

## La rilevanza dell'elemento psicologico del dolo negli illeciti endo-familiari

1. Famiglia e responsabilità civile. – 2. Gli illeciti necessariamente dolosi. – 3. Gli illeciti endo-familiari come illeciti di dolo.

### 1. Famiglia e responsabilità civile

In passato, la possibilità di avanzare una pretesa risarcitoria nei confronti di un componente della famiglia si scontrava con un atteggiamento di netta chiusura, fondato su ragioni sociologiche prima che giuridiche. L'esigenza di scongiurare l'ingresso in tale luogo privilegiato degli affetti di uno strumento che avrebbe potuto moltiplicare i dissidi sussistenti, oltre che lo stesso sentire sociale per il quale quanto avveniva tra le mura domestiche doveva rimanere faccenda privata, portavano a osteggiare la ricorribilità a tale rimedio generale, con la conseguenza che – di fatto – sussisteva tra i componenti del *consortium* familiare una sorta di “immunità” alla responsabilità civile<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Questa è l'opinione di P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, pp. 438 ss. Diversamente, all'interno dei paesi di *common law* esisteva tra coniugi un'*immunity* di fonte giurisprudenziale che trovava la sua giustificazione in una finzione giuridica, la *unity of person*, per la quale con il matrimonio i coniugi diventavano una sola persona e questa persona era il marito. I *Married Women's property acts*, diretti a riconoscere la proprietà separata della donna, segnarono la fine di questa finzione. Tuttavia l'*immunity*, ormai dotata di un'autonomia concettuale tale da divenire regola a sé, continuava a trovare larga applicazione sorretta dall'esigenza di *public policy* di tutela della serenità familiare. Nel contesto statunitense-nordamericano le Corti, dopo aver inizialmente confutato tali esigenze, giunsero ad ammettere la tutela risarcitoria. Invece in Inghilterra la teoria immunitaria (*inter-pousal immunity*) veniva definitivamente meno solo con il *Law reform husband and wife act* del 1962, che di fatto concedeva ai coniugi di agire in giudizio l'uno contro l'altro “come se non fossero sposati”. Per un'accurata analisi della situazione v. C. EBENE COBELLI, *Il cammino verso l'uguaglianza tra i coniugi negli Stati Uniti di America e l'equal rights amendment*,

Quanto agli ostacoli di natura giuridica, in ossequio al tradizionale e consolidato pensiero secondo cui il diritto di famiglia sarebbe un sistema chiuso e autonomo, escluso il rimedio risarcitorio, sulla base del principio *lex specialis derogat legi generali*, si riteneva quale unica possibilità l'utilizzo degli strumenti propri e tipici<sup>2</sup>.

Non meno rilevante, in questa prospettiva, oltre alla negazione di qualsiasi rilevanza giuridica degli obblighi coniugali e genitoriali, reputati meri obblighi morali dal contenuto vago, non assistiti da previsioni sanzionatorie<sup>3</sup>, era il richiamo alla presunta completezza ed esaustività dei rimedi giusfamiliari<sup>4</sup>.

Il vero freno, tuttavia, era rappresentato dalla visione della famiglia quale istituzione caratterizzata da una struttura gerarchica e autoritaria<sup>5</sup>. La necessità di salvaguardare l'interesse superiore della famiglia, espresso dall'esigenza concreta di mantenere l'armonia, era ritenuta prevalente rispetto agli interessi del singolo e portava a negare a quest'ultimo qualsiasi azione risarcitoria verso il pregiudizio attuato dagli altri componenti<sup>6</sup>, perfino nelle ipotesi di violazione di un diritto inviolabile<sup>7</sup>.

Solamente in tempi relativamente recenti, l'evoluzione in chiave personalistica dell'ordinamento e del sistema della responsabilità civile hanno

in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, pp. 66 ss.; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1954, pp. 51 e ss. Per una ricostruzione storica, v. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, I, Oxford, 1775, p. 442.

<sup>2</sup> In questi termini: Cass., 27 maggio 1921, in *Foro it.*, 1921, I, c. 778; Cass., 6 aprile 1993, n. 4108, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Separazione di coniugi*, n. 60. In dottrina v. L. LENTINI, *Famiglia e danno esistenziale*, in *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, p. 259; A. ZACCARIA, *Adulterio e risarcimento dei danni per violazione dell'obbligo di fedeltà*, in *Fam. dir.*, 1997, p. 466.

<sup>3</sup> Questa è l'opinione di P. RESCIGNO, "Obbligazioni. (Diritto privato. Nozioni generali)", cit., p. 140. Così anche V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991, p. 117.

<sup>4</sup> In questa prospettiva v., per tutti, P. RESCIGNO, "Obbligazioni (Diritto privato. Nozioni generali)", in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 140; e, in giurisprudenza, Cass., 22 marzo 1993, n. 3367 in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Separazione di coniugi*, n. 34.

<sup>5</sup> Si veda la ricostruzione di M. BESSONE e E. ROPPO, *Il diritto di famiglia*, Torino, 1977, pp. 44 ss., e G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2002, V, 1, p. 32.

<sup>6</sup> Lo avverte E. ZANETTI VITALI, *Il principio della giuridicità degli obblighi nascenti dai rapporti familiari*, in *Scritti in memoria di G. Cattaneo*, Milano, 2002, p. 2069.

<sup>7</sup> V. Corte Cost. 11 dicembre 1964, n. 107, in *Dir. fam. pers.*, 1975, p. 1534; Cass., marzo 1957 n. 1043, in *Stato civile italiano*, 1957, p. 333. In dottrina, v. C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella costituzione italiana*, in *La costituzione italiana (saggi)*, Padova, 1954, p. 137. Alle medesime conclusioni giunge, riferendosi nello specifico alla libertà di corrispondenza, V. LOJACONO, *La potestà del marito nei rapporti personali tra coniugi*, Milano, 1963, pp. 435 ss.

permesso di considerare sotto una diversa luce il binomio “famiglia–responsabilità civile”. L’affermarsi, da un lato, della famiglia quale formazione sociale tutelata anche per il tramite dell’art. 2 cost., dall’altro, dell’idea che i componenti della famiglia sono anzitutto “persone” e, come tali titolari di situazioni esistenziali che richiedono protezione anche all’interno delle mura domestiche segna un passaggio basilare ai fini dell’ammissibilità di una pretesa risarcitoria anche nei confronti di un familiare in caso di lesione dei diritti fondamentali. Sulla scorta di tali considerazioni, non solo i giudici iniziano ad ammettere tale possibilità<sup>8</sup>, ma anche il legislatore, con l’art. 709-ter c.p.c., definitivamente segna il superamento della condizione di “immunità e privilegio” di fatto sussistente tra membri del *consortium* familiare.

Tal evoluzione ha consentito l’ingresso dell’“altro” diritto nella cattedra del diritto di famiglia<sup>9</sup>, permettendo il superamento del paradosso per il quale, se a tenere una condotta lesiva dei diritti fondamentali era un estraneo, si ammetteva la configurabilità di un fatto illecito, mentre – al contrario – se la stessa condotta era realizzata da un componente della famiglia, questo non era fonte di obbligazioni risarcitorie<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Tra le tante v. Trib. Milano, 10 febbraio 1999, in *Fam. dir.*, 2001, p. 185; Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, *ivi*, 2000, p. 159; Trib. Firenze, 13 giugno 2000, *ivi*, 2001, p. 161; Trib. Savona, 5 dicembre 2002, *ivi*, 2003, p. 248; Trib. Bassano del Grappa, 27 gennaio, 2005, *ivi*, 2006, p. 543; Trib. Roma, 27 ottobre 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 392; Cass., 1 giugno 2012, n. 8862, in *Fam. dir.*, 2013, pp. 123 ss.; Trib. Bologna, 17 dicembre 2012, in *www.plurisonline.it*; Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, *ivi*.

<sup>9</sup> In generale v. C.M. BIANCA, *I rapporti personali nella famiglia e gli obblighi di contribuzione*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Atti del Convegno di Verona 14–15 giugno 1985*, Padova, 1986, p. 75.

<sup>10</sup> Anche all’interno dell’ordinamento spagnolo l’approccio nei confronti della tutela risarcitoria per i danni cagionati da un componente della famiglia ha subito un netto cambiamento in seguito all’entrata in vigore della Costituzione. In seguito a tale momento, la famiglia non può più essere considerata un luogo all’interno del quale i diritti inviolabili dei singoli vengono sacrificati (così A.M. RODRIGUEZ GUITIAN, *Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre conyuge y daños entre los miembros de la pareja de hecho*, in *Revista de derecho patrimonial*, 2003, p. 70; E. ROCA TRIAS, *La reponsabilidad responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de conyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, in *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo millennio*, Madrid, 2000, p. 539 s., e M.T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas*, in *Daños en el derecho de familia*, a cura di J.R. De Verda y Beamonte, Navarra, 2006, p. 199). Nei medesimi termini v. D. VARGAS ARAVENA, *Danos civiles en el matrimonio*, in *La ley*, Madrid, 2009, p. 29.

Affermata la cittadinanza dell'istituto in tale ambito, occorrerebbe invece precisarne i limiti e la natura; nondimeno, per esigenze di brevità, non si può che rinviare tali riflessioni a un'altra sede<sup>11</sup>.

## 2. Gli illeciti necessariamente dolosi

Com'è noto, tra i presupposti per la tutela di cui agli artt. 2043 c.c. ss., il legislatore richiede, alternativamente, la sussistenza dei criteri di imputazione del dolo e della colpa, reputati – sulla base di una interpretazione letterale della disposizione normativa – equivalenti (c.d. principio di equivalenza tra il dolo e la colpa)<sup>12</sup>. Tale principio permette di sostenere che, all'interno del nostro ordinamento, qualsiasi pregiudizio riparabile a titolo di dolo, sarebbe tale anche in presenza di una mera condotta colposa del soggetto agente<sup>13</sup>. Mancando all'interno del Codice civile una definizione volta a chiarire il significato delle espressioni “dolo” e “colpa”, si è soliti rinviare alla definizione di cui all'art. 43 c.p., secondo la quale è presente l'elemento psicologico del dolo quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione o dell'omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azio-

<sup>11</sup> Sia consentito il rinvio a G.A. PARINI, *Rapporti genitori – figli e responsabilità civile. L'inadempimento dei doveri genitoriali nella crisi coniugale*, Roma, 2012, pp. 77 ss. (per quanto attiene alla natura della responsabilità) pp. 103 ss. (sui limiti entro i quali è possibile il ristoro del pregiudizio) e pp. 111 ss. (circa il carattere non necessariamente doloso di tali illeciti).

<sup>12</sup> Critica il principio dell'equivalenza tra dolo e colpa G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza: saggio per una teoria sull'illecito civile*, Padova, 1966, p. 180; ID., “*Culpa lata dolo aequiparatur*”, in *Riv. dir. civ.*, 1963, pp. 148 ss. Analogamente, non lo reputa realistico P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1970, pp. 141 ss., secondo il quale non si può pensare che vi sia un rapporto regola–eccezione tra gli illeciti che richiedono alternativamente l'elemento psicologico del dolo o quello della colpa e quelli che richiedono invece necessariamente il dolo. Detta soluzione non permetterebbe, infatti, un'applicazione analogica e dunque non sarebbero spiegate quelle ipotesi d'illeciti dolosi non reputati tali dalla legge, ma solo dalla giurisprudenza. Sempre secondo l'A. (pp. 340 ss.), sarebbe importante esprimere un principio di rilevanza della malizia perché così si avrebbe un mezzo per colpire, non appena i tempi fossero maturi, tutti quegli atti dannosi e volontari che non provocano attualmente l'insorgere di un'obbligazione risarcitoria, perché sconosciuti o non ancora verificati. Sul superamento dell'equivalenza tra il dolo e la colpa si vedano anche: L. GAUDINO, *Il dolo*, in *La responsabilità civile. Agg. 1988–1996*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Torino, 1997, p. 24; A. COSTANZO, *Antigiuridicità e colpevolezza*, in *La colpa nella responsabilità civile*, Torino, 2006, I, p. 156.

<sup>13</sup> Di questo avviso, *ex multis*: M. ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*<sup>8</sup>, Milano, 1965, p. 401.

ne o omissione<sup>14</sup>. Il dolo previsto dall'art. 2043 c.c. coincide, così, con il dolo generico di cui all'art. 43 c.p.<sup>15</sup>, con la conseguenza che la condotta può considerarsi dolosa se attuata con coscienza e volontà di cagionare un danno, rilevando l'intenzionalità di realizzare un fatto illecito<sup>16</sup> e ledere l'altrui diritto<sup>17</sup>.

Di contro, sempre secondo il disposto della norma citata, la colpa sussiste quando l'evento, anche se previsto, non sia dall'agente voluto, ma occorra a causa di negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline<sup>18</sup>.

Sebbene l'art. 2043 c.c. richieda indifferentemente il dolo o la colpa, senza null'altro precisare<sup>19</sup>, sussisterebbe tuttavia una categoria di illeciti non configurabili in presenza di una condotta meramente colposa<sup>20</sup>. E ciò, talvolta, per espressa previsione del legislatore, talaltra, secondo un consolidato atteggiamento giurisprudenziale.

Diversi sono gli illeciti che all'interno del nostro ordinamento sono considerati "necessariamente dolosi" (cc.dd. illeciti di dolo), perché come tali sarebbero stati costruiti dal legislatore<sup>21</sup>: così la responsabilità del proprietario per gli atti emulativi *ex art.* 833 c.c.<sup>22</sup>; del contraente in caso di

<sup>14</sup> Nei termini indicati nel testo v.: F. GROSSO, *Sulla rilevanza dei principi e norme penali in ordine a taluni aspetti dell'elemento soggettivo nell'art. 2043 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1962, p. 67; P. CENDON e L. GAUDINO, *Il dolo*, in *La responsabilità civile*, diretta da G. ALPA e M. BESSONE, Torino, 1987, I, p. 79; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, 2006, Torino, p. 128.

<sup>15</sup> Sul dolo generico in ambito penale si rinvia a G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*<sup>4</sup>, Bologna, 2004, p. 332 s.

<sup>16</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 547 s.

<sup>17</sup> L. CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003, p. 66.

<sup>18</sup> L. CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, cit., p. 67.

<sup>19</sup> La presenza del dolo è a ogni modo rilevante, giacché comporta l'applicazione di una disciplina parzialmente differente: basti pensare all'art. 1229 c.c. in base al quale sono nulle le clausole che stabiliscono limitazioni di responsabilità per dolo o colpa grave; all'art. 1917 c.c. secondo il quale è esclusa ogni copertura assicurativa verso i terzi per i comportamenti dolosi; agli artt. 943, 944, 952, 971 e 977 c.nav.

<sup>20</sup> Già G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza: saggio per una teoria sull'illecito civile*, cit., p. 172, sottolinea come vi siano illeciti, quali gli atti emulativi, per i quali l'elemento psicologico del dolo assume carattere di essenzialità.

<sup>21</sup> Sono diverse le ipotesi nelle quali il legislatore ha inteso rendere risarcibili determinati pregiudizi solamente in presenza del requisito del dolo o di quello della colpa grave, spostando in avanti la soglia della responsabilità: basti pensare agli artt. 2236 c.c., 939, terzo comma, c.c., 491 c.c., 2864 c.c.

<sup>22</sup> L'art. 833 c.c. presupporrebbe un particolare *animus nocendi*, ovvero l'esclusivo scopo di nuocere o recare molestia a altri (così G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, 2003, Roma-Bari, p. 93; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 135). In senso contrario, però, v. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino-

*dolus incidens* (art. 1440 c.c.); oppure quella del Giudice *ex art. 2*, legge 13 aprile 1988 n. 117, salve le ipotesi tassative nelle quali è chiamato a rispondere per colpa, o del terzo acquirente del bene ipotecato *ex art. 2864 c.c.*

A volte, invece, tale requisito non è previsto dalla legge, ma dalla costante giurisprudenza: così è per l'illecito derivante dalla doppia alienazione immobiliare<sup>23</sup>, per il *mobbing*<sup>24</sup>, per l'induzione all'inadempimento<sup>25</sup>, per lo spoglio a mezzo di ufficiale giudiziario<sup>26</sup>, e per gli illeciti concorrenziali, quali lo storno di dipendenti<sup>27</sup>, la denigrazione, il rifiuto di contrarre, il boicottaggio, lo sviamento di clientela<sup>28</sup>, le informazioni menzognere, il *dumping* o vendita sottocosto etc.<sup>29</sup>. Questo fenomeno è anche proprio di alcune fattispecie la cui repressione è stata modellata sulla base delle norme penali, quali la denuncia infondata<sup>30</sup> e la seduzione con promessa di matrimonio<sup>31</sup>.

Tali illeciti, generalmente, postulano la presenza di un dolo generico, inteso quale coscienza e volontà di realizzare gli elementi costitutivi della responsabilità civile<sup>32</sup>; nondimeno, in alcune ipotesi è richiesto un *quid pluris*, integrato dalla necessità di un dolo specifico, consistente in uno scopo

Napoli, s.a. ma 1970, p. 200 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile 6. La proprietà*, Milano, 1999, p. 192 s.

<sup>23</sup> Cass., 13 gennaio 1995, n. 383, in *Corr. giur.*, 1995, p. 601.

<sup>24</sup> Trib. Roma, 28 marzo 2003, in *Gius.*, 2003, p. 2599; Trib. Ravenna, 11 luglio 2002, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 223.

<sup>25</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, cit., pp. 601 ss.

<sup>26</sup> Sebbene nel rispetto di precisi presupposti: v., in particolare, Cass., 23 marzo 2004, n. 5756, in *Guida al dir.*, 2004, 19, p. 55.

<sup>27</sup> Cass., 6 maggio 1980, n. 2995, in *Riv. dir. ind.*, 1882, II, p. 157.

<sup>28</sup> Trib. Padova, 28 dicembre 1987, in *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 472.

<sup>29</sup> Sul punto, v. L. MANSANI, *Ribassi del prezzo, offerte promozionali e concorrenza sleale*, Milano, 1990, *passim*; M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, cit., p. 300.

<sup>30</sup> Trib. Modena, 15 novembre 2007, in *www.plurisonline.it*, massima redazionale 2007. In dottrina, si parla anche di dolo specifico: S. DI PINTO, *Illeciti di dolo*, in *La colpa nella responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, I, Torino, 2006, p. 299.

<sup>31</sup> Cass., 10 aprile 1991, n. 8733, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 546. In dottrina, v. S. DI PINTO, *Illeciti di dolo*, cit., p. 309; M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, cit., pp. 296 ss. *Contra*, Cass., 8 luglio 1993, n. 7493, in *Corr. giur.*, 1993, p. 1052.

<sup>32</sup> G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 178 s., secondo il quale qualora si volesse invece ancorare la nozione di dolo all'esistenza di un *animus nocendi* si restringerebbe di molto la tutela. Analogamente M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, cit., p. 296.

o una finalità peculiare e ulteriore che il soggetto agente deve mirare a raggiungere, non rilevando invece il fatto che questa realmente si realizzi<sup>33</sup>.

Parte della dottrina evidenzia che l'indispensabilità del dolo, lungi dal determinare una diminuzione della tutela del danneggiato, ne comporterebbe una più intensa<sup>34</sup>: in quei settori nei confronti dei quali la coscienza giuridica non è ancora pronta per una riprovazione sulla base della colpa, sarebbe preferibile chiamare a rispondere il soggetto che ha agito con dolo rispetto all'irresponsabilità a qualunque costo<sup>35</sup>.

La figura dell'illecito necessariamente doloso è stata impiegata in passato proprio per attirare nel campo di ciò che è rilevante sul piano aquiliano fattispecie altrimenti irrilevanti da questo punto di vista: si considerino, per esempio, i comportamenti lesivi della concorrenza, in passato considerati leciti e, attualmente, fonti di responsabilità purché la condotta sia dolosa<sup>36</sup>.

Tale scelta permetterebbe anche di attrarre nell'area del giuridicamente rilevante condotte che, altrimenti, non lo sarebbero, essendo di per sé prevalente – nel giudizio di bilanciamento – l'interesse sotteso all'agire del danneggiante<sup>37</sup>. La scelta concernente il criterio d'imputazione si orienta, infatti, nel segno del dolo quando, sulla base della gerarchia dei valori desumibili dall'ordinamento, sarebbe in posizione di supremazia l'interesse di cui è portatore il danneggiante rispetto a quello leso in capo al danneggiato, oppure laddove le prerogative esercitate dal danneggiante rientrino nel novero di quelle libertà che, ove assoggettate a comandi o imposizioni di prudenza, fi-

<sup>33</sup> In quest'ambito, si configurerebbero l'illecito conseguente al compimento di atti emulativi, nonché taluni illeciti derivanti dalla concorrenza sleale, quali il *dumping*, il boicottaggio (così P. CENDON, voce "Il dolo (intenzione nella responsabilità extra-contrattuale)", in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1991, VII, p. 38; e M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, cit., p. 297). Secondo P. DELLACHÀ, *Responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura*, in *Danno resp.*, 2008, p. 1131 s., richiederebbe il dolo specifico anche l'illecito posto in essere dai magistrati. Lo stesso vale, secondo R. PARTISANI, *Mobbing, illeciti di dolo e danno non patrimoniale da contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 268, per l'illecito derivante da *mobbing*, che per *ius receptum* esigerebbe il dolo specifico del *mobber*, che deve agire al fine di discriminare e vessare il lavoratore sino ad esercitare nei suoi confronti una vera e propria orma di coazione morale. Sul dolo specifico v. G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*<sup>4</sup>, cit., p. 332 s.

<sup>34</sup> Con riferimento al danno da *mobbing*, v. R. PARTISANI, *Mobbing, illeciti di dolo e danno non patrimoniale da contratto*, cit., p. 268.

<sup>35</sup> P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., pp. 150 ss.

<sup>36</sup> M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, cit., p. 301.

<sup>37</sup> M. FRANZONI, *L'illecito*<sup>2</sup>, cit., p. 373; C. SALVI, *La responsabilità civile*<sup>2</sup>, cit., p. 159.

nirebbero per perdere in tutto o in parte il loro valore<sup>38</sup>. In quest'ultimo caso, si accorda una "sorta d'immunità" al soggetto che cagiona il danno, giustificata dall'importanza riconosciuta all'attività svolta, reputata essenziale per i singoli o per la collettività.

Altre volte, quando ancora l'atteggiamento giurisprudenziale era ancora nel ritenere necessaria la lesione del diritto soggettivo assoluto per integrare il requisito dell'ingiustizia, l'elemento psicologico del dolo, combinato con il risultato dannoso, suppliva all'assenza del primo<sup>39</sup>.

A ben vedere, dalla disamina di tali illeciti emerge che, senza il dolo, il danno non potrebbe essere considerato ingiusto e, conseguentemente, non si avrebbe un fatto illecito, fonte di un'obbligazione risarcitoria. L'elemento della colpevolezza, infatti, andrebbe proprio a incidere sulla valutazione dell'ingiustizia, determinando così una netta interferenza tra i diversi elementi strutturali necessari per aversi illecito civile risarcibile<sup>40</sup>. In tale prospettiva, il dolo, lungi dall'integrare un mero criterio d'imputazione della responsabilità, sarebbe dunque un parametro per valutare la stessa ingiustizia del danno<sup>41</sup>.

### 3. Gli illeciti endo-familiari come illeciti di dolo

La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie riconducono gli illeciti nei confronti di un familiare tra quelli necessariamente dolosi<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> P. CENDON, *Il dolo (intenzione nella responsabilità extracontrattuale)*, cit., p. 39.

<sup>39</sup> Sottolinea tale tendenza P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 223.

<sup>40</sup> Lo avverte M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2008, pp. 298 ss. Sull'interferenza tra colpevolezza e ingiustizia v. P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., pp. 410 ss. e, spec., pp. 465 ss. Questo fenomeno è avvertito da coloro che sostengono che si debba evitare una contaminazione tra i diversi requisiti dell'illecito, in particolare tra quelli soggettivi e quelli oggettivi: così V. CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969, p. 162.

<sup>41</sup> Da ultimo, G. FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, cit., p. 376 s. Ma sulla necessità di comparare gli opposti interessi – del danneggiante e del danneggiato – ai fini della "ingiustizia" del danno anche nelle ipotesi espressamente "vietate" dal legislatore (come nell'ipotesi degli atti emulativi), v. F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato*, Nuova edizione<sup>2</sup>, II, Milano, 2014, p. 248.

<sup>42</sup> M. FRANZONI, *Antigiuridicità del comportamento e prevenzione della responsabilità civile*, cit., p. 303; L. GAUDINO, *La responsabilità civile endofamiliare*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1244; A. SPANGARO, *La responsabilità per la violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di M. Sesta, 2008, Torino, p. 127. In senso parzialmente difforme P. CENDON e G. SEBASTIO, *La crisi dell'immunity rule nei torti in famiglia*, in *Tratt. resp. civ. e pen. in fam.*, a cura di P. Cendon, III, Padova, 2004, pp. 2775 ss.,

Richiedere l'elemento psicologico del dolo per tali illeciti rispecchia la linea di tendenza secondo la quale si è utilizzato detto *escamotage* per fuoriuscire dall'ambito del giuridicamente irrilevante, considerando un cambio di orientamento eccessivo transitare dal reputare detti pregiudizi irrilevanti giuridicamente al considerarli fonte di un'obbligazione risarcitoria in presenza di un comportamento anche solo colposo.

Tra le diverse pronunce in materia, dalle quali emerge lampante detta tendenza, se ne ricorda, innanzitutto, una risalente del Tribunale di Ravenna<sup>43</sup>, la quale ha reputato la presenza dell'elemento psicologico del dolo essenziale per condannare il coniuge al risarcimento dei danni dallo stesso cagionati.

In tale prospettiva, si collocano la condanna al risarcimento dei danni di una donna che aveva indotto il partner a concludere il matrimonio unicamente in ragione dello stato di gravidanza, celandogli tuttavia la reale paternità del bambino<sup>44</sup>, e la rilevanza attribuita alla violazione del dovere di fedeltà, in relazione alla risarcibilità dei danni non patrimoniali nei limiti entro i quali il comportamento dello sposo "fedifrago" attenga a certe soglie d'intensità, tendenzialmente quelle del dolo e della colpa grave<sup>45</sup>.

Tale tendenza è condivisa da dottrina e giurisprudenza anche di altri ordinamenti, tra i quali quello spagnolo<sup>46</sup>.

secondo i quali la responsabilità civile in famiglia si distribuirebbe su tre fasce differenti. Un primo settore sarebbe affidato alla sufficienza della colpa: si tratta delle ipotesi all'interno delle quali il bene in gioco occupa uno dei primi posti della scala del sistema (integrità psicofisica, capacità procreativa, la dignità, libertà di movimento). La seconda area invece richiederebbe necessariamente il dolo, stante la diversa rilevanza della situazione violata (si pensi al benessere spirituale, al gusto per la tenerezza e la premurosità, alla riservatezza). Infine, vi sarebbe la terza area, quella dell'irresponsabilità, all'interno della quale si devono considerare le azioni o omissioni del soggetto che costituiscono una prerogativa del soggetto costituzionalmente tutelata o tale da mettere in questione libertà fondamentali dell'individuo: per esempio, la scelta in sé di separarsi o divorziare, che non determina un illecito risarcibile salvo che non sia attuata con modi crudeli al solo fine di infierire sull'altro.

<sup>43</sup> Trib. Ravenna, 25 febbraio 1970, in *Foro pad.*, 1971, I, p. 543.

<sup>44</sup> App. Milano, 12 aprile 2006, in *Resp. civ.*, 2007, p. 33.

<sup>45</sup> Trib. Venezia, 14 maggio 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, pp. 89 ss.

<sup>46</sup> Questa è l'opinione di M. GARCIA DE LEONARDO, *Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales*, in J.R. DE VERDA e BEAMONTE e altri, *Daños en el Derecho de familia*, Cizur Menor, 2006, p. 160 s. Del medesimo avviso M.B. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS e A.M. VALLEJO, *Valoración e reparación de daños entre familiares. Fundamentos para su reclamación*, Granada, 2012, pp. 98 ss. Per quanto concerne la giurisprudenza, il *Tribunal Supremo*, con sentenza 22 luglio 1999 n. 687 (STS, 22 luglio 1999, in *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1999, p. 5721), ha rigettato la domanda avanzata da un padre volta al risarcimento dei pregiudizi patrimoniali, quali l'aver dovuto per anni mantenere un bambino nell'erronea convinzione che fosse figlio proprio, e non patrimoniali, patiti a causa

Di là da queste considerazioni, diverse sono le ragioni che portano a contestare l'adagio secondo il quale, allo stato attuale, gli illeciti endofamiliari andrebbero ricondotti nell'alveo degli illeciti di dolo<sup>47</sup>.

In primo luogo, occorre evidenziare che non si tratta di fattispecie così costruite dal legislatore, non essendo ricavabile alcun elemento al riguardo dalla lettura del disposto dell'art. 709 *ter* c.p.c. Ne deriva che intendere tali pregiudizi come necessariamente dolosi significherebbe pretendere la presenza di un presupposto – la condotta dolosa – in contrasto con la disciplina generale e non sorretto da un supporto normativo che lo giustifichi.

In secondo luogo, riconoscere rilevanza ai comportamenti unicamente se connotati dell'elemento psicologico del dolo comporta lo spostamento del punto di vista dal danneggiato al danneggiante, con tutte le conseguenze e i rischi che ciò implica. Tale atteggiamento, che inevitabilmente focalizza l'attenzione sulle tinte psicologiche dell'azione o dell'omissione, trascura invero la funzione – almeno principale – del rimedio risarcitorio, consistente nel reintegrare il pregiudizio patito dalla vittima, finendo, invece, con l'attribuire una maggiore rilevanza a istanze di tipo sanzionatorio. A ciò si aggiunga che tale adagio si pone in controtendenza rispetto a quanto affermato dalla giurisprudenza costante (quanto eccessivamente inflessibile) circa l'assenza di una pur minima funzione sanzionatoria della responsabilità civile<sup>48</sup>.

A ulteriore dimostrazione di quanto si va affermando, la teoria degli illeciti di dolo, lungi dal determinare un ampliamento della categoria del giuridicamente rilevante, implica, a ben vedere, una riduzione dell'area dell'illecito mediante l'esclusione di quei fatti connotati solo dalla colpevolezza delle condotte<sup>49</sup>: se in un'ottica di maggiore protezione del danneggiato è condivisibile reputare che, in presenza di una condotta dolosa, qualora l'interesse del danneggiato e quello del danneggiante dovessero avere il medesimo peso nel giudizio di bilanciamento, l'ago della bilancia possa pendere nei confronti del primo, determinando così l'ingiustizia del danno, tutta-

dell'occultamento della reale paternità realizzato dalla convenuta per diversi anni. La domanda non è stata accolta in quanto, secondo il *Tribunal*, la moglie, non conoscendo con certezza la reale paternità del figlio, non sarebbe stata in male fede, né la sua condotta sarebbe stata caratterizzata da un intento doloso. Sulla necessità dell'elemento psicologico del dolo: AP Valencia, 2 novembre 2004, in *Aranzadi Civil*, 2004, n. 1994; AP Barcellona, 16 gennaio 2007 n. 27, JUR/2007/323682; AP Burgos, 16 febbraio 2007 n. 65, JUR/2007/217448; AP Segovia, 11 dicembre 2007, n. 213, JUR 2008/148138. *Contra*, STS, 30 giugno 2009, RJ 2009, 4590; AP León, 2 gennaio 2007, JUR/2007/59972.

<sup>47</sup> V., in particolare, M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., p. 18.

<sup>48</sup> Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1890.

<sup>49</sup> Lo osserva, condivisibilmente, M. FRANZONI, *L'illecito*<sup>2</sup>, cit., p. 390.

via, diverso ed eccessivo sarebbe considerare l'illecito necessariamente doloso al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, e dire che, in ogni caso, anche qualora l'interesse leso sia già di per sé prevalente nella comparazione, il danno non possa essere considerato ingiusto per mancanza dell'elemento psicologico del dolo.

Il danno cagionato dall'agente mediante un comportamento colposo rimarrebbe in quest'ottica a carico del danneggiato, che si troverebbe così discriminato rispetto a chi invece, avendo subito un danno a causa del comportamento di un terzo estraneo, può ottenere il risarcimento del pregiudizio anche senza i crismi del dolo.

Senza considerare che, anche laddove vi sia stato il dolo, vi sono difficoltà notevoli, dal punto di vista probatorio, nel ricostruire detto elemento per la delicatezza e particolarità del contesto in cui le condotte si realizzano, che potrebbero vanificare le pretese del danneggiato: se è vero che, in questa prospettiva, la prova dei fatti storici occorsi tra le mura domestiche già di per sé non è agevole, è altrettanto vero che, imporre l'ulteriore aggravio relativo alla prova delle tinte dolose dell'agire, determinerebbe un'eccessiva, oltre che arbitraria, complicazione per il danneggiato.

Sotto un diverso profilo, a fronte dell'espressa previsione di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., non è ulteriormente sostenibile che la cultura giuridica – allo stato attuale – non sia pronta a consentire l'ingresso all'interno dell'apparentemente tranquillo ambiente domestico del generale istituto risarcitorio. Muovendo da tali considerazioni, si evince che continuare a trincerarsi dietro all'elemento psicologico del dolo non farebbe altro che palesare l'attuale e immotivata permanenza di un "privilegio" in ambito familiare<sup>50</sup>.

Sulla scorta delle precedenti considerazioni, deve, pertanto, affermarsi che anche un comportamento connotato dalla mera colpa è sufficiente per integrare la fattispecie in esame<sup>51</sup>. Pur essendo limitato lo "spazio" riservato alla colpa in tale ambito nel quale difficilmente le cose avvengono per "erro-

<sup>50</sup> Al riguardo v. P. SALVADOR, S. RAMOS GONZÁLES e A. LUNA YERGA, *Un ojo de la cara*, in *Indret*, 2000, 3, p. 9, secondo i quali la particolarità delle relazioni familiari comporterebbe una modifica alla disciplina della responsabilità civile. I familiari, secondo gli A., in base ad un privilegio non scritto, rispondono solamente dei danni cagionati con dolo. Questo privilegio potrebbe trovare diverse giustificazioni, quali l'esigenza di evitare di incrementare i costi della genitorialità con il dovere di risarcire i danni causati al parente prossimo, poiché ciò porterebbe a risultati controproducenti.

<sup>51</sup> Ad analoghe conclusioni giunge V. PILLA, *Separazione e divorzio. Profili di responsabilità*<sup>2</sup>, Padova, 2007, p. 243. In giurisprudenza, v. Trib. Venezia, 18 aprile 2006, in *Danno resp.*, 2007, p. 579.

re»<sup>52</sup>, tuttavia sarebbe irragionevole negare a priori detta possibilità considerando la funzione del meccanismo risarcitorio, nonché il rango dei diritti lesi.

Di là dalla pretesa rilevanza del dolo sotto il versante dell'*an debeatur*, occorre altresì precisare che tale elemento psicologico incide – a ben vedere – sulla determinazione del *quantum debeatur*<sup>53</sup>. Posto che i danni cagionati da un familiare sono, nella maggior parte dei casi, non patrimoniali – categoria per la quale non è, in generale, possibile fornire la prova del concreto ammontare – il *quantum* da risarcire sarà determinato dal Giudice secondo equità, sulla base del combinato disposto di cui agli artt. 2056 e 1226 c.c.<sup>54</sup>; pur nel rispetto della funzione (almeno) prevalente del rimedio risarcitorio, tra i diversi elementi che influiscono in tale giudizio, vi è anche l'elemento psicologico del dolo<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Lo avvertono P. CENDON e G. SEBASTIO, *Lui, lei e il danno. La responsabilità civile tra coniugi*, cit., p. 158.

<sup>53</sup> V. sul punto C. FAVILLI, *Lata culpa dolo aequiparatur. Danno non patrimoniale unitario e funzione deterrente del risarcimento*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, pp. 1126 ss.

<sup>54</sup> L'incertezza deve riguardare il preciso ammontare del danno, ma non la sua esistenza che invece deve essere certa: così C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, cit., p. 165. “Ai fini del ricorso alla valutazione equitativa” – precisa nella stessa prospettiva F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato*, cit., II, p. 83 – “è necessario che il danno sia certo nella sua esistenza – quindi che sia dimostrato e accertato – e non possa essere provato nel suo preciso ammontare”.

<sup>55</sup> R. SCOGNAMIGLIO, voce “*Risarcimento del danno*”, cit., p. 13; P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 21; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, p. 310. In giurisprudenza, v. Trib. Venezia, 30 giugno 2004, in *Fam. dir.*, 2005, p. 297.