figli minori, anzi in molti casi essa si accentua, sia da parte del genitore che ne è uscito "vittorioso", avendo ottenuto l'affidamento, sia da parte del genitore "perdente", che vuole in qualche modo rifarsi. Al fine di prevenire e sanzionare tali comportamenti soccorre lo strumento risarcitorio.

Una prima e purtroppo frequente ipotesi di responsabilità si verifica quando il genitore non affidatario dei figli

minori ometta di adempiere al dovere/diritto di visita stabilito dal giudice.

Siamo infatti in presenza di un diritto concesso al genitore escluso dall'affidamento del minore, il quale accanto al dovere di contribuire adeguatamente al mantenimento economico ed all'educazione del minore, ha il diritto di mantenere un rapporto con il figlio. L'esercizio del diritto di visita gli permette infatti di conservare e rafforzare i rapporti affettivi con il figlio e il rispetto di quest'ultimo, costituendo al contempo uno dei principali diritti del figlio a vedersi assicurata la presenza di entrambi i genitori anche al momento della separazione o del divorzio dei medesimi.

Al diritto/dovere di visita si riferisce l'art. 155, comma 2, c.c. (nella sua versione antecedente alla riforma del 2006 ma anche in quella attuale) e l'art. 6, comma 3, della l. n. 898/70, nell'attribuire al giudice, qualora disponga l'affidamento esclusivo del figlio minore ad uno dei coniugi, il compito di determinare le modalità di esercizio del diritto di visita dell'altro genitore, oppure, in presenza del meccanismo della condivisione dell'affidamento, quello di determinare i tempi e le modalità di permanenza presso ciascun genitore.

Prima e dopo la riforma il principio ispiratore fondamentale resta quello dell'esclusivo interesse morale e materiale della prole, con la conseguenza che i diversi provvedimenti che il giudice deve prendere in sede di separazione o di divorzio non si pongono in contraddizione con la c.d. privatizzazione dei rapporti familiari, in quanto "non perseguono un interesse di ordine superiore, ma sono rivolti a dare attuazione ai diritti del bambino, considerati come preminenti rispetto a quelli dei genitori" (68).

In tale prospettiva la posizione del genitore affidatario si configura piuttosto che come un diritto, come un *munus*, e la stessa regolamentazione del c.d. diritto di visita del genitore non affidatario deve tenere in considera-

Note:

(65) È da segnalare che fino alla recente riforma l'ascendente era tenuto esclusivamente a corrispondere gli alimenti, e non incombeva su di lui alcun obbligo di mantenere e istruire i nipoti, ma solo quello di fornire ai genitori i mezzi necessari perché essi possano provvedere all'espletamento dei compiti che sono loro attribuiti dall'ordinamento (art. 148 c.c.). In tal senso App. Bologna, Sez. Min., 27 febbraio 1985, in *Giur. it.*, 1986, I, 282. Nel silenzio della legge la giurisprudenza aveva compiuto qualche timido tentativo per la regolamentazione di un diritto al mantenimento dei rapporti personali tra nonni e nipoti, v. Cass., 24 febbraio 1981, n. 1115, in *Foro it.*, 1982, I, 1144.

(66) Fra i primi commentatori: cfr. P. Schlesinger, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corriere giur.*, 2006, 3, 301 ss.; G. De Marzo, *L'affidamento condiviso. Profili sostanziali*, in *Foro it.*, 2006, 3, 90 ss.; M. Crea Costanzo, *L'affidamento condiviso. Profili processuali*, in *Foro it.*, 2006, 3, 96 ss.; G. Cerreto, *Affidamento condiviso fra luci e ombre. Bene la centralità del minore, oscure le norme procedurali*, in *Dir. e giust.*, 2006, 8, 117 ss.

(67) Di recente si è occupata specificamente del tema A. Arceri, *L'affidamento condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Milano, 2007.

(68) G. Collura, *Il civilista, la famiglia e le sue trasformazioni*, cit., 646.

zione il profilo per cui un tale diritto si configura "esso stesso come uno strumento in forma affievolita o ridotta per l'esercizio del fondamentale diritto - dovere di entrambi i genitori, di mantenere, istruire ed educare i figli, il quale trova riconoscimento costituzionale nell'art. 30, comma primo della Costituzione, e viene posto, dall'art. 147 c.c., fra gli effetti del matrimonio" (69). Si tratta, però, di un diritto che non ha carattere assoluto, in quanto deve essere disciplinato dal giudice della separazione in modo da non recare un qualsivoglia pregiudizio alla salute psicofisica dei minori medesimi, anche prevedendo particolari cautele e restrizioni agli incontri, ovvero arrivando perfino a sospenderli del tutto se necessario (70).

I gravi motivi in presenza dei quali il giudice può disconoscere il diritto di visita non possono comunque essere ricondotti unicamente alla pregressa condotta del genitore, nel senso che esso non può essere negato per considerazioni di tipo sanzionatorio attinenti a responsabilità nella separazione (71). Occorre invece avere riguardo soprattutto all'impatto psicologico sui minori delle vicende dalle quali si fa derivare la sospensione del diritto di visita (72).

Se esaminiamo gli strumenti apprestati dall'ordinamento in presenza del mancato esercizio del diritto/dovere di visita, prima della riforma del 2006, questo poteva comportare la decadenza dalla potestà parentale, ai sensi dell'art. 330 c.c., ed integrare gli estremi del reato di cui all'art. 570 c.p. (violazione degli obblighi di assistenza familiare), oltre a configurare il diverso reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice ex art. 388, comma 2, c.p. (73).

Circa quest'ultimo profilo è possibile qui richiamare l'interpretazione data dalla VI sezione penale della Corte di cassazione, che ha fornito una lettura estensiva dell'art. 388 c.p., fino ad arrivare a ricomprendendovi anche il comportamento del genitore separato il quale "non si attiva" per far sì che i figli minori vedano l'altro coniuge secondo quanto stabilito dal giudice.

Infatti, considerato il "ruolo centrale che assume il genitore affidatario nel favorire gli incontri dei figli minori con l'ex coniuge, l'atteggiamento omissivo del genitore che non educa e sensibilizza i figli a vedere l'altro genitore finisce con l'eludere il provvedimento con il quale il giudice aveva imposto il diritto di visita" (74), proprio perché tale comportamento finisce così con il riflettersi negativamente sulla psicologia dei minori, indotti essi stessi a contrastare gli incontri con il genitore non affidatario.

Dal punto di vista strettamente civilistico, il problema è che l'obbligo di visita non appare coercibile, non essendo azionabile il ricorso di cui all'art. 612 c.p.c. (esecuzione forzata di obblighi di fare), per la peculiare natura dell'obbligo e del provvedimento che lo prevede (75).

In un tale quadro normativo può ben soccorrere l'apparato apprestato dal sistema della responsabilità civile. In particolare il mancato adempimento del dovere di visi-

ta del figlio affidato all'altro genitore comporterà, in primo luogo, una responsabilità del genitore nei confronti del figlio, che si vede negare uno dei diritti fondamentali riconosciutoli al livello costituzionale. In base ai principi generali in tema di responsabilità aquiliana, il figlio dovrà quindi dimostrare la sussistenza del danno, consistente nella lesione della sua serenità personale oppure in un pregiudizio allo sviluppo della sua personalità, direttamente conseguente al comportamento assenteista del genitore non affidatario.

In secondo luogo, se inquadrando il dovere di visita tra le posizioni dei componenti della famiglia e nella solidarietà che deve legarli nel gruppo (anche in presenza di una separazione o divorzio), il dovere dell'affidatario verso il figlio può essere al contempo qualificato come obbligo verso l'altro genitore, "espressione della solidarietà negli oneri per i figli", e sarà pertanto prospettabile anche una responsabilità nei confronti del coniuge affidatario.

La ricostruzione appena proposta prende atto dei principi espressi in alcune sporadiche sentenze in materia, che hanno poi trovato un'espressa conferma legislativa con l'introduzione dell'art. 709 *ter* c.p.c. In particolare al comma 2 della predetta norma si statuiscano i provvedimenti che il giudice può prendere in presenza di inadempienze o di atti che arrechino pregiudizio al minore o comunque ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento; e ai numeri 2 e 3 è espressamente contemplata la possibilità di «disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore» (n. 2); e/o di «disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro» (n. 3).

In proposito possiamo comunque ricordare che era già stato riconosciuto, prima della citata riforma del 2006,

Note:

(69) Cass., 19 aprile 2002, n. 5714, in questa *Rivista*, 2002, 415.

(70) Ove ricorrono cioè "gravi e comprovate ragioni d'incompatibilità del suo esercizio con la salute psico-fisica del minore", così Cass., 22 giugno 1999 n. 6312, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1868; Cass., 17 gennaio 1996, n. 364, in questa *Rivista*, 1996, 227; Cass., 12 luglio 1994, n. 6548, in *Dir. fam. e pers.* 1995, 129.

(71) Cass., 9 maggio 1985 n. 2882, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2535.

(72) Cass., 12 luglio 1994, n. 6548, cit.

(73) Cass., 8 febbraio 2000, n. 1365, in *Dir. fam. pers.*, 2000, 1036.

(74) Cass. pen., sez. VI, 9 marzo 2000, n. 11755, in *Ced Cassazione* 2000, RV217123. Questo caso, preso in considerazione in sede penale, è emblematico. Qui la Cassazione conferma la condanna inflitta ad un uomo, padre di due bambine con lui conviventi ma diseducate ad un rapporto costante con la madre, nei tempi e nei modi stabiliti dal giudice civile al momento della separazione, al punto che la donna era stata costretta a non avere più contatti con le figlie. Infatti, nonostante la magistratura avesse emesso ben tre ordinanze per assicurarle il diritto di visita, i provvedimenti erano rimasti inattuati a causa dell'inerzia del padre che non si era adoperato in tal senso. Proprio la mancata collaborazione del genitore aveva reso ineseguibili i provvedimenti del giudice civile, e per questo motivo l'uomo era stato condannato.

(75) Fatta salva la possibilità di chiedere la modifica dei provvedimenti in vigore.

il risarcimento del danno patrimoniale a favore del genitore affidatario di una figlia disabile, a titolo di rimborso per le spese sostenute per l'assistenza della stessa nei giorni in cui il genitore non affidatario avrebbe dovuto tenerla presso di sé (76).

Un problema che concretamente si è posto con una certa frequenza all'attenzione della giurisprudenza è quello del genitore il quale ometta di adempiere al diritto/dovere di visita di fronte al rifiuto insuperabile del figlio ad intrattenere rapporti con lui, e ciò a prescindere dal fatto che l'animosità sia stata determinata da comportamenti negativi dell'altro genitore.

Davanti a tale ipotesi un significativo termine di riferimento è rappresentato dalla capacità di discernimento del minore, della quale si è molto discusso, e che in questo ambito rileva non solo in senso positivo, come scelta del genitore a cui essere affidato o con cui regolare il diritto di visita, ma anche in senso inverso negativo, in quanto la volontà del minore "può" o meglio (in considerazione degli ultimi sviluppi legislativi) "deve" essere tenuta presente dal giudice della separazione (77). In questo contesto l'eventuale rifiuto del figlio minore ricondotto a specifiche e concrete difficoltà e/o di saggi da parte dello stesso nella visita del genitore non affidatario è stato ritenuto quale giusto motivo di sospensione del diritto di visita (78).

In tal caso non sembra infatti ravvisabile in capo al genitore non affidatario l'elemento soggettivo della colpevolezza, necessario al fine di integrare il fatto illecito risarcibile ex art. 2043 c.c. Tant'è che ci sono pronunce in cui in simili ipotesi è stato ritenuto opportuno sospendere a tempo indeterminato il diritto-dovere di visita. Questa soluzione è considerata idonea a salvaguardare l'interesse del minore, ormai adolescente, perfettamente consapevole dei propri sentimenti e capace di motivare la propria avversità verso il genitore, ad una crescita serena ed equilibrata, tanto più che "l'imposizione coattiva di rapporti con il genitore stesso potrebbe sortire effetti controproducenti per entrambi dannosi" (79).

Con questo ragionamento naturalmente non si vuole arrivare all'estrema conseguenza di valutare il diritto di visita come un diritto liberamente disponibile, ovvero come un diritto a cui le parti possono rinunciare per decisione unilaterale o per accordo: il diritto di visita del genitore non affidatario deve trovare infatti, sempre e comunque, il suo fondamento giuridico nella tutela del minore, ovvero nell'intento di garantire a questo ultimo un adeguato e sereno sviluppo psicologico ed emotivo, al cui fine il contributo delle due figure genitoriali è da reputarsi necessario, specie se equilibrato, anche se nell'ambito della particolare organizzazione di vita che la separazione impone.

4.2. Gli ostacoli ai rapporti tra il genitore e il figlio e la responsabilità dell'affidatario

Come già accennato, la responsabilità del genitore è configurabile anche nell'ipotesi in cui con il suo comportamento, in violazione dell'interesse del figlio, o di

quello dell'altro genitore, oppure dei nonni, impedisca o comunque ostacoli l'esercizio del diritto di visita, a danno di uno dei soggetti menzionati (integrando, il più delle volte, la fattispecie di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice, prevista e punita dall'art. 388, comma 2, c.p. (80).

Note:

(76) Cass., 8 febbraio 2000, n. 1365, cit. Nella giurisprudenza di merito v. in particolare Trib. Brindisi, 30 ottobre 2001, in *Giur. merito*, 2001, 391, secondo cui "il diritto di visita oltre ad essere un diritto è anche un dovere dei genitori, e pertanto in presenza di una sua violazione spetta il risarcimento all'altro genitore affidatario e, a maggior ragione, al figlio" (nel caso di specie portatore di handicap).

(77) Ai sensi dell'art. 155 *sexies* c.c. infatti il giudice, in sede di separazione dei coniugi, deve disporre l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Con questa modifica legislativa si è voluto recepire un principio già garantito da diverse convenzioni internazionali, nonché dalla citata Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini.

(78) Significativo è il caso affrontato dal Trib. Catania nella sentenza del 17 aprile 1996, cit., relativo a prole adolescente che rifiutava di vedere il padre allegando di non volere subire l'ossessionante, continuo reprimere paterno contro la madre. L'anno precedente lo stesso Tribunale di Catania aveva affermato che il giudice non può prescindere dalla particolare situazione psicologica del minore il cui rapporto con la genitrice sia talmente difficile e conflittuale "da indurre il minore a rifiutare gli incontri con la madre secondo modalità preordinate dal giudice e controllate dagli operatori sociali; allo scopo pertanto di evitare la radicalizzazione, forse irreversibile, di tale stato d'animo e di favorire anzi il recupero del rapporto parentale, nel rispetto della volontà del minore; va disposto che i suoi incontri con la madre avvengano, ma con le modalità prescelte solo dallo stesso minore" (Trib. Catania, 6 dicembre 1995, in *Dir. Fam. e pers.*, 1998, 98). Cfr. anche App. Roma, 27 febbraio 1995, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 1450. In senso contrario si è espressa recentemente la Corte App. Firenze, con sentenza del 25 febbraio 2008, inedita. I giudici fiorentini hanno infatti condannato una madre divorziata, ex art. 709 *ter* c.p.c., al risarcimento dei danni, della somma di euro 650 in favore del figlio ed euro 350 in favore del padre, per aver impedito il diritto di visita di quest'ultimo, nonostante la donna adducesse il rifiuto del ragazzo alla frequentazione con il genitore.

(79) Cfr. Cass., 15 gennaio 1998, n. 317, cit., dove si richiamano i principi sanciti in proposito dalla Convenzione di New York del 1989. In tal senso si veda anche una pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo, secondo cui "anche se il genitore separato, divorziato, o, comunque, non convivente più con il partner e non affidatario della prole ha il diritto/dovere di visitarla, di permanere con essa e di mantenere costanti rapporti parentali, l'esercizio di tale diritto/dovere può essere, anche a tempo indeterminato, sospeso qualora la prole, a prescindere dai meriti o dai demeriti del genitore non affidatario, manifesti, nei confronti di quest'ultimo, anche in virtù dell'influenza esercitata da persone che la circondano, radicati, costanti sentimenti di rifiuto e di ripulsa, dovendosi riconoscere al diritto del minore alla serenità personale e familiare ed all'integrale suo benessere psicologico priorità assoluta" (Corte eur. dir. uomo, 21 ottobre 1998, in *Dir. fam. pers.*, 1999, 1003).

(80) Cass. pen., sez. V, 16 marzo 2000, n. 4730, in *Giur. it.*, 2001, 2366, ai sensi della quale "integra il reato di cui all'art. 388 c.p. il comportamento del coniuge che non osservi i provvedimenti dati dal giudice di primo grado in tema di affidamento dei figli minori". Cfr. anche Cass. pen., sez. VI, 9 marzo 2000, n. 11755, cit.: nella specie la Suprema Corte, dopo aver posto in luce il "ruolo centrale che assume il genitore affidatario nel favorire gli incontri dei figli minori con l'altro genitore", ha affermato che "il rifiuto di fatto opposto dal genitore affidatario alla richiesta - verbale o scritta - dell'altro genitore di esercitare il diritto di visita dei figli concreta l'elusione del provvedimento giurisdizionale che regolamenta tale rapporto", conforme a Cass. pen., sez. VI, 8 maggio 1996, n. 6042, in *Giust. pen.* 1997, II, 245.

Tenuto conto di quanto osservato nel paragrafo precedente, è però possibile osservare che il dovere del genitore, che ha ottenuto l'affidamento, di consentire ed agevolare l'esercizio del diritto di visita da parte dell'altro genitore, secondo le prescrizioni stabilite dal giudice, deve essere bilanciato dal dovere individuabile in capo al medesimo affidatario di garantire la crescita serena ed equilibrata del figlio minore.

Pertanto qualora il genitore venga a trovarsi in una concreta situazione di difficoltà determinata dalla resistenza del minore ad incontrare l'altro genitore, non sussisterà responsabilità civile qualora nel corso del giudizio venga dimostrato che il genitore affidatario, nell'impedire all'altro, ricusato dal minore, il diritto di visita, sia stato eventualmente mosso dalla necessità di tutelare l'interesse morale e materiale del minore medesimo, soggetto di diritti e non mero oggetto di finalità esecutive perseguite da altri (81). Infatti l'affidatario (oppure il co-affidatario) ha in ogni momento il diritto-dovere di assicurare massima tutela all'interesse preminente del minore, in quanto tale interesse, per la naturale fluidità della situazione, non è stato potuto essere tempestivamente sottoposto alla valutazione del giudice civile.

Tranne che in queste ipotesi, sembra prospettabile il diritto del genitore non affidatario al risarcimento per i danni subiti in conseguenza del comportamento dell'altro coniuge che impedisca il diritto di visita e quindi la possibilità di costruire il rapporto con il figlio.

In un caso sottoposto pochi anni fa alla giurisdizione civile, il Tribunale di Roma accoglieva la domanda di risarcimento del genitore non affidatario a carico dell'ex coniuge che aveva costantemente vietato, per un lungo periodo di tempo e senza giustificate ragioni, all'altro genitore di vedere e frequentare il figlio a lui non affidato, impedendogli così di adempiere ai propri doveri educativi (82).

Nella pronuncia si osserva che il comportamento della madre affidataria contravveniva alle specifiche disposizioni dettate dal giudice in sede di separazione e in sede di divorzio, costituendo comportamento sanzionabile penalmente ex art. 338, comma 2, c.p. (nella sentenza di separazione il figlio era stato affidato ad un solo genitore, con il diritto di visita dell'altro e di permanenza del figlio presso di lui).

Secondo il giudice adito, nel comportamento illecito del genitore affidatario sono ravvisabili tre diverse voci di danno, riconoscendo al padre il risarcimento: 1) del danno biologico, costituito dagli oggettivi danni alla salute psicofisica dell'altro genitore; 2) del danno morale sopportato da quest'ultimo per non poter soddisfare il diritto di frequentare ed educare il figlio, e per l'impossibilità di adempiere ai suoi doveri; 3) seppur non nominandolo del c.d. "danno esistenziale", che sembra essere stato confuso, o comunque fuso nel danno biologico, individuato in quelle "menomazioni tutte fortemente incidenti sulla salute fisico-psichica di un individuo,

anche in proiezione futura", costituito dalle ansie, i dolori e l'angoscia del genitore che si riflettono in modo pregiudizievole sulla vita dell'individuo, nei suoi rapporti parentali, sociali e ricreativi (83).

È interessante notare come il Tribunale, nella fattispecie sopra descritta, al fine di ravvisarvi un danno di tipo biologico, abbia esteso, in modo del tutto inusuale, la nozione di danno alla salute, ed abbia altresì ritenuto il danno morale "provato in re ipsa".

Ancora più recente è una decisione del Tribunale di Monza, nella quale si evidenzia come la compromissione sofferta dalla madre, nella sfera dei rapporti affettivi con il figlio minore affidato al padre, attraverso l'interruzione di ogni apprezzabile relazione per un periodo di dieci anni a causa del comprovato comportamento del padre, integri una lesione di un diritto personale costituzionalmente garantito. La condotta paterna è qui valutata quale fatto costitutivo del diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali: sia sotto l'aspetto del danno morale soggettivo (patema d'animo prodottosi nella donna per non avere potuto assolvere - non per sua volontà - agli stringenti doveri verso il figlio), sia dell'ulteriore pregiudizio rappresentato dalla privazione delle positività derivanti dal rapporto parentale (c.d. danno esistenziale) (84).

In conclusione, dal punto di vista della titolarità attiva della pretesa risarcitoria, è possibile indicare come soggetto leso non solamente il figlio, il quale soffre dei pregiudizi causati dall'inosservanza dei doveri scaturiti dal rapporto di filiazione, ma anche il genitore che subisce gli ostacoli frapposti all'esplicazione dei suoi diritti.

La questione è di estremo interesse poiché permette di individuare in materia di responsabilità genitoriale, accanto al criterio guida nelle decisioni del giudice rappresentato dall'interesse del minore, anche la posizione del genitore non affidatario. Quest'ultima sarà sacrificabile solo qualora entri in conflitto con le ragioni della prole.

Note:

(81) In questo caso non sarà nemmeno ravvisabile il dolo necessario ad integrare il reato di cui all'art. 388 c.p., Cass. pen., sez. VI, 16 marzo 1999, n. 7077, in Cass. pen., 2000, 2277.

(82) Trib. Roma, 13 giugno 2000, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 209 con nota di M. Dogliotti, *La responsabilità entra nel diritto di famiglia*.

(83) Il risarcimento nei confronti del figlio, invece, riconosciuto in astratto, veniva negato in concreto, per difetto di *legittimatio ad processum*.

(84) Trib. Monza, 5 novembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 851, con nota di G. Ramaccioni, *Responsabilità civile e famiglia: un "idillio" che continua*; in questa *Rivista*, 2005, 1, 79, con nota di G. De Marzo, *Riconosciuto il risarcimento del danno al genitore non affidatario per l'interruzione di ogni relazione con il figlio*; in *Resp. civ. prev.*, 2005, 1, 171, con nota di G. Facci, *L'illecito del genitore affidatario*. Nel caso di specie, l'autorità giudiziaria adita ha condannato il genitore ostacolante a risarcire, a titolo di danno morale ed esistenziale, al genitore non affidatario la somma di euro 50.000,00.

5. L'immunità dei figli per gli atti illeciti commessi a danno del genitore

La diversa problematica della risarcibilità dei pregiudizi arrecati dalla prole al genitore si pone soprattutto allorché il figlio adulto adotta comportamenti illeciti a danno del genitore, ormai anziano, spesso non più autosufficiente o che si trova semplicemente in una momentanea situazione di difficoltà (85).

La cronaca evidenzia spesso casi di genitori abbandonati, maltrattati, vittime di violenze, anche solo psicologiche poste in essere da familiari o addirittura dagli operatori addetti alla loro cura ed assistenza. Mentre in ambito penalistico rilevano le norme che incriminano il delitto di abbandono di persone incapaci (art. 591 c.p., aggravato ai sensi del comma 4), quello di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.), e il reato di maltrattamento in famiglia ex art. 572 c.p., in campo civilistico l'unica norma che sembra essere immediatamente applicabile alle ipotesi sopra richiamate è quella inerente all'obbligazione alimentare.

Infatti, se gli obblighi di assistenza morale e materiale tra i coniugi sono contemplati dall'art. 143 c.c., e quelli dei genitori nei confronti del figlio sono dettati dagli artt. 30 Cost. e 147 c.c., non sembrano sussistere nel nostro ordinamento, al contrario di quanto avviene in altri paesi, disposizioni concernenti i doveri in capo ai figli adulti nei confronti dei genitori anziani (86). In particolare, nonostante l'affermazione a livello costituzionale del principio solidaristico operante tra i familiari (artt. 2, 3, 32, 29 e 30 Cost.), fino all'entrata in vigore della recente legge sull'amministrazione di sostegno (87), non vi era alcuna norma che si richiamasse espressamente ai diritti ed alla tutela dei soggetti anziani o comunque non autosufficienti (ad eccezione del caso limite dell'interdizione).

In questo contesto è opportuno ricordare l'art. 315 c.c. che prevede, oltre al dovere per la prole di contribuire economicamente al mantenimento della famiglia finché convive con essa, quello di rispettare i genitori.

Per la maggioranza degli autori questo obbligo viene a spiegare e completare la posizione del minore nell'ambito della "soggezione" alla potestà dei genitori, che verrebbe meno una volta raggiunta la maggiore età, in quanto il maggiorenne sarebbe tenuto a rispettare i genitori alla stregua di qualsiasi terzo consociato (88). Ma è possibile confutare tale tesi perché se è vero che con il conseguimento della maggiore età cessa la potestà dei genitori, è pur vero che raggiunti i diciotto anni non vengono certo meno le peculiarità del rapporto genitore-figlio, rispetto a quello tra terzi estranei, con i conseguenti problemi di adattamento delle regole di responsabilità civile. In ogni caso il segnalato dovere di "rispetto" da parte del figlio, può essere piuttosto ritenuto funzionale all'esigenza che il rapporto educativo si svolga nel clima più sereno e proficuo per lui medesimo, in accordo con le attuali configurazioni della potestà genitoriale.

I contributi dottrinali sul tema sono scarsi, tant'è che per esaminare una ricerca specificamente riferibile al problema in esame sembra si debba risalire agli anni ottanta (89). Già in quegli anni si lamentava l'assenza di norme costituzionali o del codice civile volte a qualificare in modo specifico il dovere di rispetto da parte figlio maggiorenne autosufficiente, non convivente con i propri genitori, rilevando come, in ogni caso, la previsione di cui al citato art. 315 c.c. restasse priva di sanzioni applicabili in presenza di una sua violazione.

Rimane quindi lo strumento dell'obbligazione alimentare (e, sul versante successorio, quello dell'indegnità). L'obbligo di versare gli alimenti ai sensi dell'art. 433, comma 1, n. 2, trova anch'esso il suo fondamento nel vincolo solidaristico che lega i familiari (90). Ma questo strumento rileva essenzialmente sotto il profilo patrimoniale, di assistenza economica prestata dall'obbligato a favore del soggetto che si trovi in stato di bisogno.

In realtà le recenti pronunce in materia di danno non patrimoniale sembrano aprire la strada per una tutela dal punto di vista del pregiudizio morale sopportato dall'avente diritto privato degli alimenti. Si propone quindi una lettura estensiva della normativa in materia, opportunamente coordinata con i principi costituzionali di solidarietà familiare, configurando così in capo all'obbligato un'obbligazione di carattere personale e non più solo di tipo patrimoniale (91).

Sembra pertanto da accogliere la tesi della sussistenza di un obbligo, rilevante non solo sul piano etico e morale, di rispetto e di protezione della persona e del benessere morale del genitore.

Assume inoltre rilievo lo strumento apprestato dalla legge concernente gli ordini di protezione contro gli abusi familiari (92), che fornisce implicitamente spunti

Note:

(85) Sui diritti degli anziani: P. Perlingieri, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 85 ss.; Aa. Vv., *I diritti degli anziani*, Milano, 1996, 25 ss.; F. Longo, *I diritti dei malati cronici e dei propri familiari*, in questa *Rivista*, 1999, 410 ss.; P. Cendon, *I diritti dei malati terminali*, Milano, 2003; P. Stanzone, G. Sciancalepore, *Anziani, capacità e tutele giuridiche*, Milano, 2003.

(86) In proposito c'è chi ipotizza profili di incostituzionalità per la violazione dell'art. 3 Cost., cfr. F. Longo, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, cit., 95.

(87) Legge 9 gennaio 2004, n. 6 (in G.U. 19 gennaio 2004, n. 14).

(88) Così ad es. M. Giorgianni, *Della potestà dei genitori (sub. Artt. 315-318)*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, O. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1992, 285.

(89) Ci si riferisce al contributo di A.C. Jemolo, *Intorno al rispetto dei figli verso i genitori*, in *Giur. it.*, 1981, I, 545 ss.

(90) M. Dogliotti, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, 1994.

(91) A tal proposito non sembrano, allo stato attuale, sussistere richieste giudiziali in tal senso.

(92) Legge 4 aprile 2001, n. 154, che ha introdotto nel codice civile gli artt. 342 bis e ter.

per sanzionare il comportamento del figlio adulto (ma in questo caso necessariamente convivente) nei confronti del genitore anziano.

Una tutela che si accompagna, non escludendola, a quella di tipo risarcitorio, offrendo la possibilità di chiedere ristoro per i pregiudizi di tipo non patrimoniale subiti dall'anziano a causa del comportamento del figlio indifferente di fronte alle sue necessità economiche, insensibile ai suoi bisogni non strettamente patrimoniali e noncurante delle sue richieste di aiuto, senza che di per sé tali comportamenti siano necessariamente configurabili come reati.

Un ultimo profilo rilevante, preso in considerazione con sempre maggiore frequenza dalla giurisprudenza, è quello dell'abuso o comunque dell'uso illecito da parte del figlio maggiorenne, ma non autosufficiente, del diritto al mantenimento. Siamo qui in presenza di un dovere genitoriale che prescinde dall'esercizio della potestà, usualmente esaminato sotto il profilo dell'abuso del diritto da parte del figlio.

Secondo principi che si sono consolidati negli anni, infatti, il dovere di mantenimento non viene meno *ipso facto* con il raggiungimento della maggiore età da parte del figlio, ma si protrae fino a quando il figlio stesso abbia raggiunto una propria indipendenza economica, ovvero versi in colpa per non essersi messo in condizione di conseguire un proprio reddito (93). Tant'è che il nuovo art. 155 *quinquies* c.c., recependo tale ricostruzione giurisprudenziale, prevede espressamente il diritto del figlio maggiorenne, non indipendente economicamente, al pagamento di un assegno periodico.

In un primo momento la giurisprudenza ha avuto l'occasione di specificare come non siano ravvisabili profili di colpa nella condotta del figlio che rifiuti una sistemazione lavorativa non adeguata rispetto a quella cui la sua specifica preparazione, le sue attitudini ed i suoi effettivi interessi siano rivolti, quanto meno nei limiti temporali in cui dette aspirazioni abbiano una ragionevole possibilità di essere realizzate, e sempre che tale atteggiamento di rifiuto sia compatibile con le condizioni economiche della famiglia.

Infatti l'accertamento sul fatto che il mancato svolgimento di un'attività economica dipende da un atteggiamento di inerzia ovvero di rifiuto ingiustificato del figlio, "non può che ispirarsi a criteri di relatività, in quanto necessariamente ancorato alle aspirazioni, al percorso scolastico, universitario e post universitario del soggetto ed alla situazione attuale del mercato del lavoro, con specifico riguardo al settore nel quale il soggetto abbia indirizzato la propria formazione e la propria specializzazione" (94).

Ma di recente è stato affermato un diverso principio: nell'ipotesi in cui il figlio maggiorenne vanti un'occupazione lavorativa e successivamente la perda "per sua colpa", non ha più diritto al mantenimento, "non essendo ipotizzabile un suo rientro in famiglia nella posizione di incapace di autonomia". Applicando tale direttiva la

Corte di appello di Roma ha respinto la domanda formulata dalla madre di un figlio venticinquenne e con lei convivente nei confronti del padre separato, finalizzata alla condanna del padre medesimo al versamento di un assegno di mantenimento del figlio (95).

Pertanto il genitore interessato alla declaratoria della cessazione dell'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne deve dare la prova che quest'ultimo ha raggiunto l'indipendenza economica, "ovvero è stato posto nelle concrete condizioni per poter essere economicamente autosufficiente, senza trarne utilmente profitto per sua colpa o per sua (discutibile) scelta" (96). In questo caso preso in esame dalla Suprema Corte è stato quindi escluso la persistenza dell'obbligo di mantenimento di un figlio trentacinquenne - e convivente con la madre - a carico del padre separato per essere il figlio stesso ben lontano dal conseguimento della laurea in medicina nonostante risultasse iscritto presso tale facoltà da quindici anni, e senza che il suo comportamento potesse in qualche modo derivare o risentire della presenza paterna, essendo trascorso un periodo pressoché equivalente a quello necessario per l'utile completamento dell'intero corso di studi da quando il padre aveva cessato di convivere con moglie e figli.

In un altro caso non è stata invece ritenuta idonea ad esonerare il genitore non convivente dall'obbligo di mantenimento "l'offerta di una qualsiasi occasione di lavoro eventualmente rifiutata dal figlio, dovendo essa risultare, per converso, del tutto idonea rispetto alle concrete e ragionevoli aspettative del giovane, sì da far ritenere il suo eventuale rifiuto privo di qualsivoglia, accettabile giustificazione" (97).

Note:

(93) Cass., 16 febbraio 2001, n. 2289, in questa *Rivista*, 2001, 275, con nota di F. Wanda, *Obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne e legittimazione ad agire*, e in *Nuovo dir.*, 2001, 408, con nota di V. Lanfredini, *In tema di obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne*; Cass., 18 febbraio 1999, n. 1353, in *Gius. civ. Mass.*, 1999, 427; Cass., 7 maggio 1998, n. 4616, in *Gjur. it.*, 1999, 252, con nota di A. Amato, *Quando cessa l'obbligo di mantenimento dei figli di maggiore età?*.

(94) Cass., 3 aprile 2002, n. 4765, cit.

(95) App. Roma, 29 maggio 1995, in *Dir. fam. pers.*, 1996, 105. La Corte ha altresì l'occasione di precisare che, nel diverso caso in cui la perdita del lavoro avvenisse per un fatto non imputabile al figlio, quest'ultimo potrebbe al limite invocare *iure proprio*, e non per il tramite di un terzo, il diritto agli alimenti.

(96) Cass., 30 agosto 1999, n. 9109, in *Fam. e dir.*, 1999, 576; conforme a Cass., 12 dicembre 2002, n. 17717, in questa *Rivista*, 2003, 349, con nota di G. Sciancalepore, *L'interesse del minore nella crisi familiare*.

(97) Questo principio è stato affermato dalla S.C. in relazione al rifiuto ritenuto, nella specie, legittimo, contrariamente a quanto stabilito dal giudice di merito - opposto dal figlio ventenne di genitori separati ad un'offerta di ingaggio per un anno, e per la somma di 800.000 lire mensili più vitto ed alloggio, ricevuto da una società di pallacanestro (la Corte di legittimità, nel cassare la sentenza, ha, ancora, osservato che, in essa, mancava ogni valutazione tanto in ordine alla precarietà dell'offerta quanto alla ragionevolezza delle aspirazioni del giovane, che vi aveva rinunciato per non sacrificare l'anno scolastico - V liceo scientifico - da lui frequentato): Cass., 7 maggio 1998, n. 4616, cit.

Ancora più di recente si è sancita la legittimità della revoca dell'obbligo di mantenimento a carico del padre ove risulti che il figlio abbia "non solo colposamente ommesso di terminare gli studi, ma anche immotivatamente rifiutato di accettare l'offerta di un posto di lavoro, a nulla rilevando che si trattasse di un lavoro fuori sede" (98).

L'intento comune di questi provvedimenti appare quello di voler impedire forme di vero e proprio parassitismo di giovani ai danni dei genitori anziani.

Il problema ulteriore che si pone è se sia risarcibile o meno la condotta del figlio maggiorenne il quale, invece di impegnarsi nello studio o nel lavoro al fine di creare le basi per una vita indipendente, si approfitta delle risorse dei genitori, magari pensionati, continuando ad abitare nella loro casa, pretendendo il loro sostentamento economico, ad esempio alternando periodi di autosufficienza finanziaria a periodi in cui vive totalmente a carico dei familiari, alterando così il loro modo di vivere oltre che le loro possibilità economiche. Infatti, una volta ammessa la risarcibilità degli illeciti commessi dai genitori a carico dei figli, non si può che sostenere l'ammissibilità di una domanda di risarcimento proposta dal genitore per il danno anche di tipo non patrimoniale causato dal figlio. Certamente, anche in questa diversa ipotesi, l'interprete dovrà procedere ad un rigoroso accertamento dell'elemento soggettivo e dell'effettivo pregiudizio subito dal genitore/danneggiato.

La fondatezza della responsabilità civile della prole sarà ravvisabile soprattutto in presenza di un comportamento reiterato nel tempo, che sia causalmente collegato al venir meno della possibilità per il genitore di trascorrere in modo pacifico la sua agenda di vita quotidiana, compromessa dal fatto illecito del figlio maggiorenne. Ciò a maggior ragione se quest'ultimo agisca in giudizio al fine di vedersi riconosciuto il diritto al mantenimento (oltre alla possibilità per il genitore di attuare lo strumento processuale di cui all'art. 96 c.p.c.). L'ipotesi rimane però allo stato attuale più teorica che pratica.

6. Nuove prospettive di indagine

Possiamo infine trarre delle conclusioni dall'esame delle pronunce sopra richiamate. Nessun dubbio sembra sussistere circa la compatibilità fra l'utilizzo degli strumenti tipici apprestati dal sistema giusfamiliare e la tutela di tipo risarcitorio, operando i due rimedi su piani nettamente distinti ma fra di loro complementari.

La famiglia non può essere considerata come il luogo in cui i figli si trovano in balia dei genitori, e la responsabilità civile appare oggi attrezzata per cogliere, nel rapporto tra genitori e figli, l'attitudine dannosa di quei comportamenti che arrecano danni non patrimoniali, anche al di fuori delle ipotesi di condotte di rilievo penale (violenza sessuale, ipotesi di segregazione familiare, abuso dei mezzi di correzione, maltrattamenti in famiglia ecc.).

Resta comunque da risolvere il problema dell'individuazione di precisi criteri di selezione delle fattispecie risarcibili: l'evidente rischio è quello di un eccessivo dilatarsi della tutela aquiliana nel settore di cui si discute. Infatti, se non si può oggi escludere in modo aprioristico la responsabilità civile intrafamiliare, non si deve nemmeno cadere nell'opposto automatismo per il quale ad ogni violazione dell'obbligo familiare consegue il risarcimento del danno non patrimoniale.

La sfida che si prospetta al giurista che si trova ad affrontare tale complessa tematica è proprio quella dell'individuazione della linea di demarcazione tra le condotte alle quali attribuire il requisito dell'ingiustizia e quelle che i genitori esercitano *iure*, senza che ne possano derivare danni risarcibili, anche al fine di scongiurare prevedibili rischi di strumentalizzazione.

Sarà pertanto necessario procedere tramite un giudizio che verifichi con particolare rigore la sussistenza nel caso concreto di tutti elementi della clausola generale di responsabilità civile, primo fra tutti l'elemento dell'ingiustizia del danno, da individuare tramite un bilanciamento degli interessi contrapposti, valutati alla stregua dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Tale esigenza di rigore è ancor più pressante davanti alle sentenze qui raccolte e commentate, in molte delle quali l'accertamento della lesione dell'interesse protetto viene identificato con l'ingiustizia del danno, il nesso causale sembra *in re ipsa*, si trascura spesso in punto di prova l'accertamento dell'effettivo danno subito, e il *quantum* del risarcimento comminato è talmente alto da far sorgere il dubbio che il provvedimento giudiziale abbia soprattutto la finalità di stigmatizzare e punire comportamenti gravi del danneggiante piuttosto che quella di compensare la vittima.

Una volta compiuti tali accertamenti, doverosi secondo la regola dettata dall'art. 2043 c.c., al fine di verificare in generale la sussistenza di un fatto illecito, si tratterà poi di compiere un passaggio ulteriore e diverso, consistente nell'esaminare se l'incidenza del vincolo di filiazione abbia apportato modifiche significative a questa ricostruzione.

A tal fine, a nostro avviso, dovranno essere tenuti distinti tutti quei comportamenti che se posti in essere da terzi sarebbero considerati dannosi, da quelli che invece possono essere perpetrati solo dal genitore, in quanto collegati ai doveri che scaturiscono dalla filiazione.

Nel primo caso nessun ostacolo sembra frapporsi all'applicazione delle regole di diritto comune, anche qualora il danneggiante sia il genitore del danneggiato (si pensi ad una lesione del diritto alla riservatezza). Semmai la preesistenza fra le parti di un legame qualificato è suscettibile di accentuare la gravità del relativo danno: il danno proviene infatti da parte di soggetti nei confron-

Nota:

(98) Cass., 18 gennaio 2005, n. 951, in *Dir. Giust.*, 2005, 29.

ti dei quali massimo è l'affidamento del danneggiato circa la loro buona fede e correttezza.

Ma potranno esserci situazioni nelle quali, all'opposto, il vincolo genitore-figlio comporta un affievolimento della regola di responsabilità, nel senso che una condotta considerata dannosa fra terzi estranei, nell'ambito del vincolo di filiazione (ovvero di coniugio) non sarà al contrario risarcibile in conseguenza di una comparazione tra gli interessi in gioco dalla quale risulti preminente il valore dei vincoli solidaristici che legano gli appartenenti ad un medesimo nucleo familiare, ovvero appaia prevalente il valore della funzione educativa del genitore nei confronti del figlio. Il giudizio di responsabilità in questi casi dovrà pertanto essere correlato alla determinazione dei limiti del rapporto educativo.

A conferma di tale impostazione la Cassazione, in una ipotesi di illecito perpetrato da un coniuge a danno dell'altro, ha reputato di poter selezionare le lesioni giuridicamente rilevanti nel contesto familiare secondo un criterio di "intensità della violazione". Il discrimine tra condotta rimproverabile e condotta lecita è stato qui individuato nella "minima efficacia lesiva" di quei comportamenti che "sono suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia in forza di quello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza" (99).

Appare pertanto da respingere la soluzione che, in una tale composita materia, vuole individuare criteri standard di giudizio o regole di comportamento precostituite, validi a priori per ogni diverso rapporto familiare (coniugi e genitori-figli, ma anche per tutti i tipi di coniugio, per qualsiasi relazione genitoriale), essendo preferibile la diversa soluzione della valutazione equitativa del caso concreto, operata in chiave relativa e soggettivistica.

Ancor più complessa e problematica appare l'individuazione di un criterio di selezione nell'ambito di quei danni che possono scaturire esclusivamente in conseguenza del preesistente rapporto di filiazione (violazione dell'obbligo di mantenimento, del dovere di visita ecc).

In questi casi sarà necessario una sorta di adattamento delle regole in tema di responsabilità aquiliana al fine di individuare la diversa soglia di responsabilità operante per il familiare.

Analizzando la casistica in materia, emerge che il risarcimento a carico del genitore/danneggiante viene comminato solo qualora sia accertata la particolare gravità del comportamento dannoso, o dal punto di vista oggettivo della sua reiterazione nel tempo, ovvero dal punto di vista della sussistenza del requisito soggettivo del dolo (100).

A tal proposito è possibile proporre un'ipotesi ricostruttiva che ponga l'accento sulla rilevanza dell'elemento soggettivo, il cui riscontro negli illeciti tra familiari sembra assumere connotati peculiari.

Infatti, se tradizionalmente vi è la tendenza ad equipa-

rare lo stato soggettivo della colpa con quello del dolo, al fine dell'accertamento del requisito della "colpevolezza", salvo poi verificare la loro diversa rilevanza nell'ambito della determinazione del quantum dovuto, proprio nell'ambito delle ipotesi di illeciti tra familiari tendenzialmente vi sono una serie di comportamenti considerati dalla giurisprudenza censurabili dal punto di vista della responsabilità civile solo in presenza di dolo, o quanto meno colpa grave, del convenuto (101).

Dall'esame delle sentenze descritte nel corso della presente indagine risulta che è possibile individuare almeno due tipologie di situazioni dannose in cui il bene leso è così importante che il criterio della negligenza, imprudenza o imperizia è al contrario sufficiente per ottenere la tutela aquiliana.

Quest'ultimo vale sicuramente per accertare un danno provocato alla salute fisica o psichica del familiare: nessuno dubita infatti che tale bene primario possa ottenere la tutela aquiliana in presenza di un comportamento meramente colposo. L'altra ipotesi, in cui è sufficiente l'accertamento della colpa ai fini del riconoscimento del danno non patrimoniale, accanto a quello strettamente patrimoniale, è quella della mancata corresponsione dell'assegno di mantenimento per il figlio minore (o per il coniuge), la cui corretta percezione si pone quale presupposto per l'esercizio di diritti fondamentali. In tutti gli altri casi, diversi dalle due posizioni soggettive sopra citate, si dovrà invece utilizzare il criterio del dolo per fondare la pronuncia di responsabilità a carico del genitore.

È interessante altresì sottolineare come in queste ipotesi la riflessione sull'accertamento dell'elemento soggettivo si combina significativamente con quella dell'ingiustizia del danno, in quanto, solo in presenza di dolo o addirittura di dolo c.d. intenzionale (quando il danneggiante, agendo con particolare cattiveria o malafede, non solo accetta il rischio di cagionare il dan-

Note:

(99) Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, cit.

(100) Così, nei casi presi in specifica considerazione, la Corte App. Bologna, 10 febbraio 2004, cit., ha dichiarato la sussistenza dell'illecito civile in quanto il genitore aveva "consapevolmente" violato gli obblighi imposti dalla legge; il Trib. di Venezia, 30 giugno 2004, cit., sottolinea in più punti la condotta dolosa del convenuto "pervicace nel disinteresse verso la figlia"; e la stessa Corte di Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, cit., fa riferimento al fatto che la condotta dannosa del padre si è concretizzata in "un ostinato rifiuto" di corrispondere al figlio i mezzi di sussistenza.

(101) Del resto nel sistema della responsabilità civile esistono altre ad ipotesi di dolo specifico quale elemento soggettivo necessario perché possa darsi risarcimento: sia previste dal legislatore (come per quanto concerne la responsabilità del proprietario per gli atti emulativi ex art. 833 c.c., ma anche la responsabilità del giudice ai sensi dell'art. 2, l. 117/1988; del cancelliere e dell'ufficiale giudiziario ex art. 60 c.p.c.; del terzo acquirente del bene ipotecato secondo il comma 1 dell'art. 2864 c.c.; la responsabilità per lite temeraria di cui all'art. 96 c.p.c.; la seduzione con promessa di matrimonio; nello sviamento di clientela ecc.), sia create dalla giurisprudenza (si vedano le ipotesi delle denunce infondate e calunniose, dell'induzione all'inadempimento o della responsabilità derivante da contratto concluso in frode di terzi).

no, ma prende proprio di mira il risultato dannoso (102)), si rendono risarcibili dei pregiudizi che altrimenti, nel giudizio di bilanciamento degli interessi in conflitto, non potrebbero ricevere tale protezione. In questi casi il dolo potrà essere utilizzato non solo come criterio di imputazione della responsabilità, ma anche come criterio per esprimere un giudizio sull'ingiustizia del danno (103).

Tenuto conto che l'azione risarcitoria all'interno del gruppo familiare è uno strumento efficace non solo per la sua funzione satisfattoria e riparatoria del danno subito, ma anche perché utilizzabile in funzione generalpreventiva, onde evitare il reiterarsi dei comportamenti dannosi, un valido criterio di discriminazione fra il comportamento dannoso risarcibile e quello che rimane, invece, sottratto alla tutela apprestata dalla responsabilità civile, è quindi proprio quello dell'accertamento del dolo in capo al danneggiante, quanto meno per la riparazione di lesioni a beni non considerati preminenti nel nostro ordinamento. Al contrario di quanto avviene nel sistema del diritto di famiglia, nell'ambito del quale non rileva la volontarietà del comportamento genitoriale che viene considerato obiettivamente, per i riflessi negativi sulla personalità del figlio.

Da ultimo, circa i criteri di determinazione del *quantum* di risarcimento, in tutti i casi in cui si discute della responsabilità di un congiunto, la valutazione dei danni non può che essere effettuata con un giudizio equitativo (104). A tale proposito va precisato che il giudice dovrà in ogni caso dare conto dei criteri e degli elementi concreti che ha tenuto presente nel decidere equitativamente (105).

Note:

(102) Nella dottrina penalistica G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2006, 332 ss. Cfr. inoltre L. Picotti, *Il dolo specifico: un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993; M. Gelardi, *Il dolo specifico*, Padova, 1996.

(103) C. Salvi, voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1225; P. Cendon e L. Gaudino, *Il dolo*, in *La responsabilità civile*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, I, Torino, 1987, 82; M. Franzoni, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, 887.

(104) Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, cit.; Cass., 1 ottobre 1999, n. 10861, cit.; App. Bologna, 10 febbraio 2004, n. 307, cit.

(105) Cass., 9 maggio 2001, n. 6426, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 948; Cass., 3 luglio 1999, n. 6872, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1551.

NOVITÀ

Diritto del turismo

Trimestrale di analisi, attualità e documentazione

Direzione: Francesco Morandi, Maurizio Riguzzi

Comitato di direzione: A. Antonini, S. Busti, M. Comenale Pinto, M. Deiana, L. Del Federico, F. Delfini, G.C. De Martin, G. De Nova, P. Di Palma, V.

Franceschelli, M. Gestri, E. Gragnoli, C. Ibba, M. La Torre, G. Meloni, R. Ruozi, V. Zeno-Zencovich, S. Zunarelli

Diritto del turismo si rinnova nella veste grafica e nei contenuti per fornire ai professionisti e agli operatori del settore l'aggiornamento costante, l'approfondimento delle tematiche attuali e gli strumenti per una pronta risoluzione dei casi più frequenti emersi nella pratica della professione turistica.

Il servizio on-line, riservato esclusivamente agli abbonati è consultabile all'indirizzo www.dottrinaediritto.it. Il servizio, oltre a fornire News e Documenti originali in forma integrale, consente di consultare in anteprima l'ultimo numero di "Diritto del turismo" e i numeri pubblicati nell'ultimo anno.

I più autorevoli esperti della materia forniscono analisi operative, novità ed approfondimenti tramite contributi dal taglio pratico, corredati da esemplificazioni, box, grafici, schemi, tabelle e formule contrattuali.

Periodicità: trimestrale
Abbonamento annuale: € 80,00

Diritto del turismo si rinnova anche nella struttura, tra le nuove rubriche:

- News
- Panorama internazionale
- Il parere dell'esperto
- Speciall

Per informazioni

- Servizio Informazioni Commerciali (tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- Agente Ipsoa di zona (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsoa.it>



■ INDICE DEGLI AUTORI

Batà Antonella	
Osservatorio di giurisprudenza	511
Casaburi Geremia	
Separazione consensuale dei coniugi ed accordi patrimoniali atipici tra i coniugi: ammissibilità ed impugnazione	450
Cipriani Gaia	
La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli	518
Dalla Bontà Silvana	
Sugli effetti processuali del raggiungimento della maggiore età <i>lite pendente</i>	438
Facci Giovanni	
Infedeltà omosessuale del marito: alla moglie non spetta il risarcimento perché non vi è un danno ingiusto	483
Farolfi Filippo	
Violazione dei doveri genitoriali e legittimazione del comune, quale tutore, al risarcimento dei danni	491
Fazio Eugenio	
Assegno di divorzio e prevedibilità degli aumenti reddituali	475
Figone Alberto	
Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione	506
Lai Piergiuseppe	
Procedimenti <i>de potestate</i> e ricorso straordinario per cassazione: un'esclusione giustificata?	465
Serra Maria Luisa	
Giudizio di divorzio, tutela dei figli minori e notificazione dell'appello al pubblico ministero	456
Spirito Angelo	
Osservatorio di giurisprudenza	511

■ INDICE CRONOLOGICO

Giurisprudenza	
<i>Corte di cassazione civile</i>	
26 settembre 2007, sez. I, n. 20204	475
2 novembre 2007, SS.UU., n. 23030	463
9 novembre 2007, sez. I, n. 23379	455
22 novembre 2007, sez. I, n. 24321	446
30 novembre 2007, SS.UU., n. 25008	464
3 gennaio 2008, sez. I, n. 7	437
24 gennaio 2008, sez. I, n. 1584	511
7 marzo 2008, sez. I, n. 6196	511
<i>Corte di cassazione penale</i>	
26 febbraio 2008, SS.UU., n. 8413	512

<i>Corte d'Appello</i>	
5 giugno 2007, Brescia	481
<i>Tribunale</i>	
10 luglio 2007, Bologna	487
21 settembre 2007, Tribunale per i minorenni, Sassari	517
19 dicembre 2007, ord., Firenze	516
11 marzo 2008, Marsala	514
18 febbraio 2008, Nola	515
T.A.R. ...	
21 gennaio 2008, sez. III quater, n. 398, Lazio	499

■ INDICE ANALITICO

Assistenza familiare	
Violazione degli obblighi di assistenza in danno di più soggetti conviventi (<i>Cassazione penale, sez. un., 26 febbraio 2008, n. 8413</i>) Osservatorio	512
Violazione degli obblighi di assistenza familiare (<i>Tribunale di Nola, 18 febbraio 2008</i>) Osservatorio	515
Divorzio	
Giudizio di divorzio, tutela dei figli minori e notificazione dell'appello al pubblico ministero (<i>Cassazione civile, sez. I, 9 novembre 2007, n. 23379</i>) di M.L. Serra	455
Assegno di divorzio e prevedibilità degli aumenti reddituali (<i>Cassazione civile, sez. I, 26 settembre 2007, n. 20204</i>) di E. Fazio	475
Divorzio: revisione dell'assegno (<i>Cassazione civile, sez. I, 24 gennaio 2008, n. 1584</i>) Osservatorio	511
Minori	
Sugli effetti processuali del raggiungimento della maggiore età <i>lite pendente</i> (<i>Cassazione civile, sez. I, 3 gennaio 2008, n. 7</i>) di S. Dalla Bontà	437
Procedimenti <i>de potestate</i> e ricorso straordinario per cassazione: un'esclusione giustificata? (<i>Cassazione civile, SS.UU., 2 novembre 2007, n. 23030; Cassazione civile, SS.UU., 30 novembre 2007, n. 25008</i>) di P. Lai	463
Violazione dei doveri genitoriali e legittimazione del comune, quale tutore, al risarcimento dei danni (<i>Tribunale di Bologna, 10 luglio 2007</i>) di F. Farolfi	487
Detenzione di materiale pedopornografico (<i>Tribunale per i minorenni di Sassari, 21 settembre 2007</i>) Osservatorio	517
Procreazione	
Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione? (<i>Tar Lazio, 21 gennaio 2008, n. 398</i>) di A. Figone	499
Procreazione medicalmente assistita (<i>Tribunale di Firenze, ord. 19 dicembre 2007</i>) Osservatorio	516
Responsabilità civile	
La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli di G. Cipriani	518



Risarcimento del danno

Infedeltà omosessuale del marito: alla moglie non spetta il risarcimento perché non vi è un danno ingiusto (*Corte d'Appello di Brescia, 5 giugno 2007*) di G. Facci..... 481

Separazione

Separazione consensuale dei coniugi ed accordi patrimoniali atipici tra i coniugi: ammissibilità ed

impugnazione (*Cassazione civile, sez. I, 22 novembre 2007, n. 24321*) di G. Casaburi..... 446

Separazione personale dei coniugi: impugnazione (*Cassazione civile, sez. I, 7 marzo 2008, n. 6196*) Osservatorio 511

Successioni

Successione testamentaria (*Tribunale di Marsala, 11 marzo 2008*) Osservatorio..... 514