

FRANCESCO SCAGLIONE (*)

DANNO NON PATRIMONIALE
ED ILLECITO ENDOFAMILIARE
NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

ABSTRACT: The essay investigates the new forms of child protection within the system of civil liability. In particular, it is a matter of establishing if the violation of parental obligations determines contractual responsibility for non-fulfillment.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Natura relazionale dei diritti del minore nel rapporto di filiazione. – 3. Genesi giurisprudenziale della responsabilità civile da illecito genitoriale: il difficile rapporto tra gli artt. 2043 e 2059 c.c. – 4. Natura contrattuale della responsabilità del genitore per violazione dei suoi obblighi. – 5. Danno aquiliano da lesione del diritto del minore alla genitorialità.

1. — *Introduzione.*

Tra le forme di tutela della persona nell'ambito del sistema della responsabilità civile, particolare rilievo presenta quella del figlio minore di età nei confronti di condotte genitoriali lesive dei suoi diritti fondamentali.

Si tratta di condotte che la giurisprudenza ascrive alla categoria, di recente emersione, del c.d. illecito endofamiliare, contraddistinto dall'appartenenza tanto dell'autore quanto della vittima di esso alla stessa compagine familiare, nonché dal fatto di essere commesso nello svolgimento di un rapporto familiare, *sub specie* di violazione di specifici doveri familiari, coniugali o genitoriali.

Limitando il campo della nostra analisi agli illeciti genitoriali, gli è che il laboratorio giurisprudenziale, ormai da quasi un ventennio, configura queste fattispecie come illeciti aquiliani, in base alla considerazione che i diritti dei

(*) Università degli Studi di Perugia.

figli minori rientrano nel novero dei diritti fondamentali dell'individuo riconosciuti e tutelati dall'art. 2 Cost.

Si tratta, all'evidenza, di una giustificazione debole sotto il profilo strettamente dogmatico, giacché, come si vedrà, non tiene conto della peculiare natura giuridica dei diritti del minore – certamente annoverabili tra quelli di rango costituzionale – all'interno del rapporto di filiazione; questa particolare natura porta, viceversa, a ricondurre la loro tutela nell'alveo dell'art. 1218 c.c.

L'ambito di operatività dell'art. 2043 c.c. si estende, pertanto, ad altre e diverse ipotesi, impropriamente sussunte negli illeciti endofamiliari, in cui la lesione ai diritti del minore proviene da chi non ha ancora assunto la responsabilità genitoriale, come nel caso, assai frequente, di danno al minore da privazione della figura paterna derivante dal mancato riconoscimento del figlio⁽¹⁾.

La ricerca deve prendere le mosse, pertanto, dall'analisi della natura dei diritti del minore che abbia già assunto lo *status* di figlio.

2. — *Natura relazionale dei diritti del minore nel rapporto di filiazione.*

La l. n. 219/2012, di riforma della filiazione, ha inserito nel titolo IX del libro primo del codice civile l'art. 315 *bis*, che prevede espressamente, per la prima volta nel nostro ordinamento, subito dopo la proclamazione nell'art. 315 dell'unicità dello stato giuridico dei figli, ciò che può definirsi un vero e proprio statuto dei diritti del minore.

La norma *de qua*, intitolata “diritti e doveri del figlio”, enuncia i diritti del figlio al mantenimento, all'educazione e all'istruzione, il diritto all'assistenza morale (1° comma), il diritto a crescere in famiglia nonché a mantenere rapporti significativi con i parenti (2° comma) e il diritto all'ascolto (3° comma). Sul versante dei doveri del figlio, è specificato che questi «deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie

⁽¹⁾ V. *infra*, § 4.

sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa» (art. 315 *bis*, 4° comma, c.c.).

I diritti del figlio rientrano nel novero dei diritti *fondamentali*⁽²⁾ della persona, riconosciuti al minore dall'art. 30 Cost. e dall'art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁽³⁾. Essi possono inoltre definirsi diritti *inviolabili* ai sensi dell'art. 2 Cost., nel senso che, esprimendo il meta-valore della dignità umana, da un lato non possono trovare alcuna limitazione ad opera dei pubblici poteri, e, dall'altro – nei rapporti orizzontali tra privati e nel quadro di un necessario giudizio di bilanciamento di interessi – sono dotati di una tutela rafforzata attraverso il risarcimento del danno (anche) non patrimoniale⁽⁴⁾.

La concreta attuazione dei suddetti diritti è però subordinata all'accertamento dello *status filiationis*, che costituisce il necessario presupposto per l'insorgenza del rapporto giuridico di filiazione e delle connesse situazioni giuridiche soggettive in capo al minore stesso. In tale ambito, la titolarità dei

⁽²⁾ Cfr. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, p. 521 ss.; G. PALOMBELLA, *Dai diritti umani ai diritti fondamentali: sulle conseguenze di una distinzione concettuale*, in *Soc. dir.*, 2004, p. 76, secondo il quale si tratta di diritti connotati da effettività, che «non dipende solo dall'esistenza di rimedi giudiziali, bensì più profondamente dalla possibilità che essi svolgano una funzione di meta-norme fondamentali di tipo sostantivo (ossia non meramente procedurale)».

⁽³⁾ V. anche la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in tutti i Paesi firmatari (in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176), nonché la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 (ratificata in Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77). Cfr. altresì la l. 12 luglio 2011, n. 112, che, al fine di «assicurare la piena attuazione e la tutela dei diritti e degli interessi delle persone di minore età, in conformità a quanto previsto dalle convenzioni internazionali (...) nonché dal diritto dell'Unione Europea e dalle norme costituzionali e legislative nazionali vigenti» (art. 1), ha istituito, sulla falsariga di altre esperienze giuridiche europee (ad esempio, Francia, Spagna, Regno Unito), l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, le cui ampie competenze sono però sottoposte al rispetto del principio di sussidiarietà (art. 3, 2° comma), che opera nei riguardi, innanzitutto, dell'azione della magistratura.

⁽⁴⁾ Sul connotato della *inviolabilità*, v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 143 ss.; P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, p. 158 ss.; ID., *Invioabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 712 ss.

diritti del minore non è ipotizzabile prima dell'accertamento della filiazione, in via principale oppure in via incidentale (nel caso previsto dall'art. 279 c.c.), perché si tratterebbe di situazioni non azionabili in giudizio e, quindi, prive di rilevanza giuridica⁽⁵⁾.

I diritti del figlio, quindi, presupponendo l'attribuzione dello *status*, si distinguono dai diritti del minore non riconosciuto; costui, infatti, è, come ogni persona, a prescindere dalla sua età, titolare, per il fatto stesso della nascita, dei diritti della personalità, appartenenti al *genus* dei diritti soggettivi assoluti (diritto all'integrità fisica, diritto al nome, etc.). Si tratta di diritti tutelabili *erga omnes*, cui corrisponde un dovere generico di astensione dal turbarne o impedirne il godimento a carico dei consociati.

Il minore non ancora riconosciuto, è, inoltre, titolare del diritto al conseguimento dello stato di figlio, vale a dire del diritto alla genitorialità, derivante dall'art. 30 Cost.⁽⁶⁾.

Viceversa, i diritti del figlio possono definirsi diritti *relazionali*, non po-

⁽⁵⁾ Cfr., *amplius*, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 2^a ed., Torino, 2018, p. 3 ss. *Contra*, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, 5^a ed., Milano, 2014, pp. 326 e 359, secondo il quale mentre «da *titolarità sostanziale* della posizione di figlio deriva dal fatto naturale della procreazione», la *titolarità formale*, cioè «quella posizione formalmente e pubblicamente accertata che è lo *status di figlio* (...) è il presupposto per l'esercizio dei diritti connessi alla posizione di figlio». Secondo questa impostazione, gli effetti della sentenza di accertamento della paternità e maternità risalgono al momento della nascita, confermandosi «in tal modo l'idea che il rapporto di filiazione scaturisce dal fatto stesso della procreazione e che il riconoscimento e la dichiarazione giudiziale costituiscono accertamenti dello stato di figlio, attributivi della titolarità formale del rapporto di filiazione» (*ivi*, p. 391). Nello stesso senso, v. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 6^a ed., Padova, 2015, pp. 234, 370 e 468. La giurisprudenza di legittimità sembra accogliere quest'ultimo orientamento: cfr., *ex multis*, Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, in *Danno e resp.*, 2012, p. 868, (con nota di D. AMRAM, *La responsabilità civile nelle relazioni familiari. A.D. 2012*), secondo cui «l'obbligo dei genitori di mantenere i figli sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsivoglia domanda, sicché nell'ipotesi in cui, al momento della nascita, il figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, tenuto perciò a provvedere per intero al suo mantenimento, non viene meno l'obbligo dell'altro per il periodo anteriore alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, essendo sorto sin dalla nascita il diritto del figlio naturale (ora: non matrimoniale, n.d.r.) ad essere mantenuto, istruito ed educato nei confronti di entrambi i genitori».

⁽⁶⁾ V. *infra*, § 5.

tendo esistere e trovare attuazione al di fuori del rapporto di filiazione: l'individuazione certa dei poli di questo rapporto – genitore e figlio – è condizione necessaria per la nascita di questi diritti, e, quindi, *precede* il momento genetico del rapporto. In altri termini, può dirsi che il rapporto di filiazione nasce in quanto è stato preventivamente accertato lo *status* di figlio. Sotto questo profilo, i diritti del figlio non sono in alcun modo assimilabili ai diritti relativi, pur avendo in comune con essi il requisito della *intersoggettività*; questi ultimi, infatti, si caratterizzano per essere diritti soggettivi patrimoniali ove l'individuazione del creditore e del debitore è *coeva* alla nascita del rapporto obbligatorio.

Nei diritti relativi di fonte pattizia, il fatto costitutivo dell'obbligazione determina i soggetti del rapporto giuridico, i quali manifestano la loro volontà negoziale. Il rapporto contrattuale, ad esempio, nasce tra soggetti che divengono parti (in senso formale e in senso sostanziale) in virtù della stipula del contratto.

Il rapporto di filiazione, invece, riguarda soggetti il cui *status* genitoriale e filiale è stato accertato in precedenza, ed è la naturale conseguenza di questo accertamento.

Pertanto, la differenza tra il rapporto di filiazione e il rapporto obbligatorio non riguarda soltanto la natura di essi, essendo patrimonialmente neutro e indisponibile il primo, puramente patrimoniale il secondo, ma anche la genesi delle situazioni giuridiche soggettive in cui essi si articolano.

Ma v'è di più: i rapporti *de quibus* si distinguono nettamente sotto il profilo strutturale e funzionale. Infatti, mentre il rapporto obbligatorio si presenta come una relazione a struttura *fissa*, caratterizzata da una pretesa ad una prestazione determinata (cfr. art. 1346 c.c.), che soddisfi un interesse (anche non patrimoniale: art. 1174 c.c.), parimenti determinato, del creditore, il rapporto di filiazione si configura, all'opposto, come una relazione a struttura *variabile*, ove il contenuto concreto dei diritti del minore e degli obblighi genitoriali è essenzialmente *mutevole* ed indeterminabile *a priori*.

Ciò dipende dal fatto che i diritti del minore sono preordinati al soddisfacimento delle sue esigenze costantemente in evoluzione, perché intimamente legate al suo sviluppo psico-fisico, alla sua vita affettiva ed al contesto

sociale, culturale, e di maturazione epocale in cui egli vive. Queste esigenze o bisogni, che sono espressione delle *capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni* del minore (v. artt. 147 e 315 *bis*, 1° comma, c.c.), costituiscono il suo *interesse*, alla cui realizzazione è interamente funzionalizzato lo svolgimento del rapporto di filiazione⁽⁷⁾. Dell'interesse del minore si fanno portatori innanzitutto i genitori che hanno la rappresentanza legale del figlio (e la responsabilità genitoriale), ed in secondo luogo il giudice, chiamato ad intervenire tutte le volte in cui tale interesse sia lesa o pretermesso.

In questa prospettiva, il contenuto dei diritti fondamentali del minore-figlio può definirsi *elastico*, atteso che esso mira a soddisfare un interesse essenzialmente mutevole.

Al riguardo, giova rimarcare una circostanza di fondamentale rilievo, vale a dire che la pretesa del figlio verso il genitore dipende sempre, in misura più o meno ampia, dalla relazione affettiva che intercorre tra essi. Così, ad esempio, il diritto all'educazione, di cui l'istruzione costituisce un aspetto, trova attuazione attraverso un continuo e ininterrotto *feedback* o processo di retroazione tra genitore e figlio, in virtù del quale le azioni e le decisioni

⁽⁷⁾ Cfr. G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 72 ss., secondo cui «è possibile individuare almeno tre nozioni di interesse del minore: ciò che il minore ritenga costituire il proprio interesse, ovvero “la sua domanda di vita”; ciò che il genitore valuti di interesse del figlio; ciò che un soggetto esterno al rapporto di famiglia, dunque il giudice, il consulente tecnico, l'assistente sociale, considerino di interesse del minore». Il concetto di interesse del minore è sotto questo profilo, indeterminabile *a priori*: v. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86, il quale evoca, in proposito, le parole dedicate alla “fede delle femmine” da Don Alfonso nel *Così fan tutte* di Mozart e Da Ponte: l'interesse *de quo* è «come l'araba fenice, che ci sia ciascun lo dice, ove sia nessun lo sa»; ID., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 148 ss., spec. p. 150, ove l'A. ricorda che, secondo la giurisprudenza della CEDU, quando i figli minori hanno raggiunto un grado sufficiente di capacità di discernimento, «le ragioni della protezione poi eventualmente accordata sono [invece] espresse in modo concreto e individualizzato, attento alla specificità della loro condizione personale. È allora frequente che la Corte ritenga siano i minori stessi a essere i migliori interpreti del proprio interesse: attribuisce un ruolo spesso decisivo alle loro scelte e non mette comunque in dubbio che non siano eseguibili in via forzata le decisioni dell'autorità che se ne discostano». In argomento, v. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 405 ss.

del primo, *sub specie* di scelte educative, devono essere sempre orientate dagli effetti concreti che esse provocano nella vita del secondo, intensificandoli (*feedback* positivo) o attenuandoli (*feedback* negativo)⁽⁸⁾.

Il suddetto processo, peraltro, costituisce il logico corollario della propeudeicità dell'ascolto del minore da parte del genitore in ordine al corretto esercizio della funzione educativa, che forma oggetto della responsabilità genitoriale⁽⁹⁾, consentendo la realizzazione del "migliore" interesse del mi-

⁽⁸⁾ Cfr. N. SAMMARTANO, *Genitori del sì, genitori del no. Educare in famiglia*, (Effatà editrice) Cantalupa, 2010, p. 10: «L'educazione comincia quando ha inizio l'interscambio comunicativo fra i genitori e il figlio». Sul meccanismo d'azione del *feedback*, cfr. soprattutto le interessanti pagine di D.P. AUSUBEL, *Educazione e processi cognitivi. Guida psicologica per gli insegnanti*, 8ª ed., a cura di D. Costamagna, Milano (1988), rist. 2004, p. 423 ss. V. anche F. CAMBI, *Analisi della famiglia d'oggi: linee di interpretazione e di intervento*, in *Riv. it. educ. familiare*, 2/2006, p. 22 ss., spec. pp. 25-26, il quale elenca cinque massime da seguire per l'educazione ottimale del figlio: «1. gestire il rapporto genitori-figli secondo il principio dello stare-vicino, senza né trascurare né soffocare, dando la certezza sensibile ai figli che si è sempre pronti a ..., ma se sollecitati o da una situazione grave o da una richiesta: posizione difficile, da interiorizzare con cura, da gestire con riflessività rispetto al proprio stile di essere-genitori; 2. non irrigidire mai i conflitti, i contrasti, le tensioni, che sempre ci sono e sono fisiologici in un rapporto tanto basilare e tanto irrinunciabile, ma anche tanto complesso, carico di oscillazioni, sottoposto a revisioni, blocchi, rifiuti, anch'essi fisiologici per l'essere-figli; ciò è possibile mediante l'ascolto, la conversazione, il dialogo, riconoscendo proprio – con – la potenza della parola; 3. rispettare sempre l'alterità dei figli; la loro autonomia, la loro libertà, pur integrandola con interventi autorevoli di consiglio, di richiamo, di riflessione-insieme ecc., dove autorevole è tutt'altro dall'autoritario: reclama fiducia, condivisione, accordo; 4. riconoscere che il rapporto genitori-figli si gioca contemporaneamente intorno a più dispositivi, e che tale gioco è aperto e creativo, da gestire con intuizione/scelta/responsabilità connessa al caso-per-caso; e i dispositivi da miscelare sono quelli già detti: la cura, la prossemica, il sostegno, il dialogo, soprattutto, che poi reclama anche una *forma mentis* genitoriale che sia capace di pensare ironicamente (ovvero con vicinanza e distacco, secondo un libero processo interpretativo ecc.) e ludicamente (stare nel gioco complesso della crescita/autonomia con vigilanza, ma anche con "spirito di avventura"), per così dire; 5. ricordare che il rapporto genitori-figli è sempre in costruzione, sempre realizzato e sempre revocato in dubbio, sempre incompiuto e aperto; per tutte le fasi della crescita e, poi, della vita; ciò significa che va sentito e vissuto come un rapporto-problema, il che lo rende difficile, complesso, ma anche appassionante: un rapporto di e per la "costruzione umana", e di entrambi: dei genitori e dei figli». In argomento, v. lo studio fondamentale di B. BETTELHEIM, *Un genitore quasi perfetto*, Milano, 1987.

⁽⁹⁾ Cfr., per tutti, M.G. RUO, *Il curatore del minore*, Rimini, 2014, p. 124.

nore (*the best interest of the child*, secondo la locuzione di cui all'art. 3, 1° comma, della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989), vale a dire del suo *effettivo* interesse.

In altri termini, i doveri dei genitori, così come i diritti dei figli, sono conformati essenzialmente dalla qualità e dalla intensità della relazione affettiva che si instaura tra costoro all'interno del rapporto di filiazione, nonché dal contesto socio-culturale in cui si svolge la vita familiare. Se, infatti, l'affetto è la dimensione più radicale dell'essere umano, non può indagarsi l'interesse del minore senza tener conto della sua dimensione affettiva. Quest'ultima affermazione risulta confermata proprio dal tentativo del legislatore del 2012 di giuridicizzare i fatti di sentimento riguardanti il minore *sub specie* di diritto alla continuità affettiva e di diritto all'assistenza morale da parte del genitore⁽¹⁰⁾.

In ordine al diritto alla continuità affettiva, l'art. 337 *ter*, 1° comma, c.c., sancisce che «Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale». Si tratta di una norma che, a dispetto della sua collocazione sistematica⁽¹¹⁾, va intesa quale espressione di un principio generale del diritto di famiglia, quello secondo cui le relazioni familiari ove è coinvolto un minore devono essere improntate al rispetto ed al consolidamento della sua personalità *in fieri*.

⁽¹⁰⁾ Sul problema della ammissibilità di una valutazione degli atti della vita spirituale o psichica da parte del potere statale, v. A. PALAZZO, *Eros e Jus*, Milano-Udine, 2015, p. 13 ss. V., in argomento, lo studio fondamentale di A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, pp. 437-530, spec. p. 461 ss. (saggio composto per gli *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, VI, p. 315 ss.); F. GAZZONI, *Amore e diritto, ovvero sia i diritti dell'amore*, Napoli, 1994; S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2016.

⁽¹¹⁾ L'articolo è stato infatti inserito, ad opera dell'art. 55, comma 1, d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in vigore dal 7 febbraio 2014, nell'ambito delle disposizioni dedicate all'esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio (libro I, titolo IX, capo II c.c.).

Il diritto *de quo* è concettualmente inscindibile da quello alla c.d. “assistenza morale” (art. 315 *bis*, 1° comma, c.c.), del quale costituisce un presupposto che, al tempo stesso, ne vivifica il contenuto. L’assistenza morale da parte dei genitori nei riguardi del figlio minore, infatti, non può prescindere dall’esistenza di un legame empatico tra costoro.

Il diritto di famiglia, mai più che in questo campo, è debitore delle ricerche appartenenti alle neuroscienze; la moderna psichiatria infantile, infatti, ha ampiamente dimostrato che il bambino “deprivato” della cura e dell’affettività genitoriale manifesta addirittura una tendenza antisociale⁽¹²⁾.

Sotto questo profilo, può dirsi che il diritto alla continuità affettiva, così come il diritto all’assistenza morale, testimoniano anche sul piano giuridico la necessità di un rapporto di filiazione fondato sull’empatia tra genitore e figlio.

Tuttavia, trattandosi di diritti per definizione non coercibili, la loro rilevanza è soltanto negativa, nel senso che la mancanza di un rapporto empatico tra genitore e figlio comporta la violazione degli altri diritti del minore (ascolto, mantenimento, educazione e istruzione), i quali manifestano concretamente lo stato di affettività che anima il suddetto rapporto.

⁽¹²⁾ Cfr. D.W. WINNICOTT, *Sviluppo affettivo ed ambiente. Studi sulla teoria dello sviluppo affettivo*, Roma, 2013, p. 131; ID., *Il bambino deprivato. Le origini della tendenza antisociale*, Milano, 1986. In argomento, v. anche L. MURRAY, *Le prime relazioni del bambino. Dalla nascita ai due anni, i legami fondamentali per lo sviluppo*, Milano, 2015. Più in generale, gli studi di pedagogia e psicologia mostrano chiaramente l’importanza fondamentale dell’affettività nella vita e nella formazione della personalità di ciascun individuo: cfr., per tutti, F. CAMBI, *Affettività*, in *Enc. Treccani*, consultabile in *treccani.it*. «In psicologia, con il termine affettività – che deriva dal latino *affectus*, a sua volta da *afficere* “impressionare, influenzare” – si intende l’insieme dei fenomeni affettivi (sentimenti, emozioni, passioni ecc.) che caratterizzano le reazioni psichiche di un individuo. L’affettività è alla base della comunicazione umana e il suo sviluppo è una discriminante essenziale del benessere oppure del disadattamento psicologico. All’interno della tradizionale visione intellettualistica, caratterizzata dal dualismo corpo/mente, l’affettività è stata a lungo percepita come un’attività subordinata e contrapposta al pensiero cosciente. Gli studi di neurofisiologia, di psicologia e psicoanalisi hanno aperto nuove prospettive attraverso una serie di indagini volte a individuare la circolarità dinamica che connette la dimensione dell’affettività a quella della conoscenza e della coscienza». Cfr. F. SCAPARRO, *Quella guerra da evitare tra i clan delle famiglie*, in *Corriere della sera*, 12 ottobre 2012, p. 24, secondo il quale l’interesse dei figli «è la pace, cioè affetti e legami stabili e sicuri».

In questa prospettiva, il diritto del minore all'affettività (o all'amore) da parte del genitore non può considerarsi un'autonoma situazione giuridica azionabile in via principale per ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale (esistenziale) da carenza di affetto genitoriale. Quando la giurisprudenza di merito accorda questa tutela risarcitoria⁽¹³⁾, in realtà, essa riconosce implicitamente che anche gli altri diritti del figlio sono rimasti inadempiti, ed *in primis* il diritto al mantenimento, i cui legami con la dimensione affettiva del rapporto genitore-figlio sono non meno indissolubili di quello all'educazione, all'istruzione e all'ascolto. Il contenuto personale e quello patrimoniale degli obblighi genitoriali e dei diritti del figlio sono, infatti, da ritenere sempre intimamente connessi. Ciò è confermato dall'art. 8, 1° comma, l. 184/1983, che prevede la dichiarazione di stato di adottabilità dei minori «di cui sia accertata la situazione di abbandono *perché privi di assistenza morale e materiale* da parte dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio».

Del resto, come è possibile “amare” un figlio senza un dialogo costante con lui, che sorregga e rafforzi le scelte educative del genitore? Ed in che modo queste scelte, dettate da un rapporto affettivo equilibrato e maturo, possono trovare concreta attuazione, se non attraverso un mantenimento che ne esprima anche le ricadute di ordine patrimoniale? Ne consegue che è proprio il concetto di mantenimento in senso lato – non già e non solo inteso quale entità economica misurabile in via quantitativa, bensì anche e soprattutto visto come espressione della qualità della sottostante relazione affettiva col genitore – a costituire la sintesi, esteriormente percepibile, della “cura” del minore.

⁽¹³⁾ Cfr., ad esempio, Trib. Roma, 11 gennaio 2012, in *Studium iuris*, 2014, p. 877 ss., ove la madre, in proprio e nella qualità di genitore del minore, si era rivolta al Tribunale chiedendo il risarcimento del danno non patrimoniale cagionato al figlio dal padre, noto calciatore, per mancanza dell'affetto genitoriale e per inosservanza degli obblighi di assistenza educativa e psicologica. Il Tribunale di Roma, accogliendo la domanda, ha condannato il padre ad un risarcimento del danno non patrimoniale liquidato in via equitativa nella misura di 80.000 euro.

Pertanto, può dirsi che i diritti relazionali del minore rappresentano un *unicum* nel panorama delle situazioni giuridiche soggettive, trattandosi di diritti *a substrato affettivo*.

Questa prospettiva è stata, peraltro, ben presente già alla migliore dottrina del diritto di famiglia statunitense: è stata, infatti, Martha Minow, della Harvard Law School, a teorizzare per prima la categoria dei diritti relazionali dei minori al fine di sottolineare l'esistenza tra genitore e figlio di uno stretto legame di interdipendenza affettiva, contraddistinto dalla cura (*care*) e dal sostegno del primo nei confronti del secondo. Deriva l'abbandono della tradizionale concezione individualistica ed egoistica dei diritti soggettivi del minore, intesi semplicemente quali pretese giuridicamente tutelate nei confronti del genitore, a favore di un *social relational approach*, che valorizzi la suddetta peculiarità del rapporto di filiazione⁽¹⁴⁾.

In tal senso, può dirsi che l'eventuale aspetto patrimoniale dell'interesse del minore è sempre in posizione servente o strumentale rispetto alla realizzazione della personalità del figlio, che avviene innanzitutto tramite la cura dell'affettività di quest'ultimo. Questa subordinazione del contenuto patrimoniale dei diritti del figlio a quello personale è la necessaria conseguenza del carattere fondamentale di essi, e li qualifica come patrimonialmente neutri⁽¹⁵⁾. Ciò significa che i diritti relazionali del figlio, pur avendo carattere personale, possono dare luogo a pretese creditorie tutte le volte in cui venga

⁽¹⁴⁾ M. MINOW, *Rights for the Next Generation: A Feminist Approach to Children's Rights*, in *Harvard Women's Law Journal*, 19, 1986, p. 1860 ss.; ID., *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, London (Cornell University Press), 1990, p. 286. In argomento, v. anche R. ZAFRAN, *Children's Rights as Relational Rights: the Case of Relocation*, in *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 18, 2010, p. 163 ss.; P. LAUFER-UKULES, *The Relational Rights of Children*, in *Connecticut Law Review*, 48, 2016, p. 741 ss. In Italia, v., per tutti, P. RONFANI, *I diritti relazionali. Una nuova categoria di diritti*, in *Soc. dir.*, 2004, p. 107 ss.

⁽¹⁵⁾ Sui diritti patrimonialmente neutri, v. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia (2006), rist. 2011, spec. pp. 17 s. e 93 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI e F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, pp. 39 ss. e 377 ss. In materia successoria, con riferimento all'autonomia dispositiva del testatore, può osservarsi una analoga prevalenza dello stato di affettività sulle situazioni patrimoniali, nel senso che queste ultime dipendono sempre dal primo: cfr. F. SCAGLIONE, *Trust e posizione contingente dei legittimari*, in *Trusts*, 2018, p. 377 ss.

meno lo stato di affettività che li sorregge, vale a dire nell'ipotesi in cui non vengano spontaneamente attuati.

Dunque, la tipizzazione normativa dei diritti del figlio *ex art. 315 bis c.c.* costituisce una semplice indicazione dell'oggetto della responsabilità genitoriale, vale a dire della direzione che l'attività di cura del figlio deve seguire *in linea di principio*, alla luce dei valori costituzionali, per tutelare l'interesse del minore ad un equilibrato sviluppo psico-fisico. E così, il figlio deve essere mantenuto, istruito, educato, ascoltato e, soprattutto, assistito moralmente, vale a dire amato⁽¹⁶⁾.

Il legislatore però nulla stabilisce, né comunque potrebbe stabilire, in ordine al contenuto concreto dei doveri genitoriali e, quindi, dei diritti azionabili dal figlio.

Questo contenuto, infatti, è legato ad una prospettiva diacronica, restando di volta in volta condizionato dallo stato di affettività e di relazionalità che il minore manifesta nel corso della sua esistenza nei riguardi dei genitori, e che questi ultimi, reciprocamente, manifestano nei confronti del primo.

Né è da trascurare, al riguardo, l'importanza dell'ambiente in cui la relazione filiale si sviluppa naturalmente. Così, se è vero che i genitori devono mantenere il figlio, garantendogli al tempo stesso un'istruzione e un'educazione che tenga conto delle sue naturali inclinazioni e aspirazioni, è altret-

⁽¹⁶⁾ La connessione inscindibile tra capacità genitoriale di amare il figlio ed adempimento degli obblighi genitoriali è confermata espressamente dalla S.C.; cfr. Cass., 14 febbraio 2018, n. 3594, in *Foro it.*, 2018, I, c. 804: «È correttamente motivata, e pertanto incensurabile in Cassazione, la sentenza di merito che, in sede di giudizio di rinvio, ha confermato l'adottabilità di una minore, ancora in tenera età, a fronte della accertata e non emendabile inidoneità di entrambi i genitori di comprenderne i bisogni emotivi affettivi e pratici, nonostante il loro comportamento collaborativo, e pur non presentando essi caratteristiche di emarginazione sociale, culturale ed economica, inidoneità desunta, anche alla stregua di due univoche c.t.u., da precisi, plurimi e convergenti elementi di fatto (tra questi, la forte differenza di età con la minore ed anche un isolato episodio di abbandono, pur non penalmente rilevante, né fonte di pericolo per la figlia, ma valutabile, nella sua attualità, quale indice sintomatico dell'inadeguatezza genitoriale)». In tal senso, l'idoneità affettiva del genitore è un presupposto indispensabile affinché costui possa prendersi cura del minore, atteso che essa è richiesta espressamente dalla legge ai fini dell'adozione (art. 6, 2° comma, l. n. 184/1983).

tanto vero che le *modalità* di attuazione di questi obblighi variano inevitabilmente in funzione dei mezzi economici a disposizione dei genitori, del tempo che essi dedicano all'ascolto del figlio e, più in generale, del contesto sociale e culturale che influenza l'intera vita familiare; tutti fattori, questi, che certamente determinano l'ampiezza e la qualità della cura dell'interesse del minore.

Logico corollario della elasticità del contenuto dei diritti del figlio e della loro natura patrimonialmente neutra è poi, come si vedrà, la duplice configurazione dell'area del danno risarcibile al minore, patrimoniale e non patrimoniale, per violazione degli obblighi genitoriali nei suoi confronti.

Alla luce di quanto si è detto, la *relazionalità* dei diritti del figlio indica la peculiarità del rapporto di filiazione sotto il profilo della genesi, della struttura e della funzione.

In conclusione, può dirsi che i diritti del figlio sono diritti soggettivi *relazionali*, vale a dire: *a) fondamentali*, in quanto riconosciuti a livello costituzionale, interno ed europeo, oltre che a livello internazionale, per la tutela del minore e della sua personalità *in fieri*; *b) inviolabili*, non potendo subire alcuna limitazione ad opera dei pubblici poteri ed essendo, inoltre, dotati di una tutela civilistica rafforzata attraverso il risarcimento del danno (anche non patrimoniale); *c) a substrato affettivo*; *d) normativamente tipizzati, ma a contenuto concreto elastico*; *e) patrimonialmente neutri*.

3 — *Genesi giurisprudenziale della responsabilità civile da illecito genitoriale: il difficile rapporto tra gli artt. 2043 e 2059 c.c.*

Proprio all'inizio di questo secolo, la Suprema Corte, in una storica sentenza, affermò – per la prima volta – che «la condotta del genitore, tale riconosciuto a seguito di dichiarazione giudiziale, che per anni aveva ostinatamente rifiutato di corrispondere al figlio i mezzi di sussistenza, dà luogo ad una “lesione in sé” di fondamentali diritti della persona inerenti alla qualità di figlio e di minore, e conseguentemente può costituire il presupposto per una condanna al risarcimento del danno, indipendentemente dall'esistenza

di perdite patrimoniali del danneggiato».⁽¹⁷⁾

Si trattò di una svolta epocale, per due ordini di ragioni: *a) in primis*, si sancì ufficialmente la fine della tradizionale “immunità” dei rapporti familiari dalle comuni regole sulla responsabilità civile⁽¹⁸⁾; *b) in secondo luogo*, si diede ingresso nella giurisprudenza di legittimità al risarcimento del danno c.d. esistenziale⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Cass., 7-6-2000, n. 7713, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 159, con nota di M. DOGLIOTTI, *La famiglia e «l'altro diritto»: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*; in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 923, con nota di P. ZIVIZ, *Continua il cammino del danno esistenziale*; in *Danno e resp.*, 2000, p. 835, con note di P.G. MONATERI, “*Alle soglie*”: *la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, e di G. PONZANELLI, *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*; in *Foro it.*, 2001, I, 188, con nota di A. D'ADDA, *Il c.d. danno esistenziale e la prova del pregiudizio*.

⁽¹⁸⁾ Cfr., *amplius*, A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, cit., p. 587 ss.

⁽¹⁹⁾ V., per tutti, sulle origini ed i confini di questa categoria concettuale, P. CENDON, P. ZIVIZ, *Che cos'è il danno esistenziale, in personaedanno.it* (8/1/2003). Come è noto, con le quattro sentenze di San Martino dell'11 novembre 2008 (nn. 26972 e 26973, 26974, 26975, tutte in *leggiditalia.it*) le Sezioni unite della Suprema Corte avevano dichiarato l'unicità del danno non patrimoniale (nelle sue declinazioni: biologico, morale ed esistenziale), pronunciandosi, in particolare, contro il danno esistenziale quale voce autonoma di danno risarcibile. In realtà, ad oggi, le più recenti sentenze della Cassazione si sono discostate da quell'orientamento, tornando alla vecchia articolazione delle voci del danno non patrimoniale: v. Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, in *Danno e resp.*, 2018, p. 453: «In tema di risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla lesione di interessi costituzionalmente protetti, il giudice di merito, dopo aver identificato la situazione soggettiva protetta a livello costituzionale, deve rigorosamente valutare, sul piano della prova, tanto l'aspetto interiore del danno (c.d. danno morale), quanto il suo impatto modificativo “in pejus” con la vita quotidiana (il danno c.d. esistenziale, o danno alla vita di relazione, da intendersi quale danno dinamico-relazionale), atteso che oggetto dell'accertamento e della quantificazione del danno risarcibile – alla luce dell'insegnamento della Corte costituzionale (sent. n. 235 del 2014) e del recente intervento del legislatore (artt. 138 e 139 C.d.A., come modificati dalla legge annuale per il Mercato e la Concorrenza del 4 agosto 2017 n. 124) – è la sofferenza umana conseguente alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto, la quale, nella sua realtà naturalistica, si può connotare in concreto di entrambi tali aspetti essenziali, costituenti danni diversi e, perciò, autonomamente risarcibili, ma solo se provati caso per caso con tutti i mezzi di prova normativamente previsti»; Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, *ivi*, p. 456; Cass., 31 maggio 2018, n. 13770, *ivi*, tutte con nota di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di san Martino*. Cfr. anche i commenti di G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite di San Martino abbandonate progressivamente dalla terza sezione e dal legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1349 ss.; ID., *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza*

In questa prospettiva, l'illecito endofamiliare fu considerato esclusivamente quale lesione di diritti inviolabili della persona (a seconda dei casi, coniuge, convivente o figlio), non aventi rilevanza economica, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c., alla luce dell'art. 2 Cost.⁽²⁰⁾.

La S.C. ha, quindi, esteso tale lettura anche all'art. 2059 c.c., fissando il principio secondo cui la tutela risarcitoria contro il danno non patrimoniale è data, oltre che «nei casi determinati dalla legge», solo nell'ipotesi di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata⁽²¹⁾. È stato introdotto, pertanto, una sorta di “doppio binario”, secondo cui, ad un vaglio di ingiustizia del danno “generica” ex art. 2043 c.c., se ne affiancherebbe un altro, di ingiustizia “qualificata”, tutte le volte in cui venga in considerazione la lesione di un diritto della persona di rango costituzionale⁽²²⁾.

Si è trattato, però, di una inutile duplicazione di attività ermeneutica, giac-

sezione, ivi, p. 836 ss.; R. PARDOLESI, *Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e terza, ivi*, p. 1344 ss.; M. FRANZONI, *Danno evento, ultimo atto?, ivi*, p. 1337 ss.; P. CENDON, *Gemütlichkeit: dieci fragranze esistenziali in Cass. n. 7513/2018, ivi*, p. 1333 ss.; G. ALPA, *Osservazioni sull'ordinanza n. 7513 del 2018 della Corte di Cassazione in materia di danno biologico, relazionale, morale, ivi*, p. 1330 ss. V. anche Cass., 12 giugno 2018, n. 15213, in *leggiditalia.it*; Cass., 13 ottobre 2017, n. 24075, *ivi*; Cass., 19 ottobre 2016, n. 21059, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 46, con nota di G. PONZANELLI, *Danno morale, danno esistenziale e Corte di Cassazione (ivi, p. 40 ss.)*; Cass., 9 giugno 2015, n. 11851, in *leggiditalia.it*; Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Danno e resp.*, 2014, p. 363, con nota di richiami di G. PONZANELLI, R. FOFFA, e *Postilla* di R. PARDOLESI, R. SIMONE; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 396, con nota di A. GORGONI, *Il danno da perdita della vita: un nuovo orientamento della Cassazione*; in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 492, con nota di P. ZIVIZ, *Grandi speranze (per il danno non patrimoniale), ivi*, p. 380 ss.

⁽²⁰⁾ Sulla scorta di quanto affermato da Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 392, con nota di A. PULVIRENTI, *Il danno all'integrità psico-fisica (cosiddetto danno biologico) nella più recente sentenza della Corte Costituzionale*.

⁽²¹⁾ Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2271, con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, v. anche Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. it.*, 2003, p. 1777, con nota di P. CENDON, P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale)*, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. in relazione agli artt. 2 e 3 Cost.

⁽²²⁾ Cfr. F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 3^a ed., Torino, 2013, p. 65 ss.

ché, in realtà, l'art. 2059 c.c., nonostante la diversa opinione della Consulta⁽²³⁾, si rivela oggi una norma sostanzialmente inutile, che forse meriterebbe di essere abrogata⁽²⁴⁾.

La valutazione dell'ingiustizia del danno, infatti, passa necessariamente attraverso l'art. 2043 c.c., unica norma di fattispecie che configura la lesione risarcibile⁽²⁵⁾, con buona pace di quella inveterata concezione "bipolare" della responsabilità civile⁽²⁶⁾, secondo cui l'art. 2043 c.c. sarebbe applicabile solo in vista del risarcimento dei danni patrimoniali, mentre l'art. 2059 c.c. si occuperebbe di quelli non patrimoniali⁽²⁷⁾.

Ciò è la conseguenza del fatto che la originaria ragion d'essere della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c. – evitare il proliferare indiscriminato di

⁽²³⁾ Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, cit., che si appiattisce sulle posizioni di Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, citt.

⁽²⁴⁾ Per l'abolizione della norma, v. già G. SCALFI, *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute; un ripensamento della Corte costituzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1986, p. 534.

⁽²⁵⁾ Cfr. le riflessioni sull'art. 2059 c.c. di P. CENDON, P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale)*, cit., p. 1778, i quali osservano: «Sciolta ormai nell'universo a 360° della Costituzione, la norma in esame appare oggi ben altra cosa rispetto a ieri»; e, più avanti (1780), concludono: «Se, come ha sottolineato la sentenza n. 8828/2003, è l'art. 2043 che "comanda" essenzialmente rispetto all'art. 2059, non è sensato che la clausola dell'ingiustizia vada ripresa e additata quanto prima, anche sul terreno del danno morale, quale stella cometa (necessaria e sufficiente) di riferimento?». V. anche A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Morte e risurrezione di una teoria generale e monocentrica della responsabilità civile*, in *Rin. crit. dir. priv.*, 2003, p. 615 ss., spec. p. 621, secondo il quale la verifica della ingiustizia del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2043 c.c. dovrebbe riguardare tutte le ipotesi estranee alla materia penale, ossia non coperte dal riferimento all'art. 185 c.p. Sul punto, v. già la efficace sintesi della questione di G. BONILINI, *Danno morale*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 1989, p. 85.

⁽²⁶⁾ Per questa concezione, v., per tutti, C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, 2ª ed., Milano, 2005, p. 51 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 84-85, secondo cui «è irragionevole, perché non coerente con la gerarchia delle fonti e dei valori costituzionalmente tutelati, la prospettiva che riferisce il risarcimento ex art. 2043 c.c. al solo danno patrimoniale». L'A. osserva assai efficacemente, inoltre, che «il danno, in sé, è sempre patrimoniale; piuttosto, è l'interesse leso a essere patrimoniale o no». Deriva, in questa prospettiva, che l'ambito di applicazione dell'art. 2059 c.c. andrebbe ristretto, al più, al risarcimento del danno morale soggettivo con funzione sanzionatoria.

danni (non patrimoniali) alla persona liquidabili esclusivamente in via equitativa⁽²⁸⁾ – si mostra ormai piuttosto fragile e inconsistente. Se, infatti, è vero che il danno non patrimoniale non è mai, a rigore, integralmente risarcibile, ma, al più, riparabile⁽²⁹⁾ oppure ristorabile⁽³⁰⁾, si può, tuttavia, affermare che il freno alla discrezionalità giudiziale, nella fase della liquidazione secondo equità, non può provenire *ab externo* dalla tipicità delle ipotesi di risarcibilità (in senso lato) di esso⁽³¹⁾. Viceversa, è la stessa clausola di ingiustizia del danno *ex art. 2043 c.c.* a scongiurare il rischio di maldestre condanne risarcitorie, nella misura in cui si è ammesso, in modo esplicito, che l'interpretazione giudiziale non solo debba essere orientata dai valori costituzionali, ma anche filtrata dalla verifica in concreto della gravità della lesione e della serietà del danno.

L'accertamento della sussistenza o meno di questi ultimi requisiti, che

⁽²⁸⁾ Questa è la vera ragione che giustificò nel 1942 la limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale alle ipotesi di reato *ex art. 185 c.p.* Cfr. la *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile*, Roma, 1943, p. 182, n. 803: «Circa il risarcimento dei danni cosiddetti morali, ossia la riparazione o compensazione indiretta di quegli effetti dell'illecito che non hanno natura patrimoniale, si è ritenuto di non estendere a tutti la risarcibilità o la compensabilità, che l'art. 185 del codice penale pone soltanto per i reati. La resistenza della giurisprudenza a tale estensione può considerarsi limpida espressione della nostra coscienza giuridica. Questa avverte che soltanto nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo. Il nuovo codice si è pertanto limitato a dichiarare che il danno non patrimoniale deve essere risarcito (in senso largo) solo nei casi determinati dalla legge, presente o futura, e nelle forme, eventualmente diverse da una indennità pecuniaria, da essa stabilite (art. 2059)». Nelle parole del Guardasigilli, il riferimento all'intensità dell'offesa all'ordine giuridico derivante dal reato sembra richiamare una funzione nettamente sanzionatoria del risarcimento del danno non patrimoniale. Cfr. G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3^a ed., Padova, 2005, p. 652.

⁽²⁹⁾ Sulla distinzione tra risarcimento e riparazione, cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 85 ss.; M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981, p. 133 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, Padova, 1989, p. 9 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. G. GRISI, *Sviluppi sul terreno della liquidazione equitativa del danno e dintorni*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 1172.

⁽³¹⁾ In argomento, v. lo studio fondamentale di A. BARAK, *Judicial Discretion*, New Haven, 1989; trad. it., *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, 13 ss.

va condotto secondo il parametro costituito dalla «coscienza sociale in un determinato momento storico», permette al giudice di attuare un delicato «bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza»⁽³²⁾.

Ma allora, se il giudice è chiamato ad interpretare la “coscienza sociale” – in continua evoluzione – tutte le volte in cui decide se un certo evento dannoso può considerarsi risarcibile ai sensi dell’art. 2043 c.c., che spazio residua per il principio di tipicità del danno non patrimoniale? Forse che l’ancoraggio ai valori costituzionali non valga per la risarcibilità di qualsiasi tipo di danno, patrimoniale oppure non patrimoniale (e, per quest’ultimo, nelle sue varie declinazioni, che danno conto del suo concreto atteggiarsi: biologico, morale, esistenziale)? In altri termini: l’interesse “costituzionalmente protetto” non è – sempre e comunque – anche un interesse “giuridicamente rilevante”?⁽³³⁾.

In questa diversa prospettiva, va puntualizzata l’affermazione secondo cui «danno ingiusto, per l’art. 2043, è ogni danno avente per oggetto un interesse (diverso da quello del creditore) giuridicamente tutelato, e non già un qualsiasi interesse meritevole di tutela giuridica»⁽³⁴⁾. La giuridicità della tutela è, infatti, sempre espressiva della meritevolezza dell’interesse, che si desume

⁽³²⁾ Così Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., n. 3.11, secondo cui «pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.)». Sulla nozione di “coscienza sociale”, v. G. ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. dir. priv. Indica-Zatti*, 2^a ed., Milano, 2006, pp. 405-413.

⁽³³⁾ Cfr. G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *personaemercato.it/2008*: «La distinzione fra “bene costituzionalmente protetto” e “bene giuridicamente rilevante” serve a contenere le ipotesi di danno risarcibile, ma suscita perplessità quando ripropone l’idea che il danno patrimoniale può essere risarcito ai sensi dell’art. 2043 in presenza della lesione di un solo interesse giuridicamente rilevante, mentre il danno non patrimoniale è ammesso in sole ipotesi tipiche delineate da una soglia costituzionale dell’interesse protetto. Con ciò si propone una lettura della Costituzione che limita anziché ampliare le prerogative soggettive. La rilevanza ordinaria di un interesse ne giustifica il risarcimento, mentre per la tutela di un interesse non patrimoniale si dovrebbe isolare un carattere inviolabile di una situazione personale».

⁽³⁴⁾ A. DE CUPIS, *Danno (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 631.

in via interpretativa dalle norme ordinarie e dai principi generali dell'ordinamento, di rango costituzionale, in base ad un giudizio costantemente orientato dal riferimento alle circostanze del caso concreto.

D'altro canto, le norme ordinarie sono pur sempre valide ed efficaci nei limiti in cui non violino la Costituzione: deriva che qualsiasi interesse protetto da una norma civile è sempre un interesse conforme al dettato costituzionale.

Del resto, come si è bene osservato in dottrina, «dire che l'infedeltà lede la dignità del coniuge, piuttosto che il dovere sancito dall'art. 143 c.c., o che il ritardo nel sostentamento della prole lede il diritto costituzionale alla qualità di figlio, piuttosto che l'art. 147, equivale a sostenere che l'inadempimento di un contratto lede il diritto costituzionale all'iniziativa economica privata – perché, certo, priva l'altro contraente dei mezzi con cui esercitarla – o che la distruzione di un bene altrui lede la garanzia costituzionale della proprietà privata»⁽³⁵⁾.

Questa immanenza del dettato costituzionale alle norme civili è, però, il risultato di una *Drittwirkung* mediata, essendo i principi costituzionali applicati nei rapporti orizzontali tra privati attraverso la mediazione di un'interpretazione costituzionalmente orientata del codice civile e delle leggi collegate⁽³⁶⁾.

Su un piano più generale, può osservarsi come la rilevanza costituzionale di un interesse deriva dal riconoscimento, in sede di interpretazione giudiziale, che esso è espressione di valori condivisi dalla collettività e così importanti da essere stati posti a fondamento del vivere sociale, essendo recepiti nella Costituzione⁽³⁷⁾.

Ciò postula e, al tempo stesso, giustifica, una tutela civile rafforzata di questo interesse, mediante il risarcimento del danno (anche) non patrimoniale,

⁽³⁵⁾ M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2012, pp. 52-53.

⁽³⁶⁾ Cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 37 ss. Sulla teoria della *Drittwirkung*, v. E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 878 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. C. MORTATI, *Costituzione (dottr. generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 140 ss.

che mira al ristoro di pregiudizi attinenti alla sfera personale del soggetto.

L'interesse della persona, in quanto dotato di questa particolare tutela, è qualificabile come interesse *primario* dell'ordinamento.

Questa speciale rilevanza è suggellata dall'art. 2 Cost., che dà vita ad una fattispecie aperta, dal momento che il riconoscimento dell'inviolabilità dei diritti della persona si traduce in una clausola generale, la cui concretizzazione avviene in via prevalentemente interpretativa⁽³⁸⁾.

L'ambito ermeneutico è estremamente ridotto nel caso delle norme penali a tutela dell'integrità fisica e morale della persona, dove l'individuazione del reato nella fattispecie concreta è condizione necessaria e sufficiente per ritenere leso un interesse di rilevanza costituzionale. In questa ipotesi, infatti, il risarcimento del danno non patrimoniale (nelle sue varie declinazioni) è previsto già dall'art. 185, 2° comma, c.p. Si tratta di una conseguenza della natura pubblica dell'interesse protetto dalla norma, testimoniata dall'obbligatorietà dell'azione penale.

Il risarcimento del danno non patrimoniale per violazione di norme civili, viceversa, implica innanzitutto la selezione degli interessi e valori rilevanti nel caso concreto, indi il loro bilanciamento attraverso le clausole generali di ingiustizia e di correttezza, nonché alla luce del principio di ragionevolezza⁽³⁹⁾.

Selezione e bilanciamento costituiscono, pertanto, le fasi dell'interpretazione costituzionalmente orientata della norma civile, che è l'attività fondamentale del giudice. Può dirsi, allora, che l'interesse della persona può divenire – a seguito dell'interpretazione giudiziale – un interesse meritevole di una tutela civile rafforzata, che comprenda il risarcimento sia del danno patrimoniale che di quello non patrimoniale⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr. D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un'introduzione*, 2ª ed., Torino, 2015, p. 10 ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.

⁽⁴⁰⁾ Secondo queste indicazioni va perciò riletta la motivazione di Cass., 28 febbraio 2013, n. 5096, in *leggiditalia.it*, secondo cui «il danno non patrimoniale, derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, è risarcibile – sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. – anche quando non sussiste un fatto-reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge

4. — *Natura contrattuale della responsabilità del genitore per violazione dei suoi obblighi.*

L'equivoco dogmatico di fondo che è sorto in giurisprudenza, nella materia di cui ci occupiamo, è stato quello di concepire l'illecito endofamiliare quale *species* di illecito extracontrattuale, ritenuto, almeno inizialmente, produttivo di un danno *in re ipsa* (c.d. danno evento)⁽⁴¹⁾. Il percorso interpre-

consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, a tre condizioni: *a*) che l'interesse leso – e non il pregiudizio sofferto – abbia rilevanza costituzionale (altrimenti si porrebbe ad una abrogazione per via interpretativa dell'art. 2059 c.c., poiché qualsiasi danno non patrimoniale, per il fatto stesso di essere tale, e cioè di toccare interessi della persona, sarebbe sempre risarcibile); *b*) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza); *c*) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita ed alla felicità». La S.C. così conclude: «Non è risarcibile il danno non patrimoniale subito dall'utente in conseguenza dell'interruzione della somministrazione di energia elettrica addebitabile al gestore della rete di distribuzione, ove la parte non indichi, né provi, quale sia lo specifico diritto inviolabile costituzionalmente garantito, leso in modo serio dal fatto illecito».

⁽⁴¹⁾ La distinzione tra danni-evento di natura non patrimoniale (lesione dei diritti inviolabili della persona) e danni-conseguenza cadde a partire dalle citate sentenze gemelle della Cassazione nn. 8827 e 8828 del 2003, sulla scorta di Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3297. Cfr. Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit. (che si può leggere anche in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 520 ss. con commento di P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 e la "tipicità" del danno alla persona*), secondo cui «Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza, che deve essere allegato e provato». In particolare, v. il par. 4.10 della motivazione, ove, tra l'altro si afferma che «va disattesa, infatti, la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso, parlando di "danno evento". La tesi, enunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 184/1986, è stata infatti superata dalla successiva sentenza n. 372/1994, seguita da questa Corte con le sentenze gemelle del 2003. E del pari da respingere è la variante costituita dall'affermazione che nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe *in re ipsa*, perché la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo».

tativo che ha condotto i giudici di legittimità a questa conclusione⁽⁴²⁾ è ben evidenziato dall'affermazione secondo cui «la responsabilità (tra coniugi o) del genitore nei confronti del figlio, non si fonda sulla mera violazione dei doveri (matrimoniali o di quelli) derivanti dal rapporto di genitorialità, ma sulla lesione, a seguito dell'avvenuta violazione di tali doveri, di beni inerenti la persona umana, come la salute, la privacy, ecc.»⁽⁴³⁾.

In contrario, può osservarsi come la responsabilità da illecito endofamiliare non può che essere di natura contrattuale⁽⁴⁴⁾, sulla base del decisivo rilievo che la violazione dei diritti relazionali del figlio può avvenire soltanto ad opera del genitore, il quale è l'unico soggetto obbligato a darvi concreta attuazione (artt. 30 Cost. e 316 c.c.)⁽⁴⁵⁾.

In altri termini, il diritto del figlio non può essere considerato alla stessa stregua di una situazione giuridica soggettiva assoluta, talché la lesione di esso possa provenire da chiunque, al contrario di quanto avviene per il diritto alla genitorialità (acquisizione dello *status*), potenzialmente azionabile

⁽⁴²⁾ Così, ad esempio, in tema di violazione di obblighi coniugali, v. Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 365, con note di M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione arriva in Cassazione*, e di G. FACCI, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, secondo cui: «È fonte di responsabilità extracontrattuale la condotta dolosa del coniuge che, prima delle nozze, non informi il congiunto della sua incapacità *coeundi*»; Cass., 1° giugno 2012, n. 8862, *ivi*, 2013, p. 123, con nota di G. FACCI, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno: un ulteriore intervento della S.C.*: «La violazione di obblighi nascenti dal matrimonio (di fedeltà, n.d.r.) può non solo giustificare la pronuncia di addebito ma – allorché vi sia lesione di beni essenziali della vita – determinare un danno ingiusto, con conseguente risarcimento dei danni, secondo lo schema generale della responsabilità civile». In argomento, cfr. R. MARINI, *Infedeltà coniugale e danno*, in *Dir. fam.*, 2018, p. 1021 ss.

⁽⁴³⁾ Cass., 1° giugno 2012, n. 8862, cit.

⁽⁴⁴⁾ Tra i sostenitori della responsabilità contrattuale, v. A. MORACE PINELLI, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1226 ss.; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 22; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 942 ss., spec. p. 959 ss.; G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 200. Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., p. 63 e p. 352; e ID., *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, rist. 1991, p. 82, la disciplina della responsabilità contrattuale è applicabile in via analogica.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, cit., p. 55 ss.

verso chicchessia in qualità di autore della procreazione⁽⁴⁶⁾. D'altro canto, la giurisprudenza e la dottrina che continuano a sostenere la natura aquiliana della responsabilità del genitore⁽⁴⁷⁾ sono, più o meno consapevolmente, influenzate dalla difficoltà dogmatica di concepire un diritto *fondamentale e inviolabile* della persona – quello del figlio – come un diritto *unidirezionale* in quanto *relazionale*, cioè che può farsi valere soltanto nei confronti di un soggetto ed essere attuato unicamente grazie alla corretta condotta di questo⁽⁴⁸⁾.

Ma v'è di più: i diritti del figlio al mantenimento, all'istruzione, all'educazione, all'ascolto, all'assistenza morale, ecc., sono, come si è visto, non solo diritti necessariamente *interrelati*, ma anche *conformati* essenzialmente dalla condotta di entrambi i poli del rapporto, genitore e figlio, in ragione del loro comune e coesenziale *substrato affettivo*. Deriva che non è necessario andare alla ricerca dell'*ubi consistam* dell'ingiustizia del danno *ex art. 2043 c.c.*, appigliandosi alle vecchie categorie dogmatiche riconducibili alla dicotomia diritto assoluto / diritto relativo, oppure al riscoperto e generalizzante concetto jheringhiano di interesse giuridicamente rilevante⁽⁴⁹⁾: i diritti del figlio hanno una natura ben precisa e del tutto peculiare, che trova spazio esclusivamente all'interno del diritto di famiglia, ma che si inserisce perfettamente nel sistema del diritto privato generale, sfruttandone tutte le potenzialità in punto di effettività della loro tutela giuridica.

Infatti, i diritti del figlio non sono diritti patrimoniali relativi, ma diritti relazionali patrimonialmente neutri. Ciò è sufficiente per considerare come l'inadempimento dell'obbligo, personale e patrimoniale al tempo stesso, dei genitori, possa dar vita a responsabilità risarcitoria sia dei danni patrimoniali

⁽⁴⁶⁾ V. *infra*, § 5.

⁽⁴⁷⁾ In dottrina, v., per tutti, M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 464 ss.

⁽⁴⁸⁾ Ma anche i diritti fondamentali possono avere natura relativa: v. sul punto, assai chiaramente, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 10, il quale porta l'esempio dei diritti sociali, che, in quanto diritti a prestazione, sono esigibili solo verso determinati soggetti tenuti ad erogare la prestazione.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. la storica sentenza della Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1367, con nota di A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi «non più solo legittimi»*, sulla quale v. *amplius*, F. SCAGLIONE, *Ingiustizia del danno e risarcibilità della lesione di interessi legittimi*, in *Nuove autonomie*, 1999, p. 519 ss.

che di quelli non patrimoniali⁽⁵⁰⁾, senza necessità, per questi ultimi, di richiamare l'inutile feticcio dell'art. 2059 c.c.⁽⁵¹⁾.

Quest'ultima disposizione, in ogni caso, non può essere applicata al di fuori dell'ipotesi di responsabilità "del passante"⁽⁵²⁾, connessa alla lesione di una situazione giuridica soggettiva da parte di chi non intrattiene alcun rapporto giuridico individualizzato con il danneggiato. Ed è, forse, proprio la "riferibilità" dell'illecito a segnare tra responsabilità contrattuale ed aquiliana un confine, che, seppur mantiene ancora dei tratti ben visibili sul piano della differenza di disciplina (capacità dell'autore dell'illecito, onere probatorio, termine di prescrizione dell'azione giudiziale, specificità dei rimedi all'inadempimento)⁽⁵³⁾, sfuma inesorabilmente allorché ci si soffermi sull'individuazione della lesione risarcibile, che invero fonda la concreta tutela accordata dall'ordinamento alla vittima dell'illecito stesso.

⁽⁵⁰⁾ Questa essenziale duplice natura, personale e patrimoniale, dell'obbligo genitoriale (e dei diritti del figlio) non è presa in considerazione da chi esclude la natura contrattuale della responsabilità *de qua*: cfr., ad esempio, E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p.168, secondo il quale «è proprio la non patrimonialità di determinati comportamenti *dovuti* in ambito familiare a renderne netta la alterità rispetto allo schema della obbligazione e la irriducibilità al modello di responsabilità di cui all'art. 1218 c.c.». In contrario, si può osservare che l'ordinamento offre anche altre ipotesi di diritti ed obblighi a contenuto misto, personale e patrimoniale, come il diritto e l'obbligo alimentare (art. 433 c.c.).

⁽⁵¹⁾ Soprattutto, se si dà spazio alla teorica degli obblighi di protezione, quali obbligazioni senza prestazione a presidio di interessi a rilevanza personale: cfr. A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 960; G. CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno contrattuale*, in *Contratti*, 2010, p. 710. La costruzione della violazione degli obblighi genitoriali quale inadempimento di obblighi di protezione appare però, in questa peculiare fattispecie, una superfetazione dogmatica del tutto superflua: gli obblighi genitoriali hanno un contenuto misto, personale e patrimoniale, il cui inadempimento genera anche un danno non patrimoniale, la cui risarcibilità non è legata all'applicazione dell'art. 2059 c.c., ma unicamente a quella degli artt. 1218 e 1223 c.c.

⁽⁵²⁾ Cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 523. Nella dottrina tedesca, si parla, in proposito, di *Jedermann Haftung* (responsabilità del chiunque): C.W. CANARIS, *Täterschaft und Teilnahme bei culpa in contrahendo*, in AA.VV., *Freiheit und Zwang: Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte. Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger*, Bern, 1989, p. 95.

⁽⁵³⁾ Cfr. G. ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, 2^a ed., Milano, 2018, p. 30 ss.

In questa prospettiva, l'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 1218 c.c., a vantaggio del danneggiato (creditore), trova la sua ragion d'essere nel particolare rapporto giuridico in forza del quale egli si aspetta legittimamente dal danneggiante (debitore) l'adempimento dell'obbligo.

Del resto, su un piano più generale, lo stesso art. 1174 c.c., ricordando che la prestazione può rispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore, apre la via al risarcimento del danno non patrimoniale per inadempimento del contratto⁽⁵⁴⁾.

Al riguardo, l'inutilità dell'art. 2059 c.c. è ancora più evidente, confermandosi l'idea che la risarcibilità del danno non patrimoniale può ricollegarsi semplicemente all'art. 1218 c.c., senza, peraltro, aggrapparsi all'inutile *escamotage* del concorso di responsabilità contrattuale ed aquiliana, frutto degli sforzi dogmatici dettati dalla impossibilità di trovare adeguata collocazione, nel sistema del danno da inadempimento, ad una norma sul danno non patrimoniale extracontrattuale.

Infatti, l'art. 2056 c.c., secondo cui al risarcimento del danno da atto illecito si applicano le norme sul risarcimento del danno da inadempimento dell'obbligazione, non detta una regola di reciprocità in tema di responsabilità contrattuale (art. 1223 c.c.). Se ne è dedotta l'inapplicabilità dell'art. 2059 c.c. al danno contrattuale, con la conseguente esclusione della risarcibilità del danno morale⁽⁵⁵⁾.

Scegliendo la strada della responsabilità aquiliana, peraltro, come si è vi-

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., n. 4.2. In argomento, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2ª ed., Milano, 2012, p. 203 ss.; C. AMATO, *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Digesto civ., Agg.*, Torino, 2011, 302 ss.; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008; M. RABITTI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 663 ss.; M. GAZZARA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 230 ss. In argomento, v., per tutti, M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, 2ª ed. Milano, 2010, p. 555 ss.; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989, p. 125 ss. Nel sistema francese, il cumulo delle azioni non è ammesso, atteso che è ampiamente riconosciuta la risarcibilità del danno morale come conseguenza diretta dell'inadempimento: cfr. R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 155 ss.

sto⁽⁵⁶⁾, la giurisprudenza è costretta ad affermare che «non è la violazione di per sé del dovere genitoriale» ad integrare il danno ingiusto, «ma è la lesione (...) consequenziale a quella violazione, di diritti fondamentali della persona».⁽⁵⁷⁾

Viceversa, è necessario ammettere che l'art. 2059 c.c. non deve (necessariamente) applicarsi alle ipotesi di violazioni di obblighi, come quelli familiari, in cui siano coinvolti rilevanti interessi della persona. In buona sostanza, il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento può ricollegarsi direttamente all'art. 1223 c.c., che non distingue tra i tipi di danno risarcibile⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ Cass., 1 giugno 2012, n. 8862, cit.

⁽⁵⁷⁾ In tal senso, nella giurisprudenza di merito, v. almeno, quale esempio emblematico, Trib. Lecce, Sez. Maglie, 3 settembre 2008, in G. CASSANO, *Responsabilità e danno nella famiglia dopo la nuova filiazione*, Rimini, 2014, pp. 207-213. Nella fattispecie, il padre, a seguito del suicidio della moglie, aveva affidato le sue due figlie gemelle, ancora in tenera età, alle cure dei parenti, in tal modo separandole e manifestando il suo completo disinteresse verso di loro. Una volta divenute maggiorenni, le figlie avevano convenuto in giudizio il padre per sentirlo condannare a risarcire loro, ai sensi degli artt. 2043 e 2059 c.c., i danni derivanti da tutti «i disagi, le privazioni e i pregiudizi morali ed esistenziali subiti nei diciotto anni precorsi a causa dell'inadempimento del padre agli obblighi di assistenza, nella misura ritenuta di giustizia». Il Tribunale, dopo avere accertato la mancanza totale del mantenimento nonché dell'educazione e istruzione delle figlie da parte del genitore, pone l'accento sulla assenza di qualsiasi assistenza morale di esse (mancata considerazione di ogni loro bisogno affettivo) e sulla negazione del loro diritto di crescere nella famiglia di origine e di goderne del relativo calore, «che è dato non tanto e non solo dall'indispensabile assistenza materiale ed economica, ma soprattutto dalla possibilità di godere dell'apporto spirituale e morale reciproco di ciascun componente della famiglia, dalla certezza di potere trovare conforto, appoggio, suggerimenti, consigli in qualunque momento se ne presenti la necessità, dalla forza e il coraggio che provengono dalla rassicurante sensazione di non essere soli al mondo». Analogamente si è espresso, in precedenza, Trib. Venezia, 30 giugno 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 1630, con nota di P. PORRECA, *La lesione endofamiliare del rapporto parentale come fonte di danno*. In questo caso, gli obblighi genitoriali rimasti totalmente inadempiti derivavano dall'accertamento giudiziale della paternità ex art. 269 c.c., ma la soluzione è stata sempre quella della responsabilità extracontrattuale del padre per mancata assistenza morale e materiale della figlia, in aggiunta al danno non patrimoniale derivante dal reato di cui all'art. 570 c.p. (violazione degli obblighi di assistenza familiare).

⁽⁵⁸⁾ Lo afferma chiaramente la stessa Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., n. 4.7: «L'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può quindi essere riferito al

Queste indicazioni sono rafforzate dall'esame della casistica giurisprudenziale, dalla quale emerge che la risarcibilità del danno non patrimoniale è rinvenibile in tutti i casi in cui il concreto atteggiarsi dell'inadempimento conduce ad una lesione di interessi – seri e rilevanti – della persona.

E così, a proposito dell'inadempimento del contratto di lavoro subordinato, le S.U. della Cassazione hanno affermato che «l'ampia locuzione usata dall'art. 2087 c.c. (tutela della integrità fisica e della personalità morale del lavoratore)⁽⁵⁹⁾ assicura il diretto accesso alla tutela di tutti i danni non patrimoniali, e quindi non è necessario, per superare le limitazioni imposte dall'art. 2059 c.c., verificare se l'interesse leso dalla condotta datoriale sia meritevole di tutela in quanto protetto a livello costituzionale, perché la protezione è già chiaramente accordata da una disposizione del codice civile»⁽⁶⁰⁾.

In altre fattispecie, è l'indagine sulla causa concreta del contratto a svelare l'interesse non patrimoniale leso dall'inadempimento di esso: si pensi, ad esempio, alla responsabilità medica in ambito ospedaliero (nonché della struttura sanitaria) nei confronti del paziente oppure dell'istituto scolastico nei confronti dell'allievo, fattispecie già ricondotte (per quanto riguarda la responsabilità del medico, anteriormente alla l. n. 24/2017) dalla giurisprudenza alla figura del “contatto sociale qualificato”⁽⁶¹⁾ ovvero dei “con-

solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona. Ed eguale più ampio contenuto va individuato nell'art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta, riconducendo tra le perdite e le mancate utilità *anche i pregiudizi non patrimoniali* determinati dalla lesione dei menzionati diritti». Queste importanti indicazioni delle S.U., dettate in tema di inadempimento contrattuale, vanno in realtà applicate anche all'ipotesi di inadempimento degli obblighi genitoriali, per la quale, invece, la giurisprudenza continua a sostenere la tesi della responsabilità aquiliana, secondo lo schema, già ricordato (e criticabile), dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata.

⁽⁵⁹⁾ Ai sensi dell'art. 2087 c.c.: «L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

⁽⁶⁰⁾ Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Danno e resp.*, 2006, p. 852, ss.

⁽⁶¹⁾ Il termine “contatto sociale”, com'è noto, deriva dall'esperienza giuridica tedesca

tratti di protezione” (*rectius*, con effetti protettivi)⁽⁶²⁾.

ove, all'interno della categoria dei rapporti contrattuali di fatto o *faktische Vertragsverhältnisse*, individuata da Günter Haupt in un importante studio pubblicato nel 1941, sulla scia delle tesi già formulate da Wolfgang Siebert in tema di rapporto di lavoro e di società di fatto, i c.d. rapporti derivanti da contatto sociale (*kraft sozialen Kontaktes*) si contraddistinguono per l'assegnamento che una delle parti fa sulla cooperazione dell'altra per il raggiungimento del risultato previsto, in virtù dell'univoco significato che socialmente si connette al comportamento di questa. Cfr. G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, p. 9. Si tratta della celebre prolusione tenuta presso l'Università di Lipsia il 29 gennaio 1941; l'edizione più nota è però quella del 1943: G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, II, Leipzig, 1943, p. 5 ss. (v. ora l'ed. taliana a cura di G. Varanese, G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Torino, 2012). V. anche W. SIEBERT, *BGB-System und völkische Ordnung*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936, 204 ss.; ID., *Die faktische Gesellschaft*, in *Festschrift für Hedemann*, Jena, 1938, 266 ss.; ID., *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1953; P. LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis*, Tübingen, 1994. Seguendo le linee fondamentali di questa teoria, si è detto, assai efficacemente, che il concetto di “contatto sociale” opera tutte le volte in cui si sia instaurata una relazione sociale «per uno scopo non disapprovato dall'ordinamento»: Cfr. H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1942, p. 72 ss. Nella dottrina italiana, v. soprattutto Cfr. E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 355 ss.; V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milano, 1984, spec. p. 290 ss.; ID., *Rapporto di fatto*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 272 ss.; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 6. In buona sostanza, il c.d. contatto sociale viene configurato quale relazione giuridicamente rilevante idonea a generare in capo ai soggetti di essa degli affidamenti meritevoli di tutela.

⁽⁶²⁾ Si tratta della ben nota dottrina dei doveri di protezione (*Schutzpflichten*), nascenti reciprocamente a carico dei soggetti che entrano in relazione e diretti al soddisfacimento dell'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e le proprie cose da eventi lesivi (*Schutzinteresse*): cfr. Hei. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, in *Archiv civ. Praxis*, 136 (1932), p. 257 ss., spec. pp. 298-299, ove si sottolinea la pertinenza degli *Schutzpflichten* sia alla persona che al patrimonio: «Beide werden schon durch die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen privatrechtlich geschützt, die allgemeine Rechtspflichten enthalten, die allen Rechtsgenossen im Interesse des Zusammenlebens auferlegt sind. Darüber hinaus erwachsen durch die Eingehung des Schuldverhältnisses beiden Parteien besondere Rechtspflichten gegenüber der Person und dem Vermögen des Gegners. Die Pflichten ergeben sich aus der durch die Sonderbeziehung erst eröffneten besonderen Einwirkungsmöglichkeit in den fremden Rechtskreis und des durch die begründeten Vertrauensverhältnisses zur Gegenpartei. Man muss sich jedoch vor der Übertreibung hüten, als ob alle allgemeinen Rechtspflichten durch die Begründung eines Rechtsverhältnisses zu besonderen Rechtspflichten würden. Vielmehr, erscheint die negative Schutzpflicht als die Kehrseite oder Ergänzung des positive Zieles der Obligation; letzten En-

E, se nel caso del contratto tra il paziente e la struttura ospedaliera, «gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali»⁽⁶³⁾, può dirsi che, nell'ipotesi di responsabilità dell'istituto scolastico, ad essere leso è l'interesse esistenziale del minore a fruire di un modello di istruzione conforme alle scelte educative che i genitori hanno effettuato (sulla base delle capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni da lui manifestate), nel rispetto della sua sicurezza ed incolumità⁽⁶⁴⁾.

des kann nur die freie Würdigung des Einzelfalles nach Treu und Glauben ausschlaggebend sein und es wird nicht immer leicht fallen, festzustellen, ob es sich um Verletzung bloss des Schutzinteresses oder auch des Leistungsinteresses handelt, ob ein besonderes Schutzinteresse anzuerkennen ist oder nur die allgemeinen Rechtspflichten in Betracht kommen». V. anche Hans STOLL, *Il contratto e i terzi*, in S. PATTI (a cura di), *Annuario del diritto tedesco*, Milano 2000, p. 17. In particolare, la teoria tradizionale fa coincidere l'obbligazione con «l'idea di un rapporto complesso, all'interno del quale l'obbligo di prestazione è solo il nucleo fondamentale di una struttura integrata da una serie di situazioni soggettive ad esso funzionalmente connesse» (C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.); tra questi obblighi accessori emergono i doveri di protezione e gli obblighi di conservazione imposti alle parti del rapporto contrattuale per la tutela della persona e del patrimonio. Tali doveri di protezione sarebbero il risultato di una integrazione del rapporto contrattuale operata in base al principio di correttezza: cfr. M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in L. VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto a favore di terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1999, p. 151 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss., spec. p. 1354 ss.; ID., *Doveri di protezione*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1994, p. 225 ss.; S. CICCARELLO, *Doveri di protezione e valore della persona*, Milano, 1988; A. SOMMA, *L'esperienza tedesca*, in G. ALPA, A. FUSARO, M. DASSIO, A. SOMMA e F. TORIELLO (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, 2000, p. 107 ss., spec. p. 116 ss.; M. MAGGIOLIO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 248 ss.; G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 120 ss.

⁽⁶³⁾ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., n. 4.3. In argomento, v. M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 325 ss.

⁽⁶⁴⁾ Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1287, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*: «Nel caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che – quanto all'istituto scolastico – l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla

Ma si pensi anche al contratto di trasporto, ove la tutela dell'integrità fisica del trasportato è compresa tra le obbligazioni del vettore, il quale risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio (art. 1681 c.c.)⁽⁶⁵⁾.

scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruitore della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso; e che – quanto al precettore dipendente dell'istituto scolastico – tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. Ne deriva che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c., sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante». V. anche Cass., 17 febbraio 2014, n. 3612, in *Danno e resp.*, 2014, p. 900, con nota di C. DAINI, *Danno da autolesione dell'allievo (minore) di una scuola di sci*: «Nel caso di danno alla persona subito dall'allievo di una scuola di sci a seguito di caduta, la responsabilità della scuola ha natura contrattuale e pertanto, ai sensi dell'art. 1218 c.c., al creditore danneggiato spetta solo allegare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre grava sulla controparte provare l'esatto adempimento della propria obbligazione, ossia l'aver vigilato sulla sicurezza ed incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruitore della prestazione scolastica, dimostrando che le lesioni subite siano state conseguenza di circostanze autonome e non imputabili alla scuola. Tale prova può essere data anche a mezzo di presunzioni e solo se la causa resta ignota il sistema impone che le conseguenze patrimoniali negative restino a carico di chi ha oggettivamente assunto la posizione di inadempiente». Nel ribadire il principio, la S.C. ha negato la responsabilità della scuola di sci perché, tenendo conto della peculiarità dell'insegnamento impartito e del comune dato d'esperienza che non è possibile imparare a sciare senza cadere, era stato accertato che la causa della lesione subita dal minore era dovuta alla circostanza che l'allievo aveva perso l'equilibrio, cadendo indietro e sedendosi sulle code degli sci, senza che gli attacchi di sicurezza potessero aprirsi. Nello stesso senso, v. Cass., 10 maggio 2013, n. 11143, *ivi*, 2014, p. 605, con nota di A. PARZIALE, *La responsabilità dell'insegnante per danno autocagionato dall'allievo tra «contatto sociale» e causa ignota*.

⁽⁶⁵⁾ Secondo Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit., n. 4.6: «Il vettore è quindi obbligato a risarcire a titolo di responsabilità contrattuale il danno biologico riportato nel sinistro dal viaggiatore. Ove ricorra ipotesi di inadempimento-reato (lesioni colpose), varranno i principi enunciati con riferimento all'ipotesi del danno non patrimoniale da reato, anche in relazione all'ipotesi dell'illecito plurioffensivo, e sarà dato il risarcimento del danno non patrimoniale nella sua ampia accezione».

Last, but not least, va qui ricordato il danno da vacanza rovinata di cui all'art. 46 del codice del turismo (nel nuovo testo introdotto dal d.lgs. n. 62/2018)⁽⁶⁶⁾: l'inadempimento del contratto di vendita del pacchetto turistico, non consentendo l'attuazione della finalità turistica che ne qualifica la causa, genera un danno anche non patrimoniale, consistente nel disagio psichico patito dal turista, che va risarcito⁽⁶⁷⁾.

Pur con i dovuti distinguo, essendo i diritti del figlio non già relativi, ma relazionali, si può trarre dagli esempi (non esaustivi, ma di certo paradigmatici) sopra ricordati un'importante conclusione: la lesione risarcibile, nell'ipotesi di violazione degli obblighi genitoriali nei confronti dei figli non è da ascrivere alla violazione di un interesse – seppure di rilevanza costituzionale – diverso o “altro” da quello desumibile dallo stesso rapporto di filiazione.

L'interesse esistenziale del figlio viene leso, infatti, tutte le volte in cui l'obbligo di mantenerlo, istruirlo, educarlo, assisterlo moralmente, ascoltarlo,

Per risarcire il danno alla persona derivante dalla condotta del vettore, quindi, non è necessario ricorrere all'illecito aquiliano, ipotizzando un concorso di responsabilità *ex artt.* 1218 e 2043 c.c.: cfr. in tal senso, Cass., 14 luglio 2015, n. 14667, in *leggiditalia.it.*; A. FLAMINI, *Osservazioni critiche sulla responsabilità contrattuale e extracontrattuale del vettore*, in *Dir. trasporti*, 2002, p. 815 ss., spec. p. 823: «il vettore quando stipula il contratto di trasporto non si impegna soltanto a trasferire il passeggero al luogo di destinazione, ma assume l'obbligo di trasferirlo incolume e, nell'ipotesi in cui il passeggero subisca una lesione alla sua integrità fisica, il vettore è responsabile perché ha violato tale obbligo e non quello generale del *neminem laederos*»; ciò in quanto «all'inadempimento di una preesistente obbligazione non si possono applicare le norme previste per l'inadempimento del generico dovere di non ledere, quando questo si sia concretato in una precisa obbligazione contrattuale o legale».

⁽⁶⁶⁾ Art. 46 d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (così come sostituito dall'art. 1, 1° comma, d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62): «1. Nel caso in cui l'inadempimento delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto non è di scarsa importanza ai sensi dell'articolo 1455 del codice civile, il viaggiatore può chiedere all'organizzatore o al venditore, secondo la responsabilità derivante dalla violazione dei rispettivi obblighi assunti con i rispettivi contratti, oltre ed indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta. / 2. Il diritto al risarcimento si prescrive in tre anni, ovvero nel più lungo periodo per il risarcimento del danno alla persona previsto dalle disposizioni che regolano i servizi compresi nel pacchetto, a decorrere dalla data del rientro del viaggiatore nel luogo di partenza.»

⁽⁶⁷⁾ Cfr. già Cass., 11 maggio 2012, n. 7256, in *Vita not.*, 2012, p. 1400 ss.

etc. è disatteso dal genitore, vale a dire per il fatto stesso dell'inadempimento. In altri termini, l'approdo cui pervengono le S.U. della Cassazione – la risarcibilità del danno non patrimoniale – si fonda comunque sulla rilevanza costituzionale del diritto fondamentale del figlio, anche se riconosciuto da una fonte gerarchicamente subordinata come il codice civile.

La spiegazione è semplice: i diritti inviolabili del figlio *ex art. 315 bis c.c.*, infatti, hanno rilevanza costituzionale, da accertarsi però nel caso concreto, basata sulla lettura unitaria degli artt. 2 e 30 della Costituzione, e ciò a prescindere dalla natura della fonte che li prevede.

In sintesi, ciò equivale a dire che l'applicazione al rapporto di filiazione degli artt. 2 e 30 Cost. avviene attraverso la mediazione dell'art. 315 *bis c.c.*, con la conseguenza che l'inadempimento (imputabile) degli obblighi codicistici costituisce violazione di diritti fondamentali e inviolabili della persona di rango costituzionale.

L'applicazione delle norme costituzionali è, in questo caso, mediata, proprio perché i diritti del figlio riconosciuti dall'art. 315 *bis c.c.* sono conseguenti all'avvenuto accertamento dello *status filiationis*.

Si rivela ultronea, pertanto, la ricostruzione della responsabilità dei genitori nei confronti del figlio come avente natura aquiliana, vieppiù ove si osservi che il danno da violazione degli obblighi genitoriali deriva sempre da una condotta dolosa, e non semplicemente colposa, dei genitori stessi⁽⁶⁸⁾.

Tuttavia, a differenza dell'illecito aquiliano, il dolo del genitore inadempiente è presunto, proprio in ragione della tutela rafforzata che l'ordinamento offre al minore, essendo il rapporto di filiazione interamente preordinato alla soddisfazione del suo reale interesse. Sotto questo profilo, la dimostrazione della correttezza del proprio comportamento da parte del genitore, convenuto

⁽⁶⁸⁾ Cfr., sul punto, A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., p. 936: «Una diretta applicazione dell'art. 2043 c.c. si rivelerebbe infatti paradossale: da un lato la violazione del dovere familiare renderebbe superflua la ricerca del profilo di ingiustizia del danno, dall'altro il criterio della colpa sostituirebbe la mera negligenza alle violazioni degli obblighi coniugali. Ed è per evitare ciò che anche chi avalla la responsabilità extracontrattuale tende a ridurre l'ammissibilità ai casi più gravi. Ma la responsabilità extracontrattuale spogliata dei suoi requisiti, danno ingiusto e colpa, diventa un simulacro: vale solo come un nome per indicare un'azione di danni derivanti dalla violazione degli obblighi familiari».

in giudizio *ex art.* 1218 c.c., vale ad escludere in radice la sua responsabilità⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁹⁾ Sebbene gli obblighi genitoriali siano naturalmente preordinati alla tutela dei diritti fondamentali del figlio, ciò non implica, sempre e comunque, che l'interesse del minore debba prevalere su quello dei genitori o degli altri membri della famiglia. L'interesse del minore, infatti, essendo una clausola generale, prevale soltanto se sia serio e apprezzabile nella fattispecie concreta, e, dunque, se possa rinvenirsi una effettiva lesione di esso. Invero, quando si parla di violazione di obblighi genitoriali, è necessario porre l'accento sulla circostanza che il "bilanciamento" giudiziale in sede interpretativa è soprattutto tra concreti interessi, di pari dignità costituzionale, che vengono tutti necessariamente coinvolti nel giudizio volto ad individuare la responsabilità del genitore. Ed è proprio attraverso la valutazione comparativa di interessi della persona, ugualmente riconosciuti dalla Costituzione, che il giudice realizza la protezione concreta di quell'interesse ritenuto, nella situazione data, prevalente sugli altri. In questa prospettiva, il filtro interpretativo giudiziale della coscienza sociale per stabilire la gravità dell'offesa, e il conseguente bilanciamento degli interessi del danneggiato e dell'autore del danno, orientato dai principi costituzionali, non è per nulla estraneo alla responsabilità contrattuale, facendovi ingresso, innanzitutto, attraverso l'applicazione del principio di correttezza (cfr. artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c.) nonché della regola dell'importanza o gravità dell'inadempimento per la risoluzione del contratto (v. art. 1455 c.c.).

In altri termini, il giudizio di correttezza della condotta genitoriale, compiuto in via ermeneutica *a posteriori*, si risolve in una valutazione comparativa degli interessi fondamentali del genitore e del figlio.

Pertanto, se, ad esempio, il padre – disoccupato – si reca, sia pur temporaneamente, all'estero in cerca di un lavoro che garantisca al figlio un mantenimento adeguato alle inclinazioni naturali e alle aspirazioni di quest'ultimo, in tal modo sovvenendo alle necessità della famiglia, di certo non potrà essere chiamato a rispondere di inadempimento dell'obbligo di assistenza morale della prole, perché "assente" dal luogo in cui risiede il figlio minore sotto la costante cura della madre. Allo stesso modo, il genitore che non svolga più un'attività lavorativa, a causa di una sfavorevole congiuntura economica oppure di problemi di salute, non potrà considerarsi "inadempiente" all'obbligo di mantenimento del figlio, il quale lamenti la insufficienza delle risorse finanziarie atte a garantirgli il precedente tenore di vita. La correttezza della condotta genitoriale, così come quella del figlio, valutata dal giudice sempre alla luce delle circostanze del caso concreto, è, dunque, un elemento imprescindibile del giudizio di responsabilità risarcitoria. Deriva che l'assenza di un interesse del genitore serio e riconosciuto dal sistema è un indice sicuro dell'imputabilità dell'inadempimento.

Va però subito chiarito che l'inadempimento del genitore può derivare soltanto da una condotta dolosa dello stesso. Si tratta allora di verificare se, nel caso concreto, al sacrificio della posizione e delle esigenze del figlio corrisponda o meno un apprezzabile interesse del genitore, che, nella specie, potrebbe anche prevalere su quello del figlio. In altri termini, l'inviolabilità dei diritti del minore, che trova espressione nella "preminenza" del suo interesse "superiore", deve essere in ogni caso valutata in concreto, sulla base della comparazione

Viceversa, ove ciò non avvenga, l'interesse del figlio troverà completo riconoscimento, non applicandosi la limitazione di cui all'art. 1225 c.c.⁽⁷⁰⁾.

con l'interesse del genitore o, più in generale, del gruppo familiare, e, quindi, anche di eventuali altri figli, di cui il genitore si prende parimenti cura.

Secondo questo criterio interpretativo andranno ben ponderate alcune ipotesi esemplificative: il genitore deve accettare una promozione sul lavoro che allontani la famiglia dal luogo di residenza e comporti il mutamento delle condizioni di vita del figlio (cambiamento della scuola, etc.)? E se la scelta dei genitori atta a garantire ad uno dei figli un'educazione costosa, ma conforme alle sue reali inclinazioni, dovesse sacrificare – anche solo in parte – l'interesse di un altro figlio?

È evidente, in proposito, la rilevanza costituzionale degli interessi sottesi a queste fattispecie: il diritto al lavoro, nonché alla libertà di circolazione, del genitore (artt. 4 e 16 Cost.), non può cedere innanzi al mero capriccio del figlio, tutte le volte in cui il cambiamento di residenza (e della scuola) non comporti per quest'ultimo gravi disagi o turbamenti psichici, tali da pregiudicare un "sano" sviluppo della sua personalità. Allo stesso modo, non è possibile impedire che alcune scelte educative del genitore per un figlio influiscano su quelle relative ad un altro figlio, purché tale influenza non sia del tutto negativa e priva di apprezzabili giustificazioni. Ed in tal modo, secondo un criterio interpretativo di correttezza degli atti di esercizio della responsabilità genitoriale, andranno, più in generale, valutate anche i c.d. "no" del genitore alle più varie richieste del figlio, che risultano ampiamente giustificati tutte le volte in cui "aiutano a crescere" (cfr. A. PHILLIPS, *Saying no. Why it's important for you and your child*, London, 1999, trad. it., *I no che aiutano a crescere*, Milano, 2001).

Pertanto, mantenimento, educazione e istruzione, assistenza morale, ecc., non sono diritti del figlio inviolabili *in astratto* da parte del genitore, essendo la responsabilità di quest'ultimo subordinata all'accertamento, *in concreto*, dell'assenza di un'apprezzabile ragione che ha condotto ad effettuare una scelta rivelatasi dannosa per il minore. Il diritto fondamentale del figlio è inviolabile nel senso che esso postula, in forza del peculiare "spessore assiologico" dell'interesse del minore, una tutela rafforzata con la risarcibilità del danno non patrimoniale tutte le volte in cui questo diritto venga leso da una condotta genitoriale espressiva di un interesse giudicato, a seconda dei casi, non prevalente su quello del minore.

Cfr. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., pp. 430-431: «(...) Sebbene il superiore interesse del minore sia certamente da ascrivere al novero dei diritti fondamentali primari, questo non esclude che lo stesso debba in ogni caso restare soggetto a necessario bilanciamento, proprio allo scopo di scongiurare ogni possibile scivolamento verso un uso *tirannico* dello stesso (...) Per sua stessa natura ed essenza il diritto è sempre temperamento di interessi. È qui la *ratio* dello stesso principio di eguaglianza anche sostanziale, il quale non ammette che la tutela dell'interesse di un determinato soggetto possa comportare il sacrificio sistematico e incondizionato del contrapposto e meritevole interesse di altri soggetti. Non può essere che qualcuno sia, aprioristicamente, più uguale degli altri».

⁽⁷⁰⁾ Cfr. D. MESSINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 344.

Questa ricostruzione, in realtà, non contrasta con i risultati pratici cui perviene la giurisprudenza della Cassazione, la quale, pur confermando l'accoglimento dell'azione aquiliana *ex artt.* 2043 e 2059 c.c., applica poi, di fatto, la disciplina della responsabilità contrattuale. Ciò avviene attraverso l'utilizzo della prova indiretta per presunzioni, facendo il giudice ricorso alle nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (art. 115, 2° comma, c.p.c.), tutte le volte in cui si tratta di provare il danno non patrimoniale subito dal minore⁽⁷¹⁾.

In altri termini, fermo restando l'onere del danneggiato di allegare e provare gli elementi di fatto da cui desumere l'esistenza e l'entità del pregiudizio, una volta offerta la prova del fatto che viene posto alla base della presunzione, spetterà alla controparte fornire la prova contraria, in assenza della quale dovrà ritenersi dimostrata l'esistenza del danno facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali il giudice si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove⁽⁷²⁾.

La prova presuntiva del danno, infatti, implica l'esistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito, che, invece, la Cassazione ritiene sempre sussistente, anche in mancanza di prova specifica. Si tratta però di decisioni rese all'esito di giudizi sulla responsabilità aquiliana del genitore per mancato riconoscimento del figlio, atteso che, come si è visto, secondo l'opinione prevalente, i diritti del figlio e i conseguenti obblighi genitoriali sorgono già a seguito del fatto della procreazione, attribuendo efficacia retroattiva al riconoscimento⁽⁷³⁾. Le fattispecie, allora, andrebbero più correttamente inquadrare

⁽⁷¹⁾ Cfr. almeno Cass., 22 luglio 2014, n. 16557, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2149, con nota di C. BONA, *Rimborsi e risarcimenti per l'assenza paterna: tra equità e tabelle*, secondo cui il danno non patrimoniale da violazione dei doveri di mantenimento, istruzione e educazione dei genitori verso la prole può essere provato per presunzioni e facendo ricorso alle nozioni di comune esperienza.

⁽⁷²⁾ Cfr. Cass., 12 giugno 2006, n. 13546, in *Danno e resp.*, 2006, p. 843, con nota di G. PONZANELLI, *Il danno esistenziale e la Corte di cassazione*; v. anche Trib. Roma, 27 ottobre 2011, in *leggiditalia.it*.

⁽⁷³⁾ Cfr., ad esempio, Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, cit.; e Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Giur. it.*, 2014, p. 1593, con nota di B. TASSONE, *Mancato riconoscimento del*

nel danno aquiliano da lesione del diritto del minore al conseguimento dello *status*, che, come si vedrà⁽⁷⁴⁾, è fonte di responsabilità oggettiva a carico del genitore.

Sul piano risarcitorio, bisogna infine ricordare che il danno subito dal minore a causa dell'inadempimento degli obblighi genitoriali, può essere anche di natura patrimoniale, come nell'ipotesi paradigmatica di spese sostenute per il mantenimento del figlio esclusivamente o prevalentemente con i beni appartenenti al patrimonio personale del minore, di cui i genitori hanno l'usufrutto legale *ex art. 324 c.c.*

In questa fattispecie, si tratta di provare innanzi al giudice che la misura della contribuzione del figlio, attraverso l'usufrutto legale dei genitori, ai bisogni familiari (art. 315 *bis*, 4° comma, c.c.), è sproporzionata rispetto all'onere contributivo sopportato dai genitori⁽⁷⁵⁾, i quali devono concorrere al mantenimento del figlio in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo (art. 316 *bis*, 1° comma, c.c.). La prova del danno al patrimonio del minore è, quindi, nell'abuso dell'usufrutto legale sui beni del figlio da parte dei genitori, abuso da valutare sempre in relazione alle circostanze del caso concreto e che diviene fonte di responsabilità risarcitoria⁽⁷⁶⁾.

figlio naturale e danno non patrimoniale, le quali confermano le soluzioni dei giudici di merito, secondo cui il presupposto della responsabilità del padre e del conseguente diritto del figlio al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, è individuato «nella consapevolezza del concepimento». La consapevolezza «non s'identifica con la certezza assoluta derivante esclusivamente dalla prova ematologica, ma si compone di una serie d'indizi univoci, generati dall'indiscussa consumazione di rapporti sessuali non protetti all'epoca del concepimento». In realtà, secondo l'impostazione qui accolta, questa soluzione giurisprudenziale svela una responsabilità extracontrattuale oggettiva del genitore per mancato riconoscimento, vale a dire per violazione del diritto del minore al conseguimento dello *status* (*infra*, § 5).

⁽⁷⁴⁾ V. *infra*, § 5.

⁽⁷⁵⁾ In argomento, v. specialmente G. LISELLA, *Usufrutto legale e contribuzione filiale al mantenimento della famiglia*, Napoli, 2003, p. 83 ss.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Usufrutto legale*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, p. 153, il quale esattamente osserva che «l'usufrutto legale segue, in linea di principio, le vicende della potestà: si estingue o si sospende in corrispondenza alle cause

Del pari, saranno risarcibili i danni patrimoniali subiti dal minore in conseguenza di utilizzo di beni a lui appartenenti per fini diversi dal suo mantenimento, e viceversa riconducibili ad un interesse esclusivamente personale del genitore, fatte salve le sanzioni tipiche previste dal codice civile a carico di quest'ultimo (rimozione dall'amministrazione e privazione dell'usufrutto legale *ex art. 334 c.c.*).

5. — *Danno aquiliano da lesione del diritto del minore alla genitorialità.*

Si è già osservato⁽⁷⁷⁾ che il minore può qualificarsi come figlio solo rispetto al genitore che lo ha già riconosciuto o nei cui confronti è stata già accertata giudizialmente la filiazione. Viceversa, nei confronti del genitore che non lo ha riconosciuto, il minore non ha (ancora) lo *status* di figlio e, quindi, non è titolare dei diritti fondamentali che il codice civile gli riconosce, mentre è titolare di diritto al conseguimento del predetto stato. Deriva che il genitore non ha, prima dell'accertamento dello *status filiationis*, alcun obbligo in senso tecnico di mantenere, istruire, educare ed assistere moralmente il minore. Egli ha, invece, in forza dell'art. 30 Cost., il dovere giuridico, ed anche il diritto, di riconoscere il figlio, al fine di assumere la conseguente responsabilità genitoriale. L'art. 30 Cost., infatti, si riferisce al diritto-dovere *dei genitori*, e non ai diritti *dei figli*. Esso garantisce il diritto dei genitori di prendersi cura della prole, ma sancisce anche e innanzitutto il dovere giuridico di esercitare sui figli la responsabilità genitoriale, attraverso il loro riconoscimento, che è un atto di autoresponsabilità.

Pertanto, la domanda di mantenimento esperita dal figlio minore, rap-

che l'ordinamento individua quali presupposti per l'estinzione o per la sospensione della potestà, determinando anche la concentrazione della situazione in capo a uno soltanto dei genitori usufruttuari se la causa estintiva o sospensiva della potestà colpisca uno soltanto di essi». Pertanto, come detto nel testo, l'abuso dell'usufrutto legale da parte dei genitori è fonte di responsabilità per inadempimento dell'obbligo di mantenimento, non già causa di estinzione dell'usufrutto (art. 1015 c.c.).

⁽⁷⁷⁾ *Supra*, § 2.

presentato da uno dei genitori o da un curatore speciale *ex art.* 78 c.p.c.⁽⁷⁸⁾, oppure esperita dal figlio ormai divenuto maggiorenne, nei confronti del genitore che non lo ha riconosciuto spontaneamente, potrà riguardare, tecnicamente, soltanto le somme dovute dal momento dell'accertamento della filiazione.

Autonoma e diversa, invece, per *causa petendi e petitum*, rispetto alla domanda di mantenimento, è la domanda di risarcimento dei danni subiti dal figlio in conseguenza della condotta omissiva illecita del genitore che non lo ha riconosciuto⁽⁷⁹⁾, condotta che ha causato un danno non patrimoniale (e, in alcuni casi, anche patrimoniale), consistente nella lesione del diritto del figlio alla genitorialità, cioè al conseguimento dello *status*. Il diritto alla genitorialità è il diritto del minore all'acquisizione dello *status* di figlio. Si tratta di un diritto inviolabile del minore emergente dalla lettura unitaria degli artt. 2 e 30 Cost., che deriva in capo al minore dal fatto della nascita e si configura quale diritto al conseguimento dello stato di figlio e del relativo rapporto filiale con il genitore. Questa situazione giuridica è prodromica all'accertamento diretto dello *status filiationis*, originato da un atto di auto-responsabilità dei genitori o di uno di essi oppure dal provvedimento del

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Trib. Varese, 12 febbraio 2013, in *leggiditalia.it*: «Il giudice, nel suo prudente apprezzamento e previa adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, può sempre procedere alla nomina di un curatore speciale in favore del fanciullo, avvalendosi della disposizione dettata dall'art. 78 c.p.c., che non ha carattere eccezionale, ma costituisce piuttosto un istituto che è espressione di un principio generale, destinato ad operare ogni qualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace. La nomina *de qua* prescinde da una istanza di parte, posto che l'art. 9 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77, stabilisce che, nei procedimenti riguardanti un minore, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti *motu proprio*. Nemmeno può dubitarsi circa l'opportunità di adottare scelte giudiziali meglio modellate sull'esigenza di tutela del minore (secondo il dizionario internazionale: cd. accomodamenti procedurali). Come è noto, la Corte EDU ha proprio condannato l'Italia, nella gestione dei conflitti genitoriali aventi ad oggetto minori, per la natura delle misure adottate, giudicate "stereotipate ed automatiche" (C. EDU, 29-1-2013, *Lombardo c. Italia*; Id., 2-11-2010, *P. c. Italia*)».

⁽⁷⁹⁾ Cfr., in tal senso, Cass., 3 settembre 2013, n. 20137, in *leggiditalia.it*.

giudice, da cui discende l'acquisto dei diritti fondamentali del figlio previsti dall'art. 315 *bis* c.c. Sotto questo profilo, nascita e accertamento dello *status* costituiscono i due elementi di una fattispecie a formazione progressiva, il cui completamento comporta l'acquisto dei diritti fondamentali da parte del minore, ormai divenuto a pieno titolo figlio. Deriva che il dovere dei genitori di prendersi cura della prole, sancito dagli artt. 147 e 316 *bis* c.c., nasce solo a seguito dell'accertamento della filiazione. Nella fase anteriore all'accertamento dello *status*, invero, esiste soltanto, come si è detto, un dovere giuridico di riconoscere il figlio, come prescrive l'art. 30, 1° comma, Cost., secondo cui: «È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio»⁽⁸⁰⁾. In questa fase, pertanto, il genitore che non ha riconosciuto il figlio o nei cui confronti non è stata ancora dichiarata giudizialmente la paternità o la maternità, può spontaneamente adempiere ad un'obbligazione naturale nei confronti del minore *ex art.* 2034 c.c, ferma restando però la responsabilità a suo carico derivante dalla violazione del dovere di riconoscere il figlio.

Orbene, essendo l'accertamento della filiazione necessariamente preliminare alla titolarità dei diritti del minore verso il genitore, è indispensabile tutelare l'interesse del primo all'attribuzione dello *status*. L'esistenza nel nostro

⁽⁸⁰⁾ *Contra*, v. M. PALADINI, *L'illecito dei genitori nei confronti dei figli*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 489, secondo il quale «se fosse vera la tesi della obbligatorietà del riconoscimento del figlio naturale, non si vede perché il Codice non l'abbia sancita espressamente e, anzi, abbia preferito un'espressione letterale chiaramente attributiva al genitore della mera *facoltà* di riconoscimento»; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 182 ss.: «Il mancato riconoscimento non è dunque un comportamento in sé antiggiuridico, ma può configurarsi quale coelemento della fattispecie dell'illecito aquiliano, a condizione però che nella concreta situazione costituisca un comportamento omissivo produttivo di un danno ingiusto in capo al figlio; danno che potrà essere patrimoniale (consistente, ad esempio, nel più basso tenore di vita e nelle opportunità correlate andate perdute a causa del mancato contributo del convenuto al mantenimento del figlio) ma anche non patrimoniale perché riferibile alla lesione del diritto alle relazioni familiari ed in particolare all'affettività genitoriale». Ma la formulazione dell'art. 30 Cost. non lascia spazio a diverse interpretazioni: per essere tenuti, in forza di un dovere giuridico di rilievo costituzionale, a mantenere, istruire ed educare i figli, i genitori devono prima riconoscerli, al fine di esercitare la responsabilità genitoriale su di essi.

ordinamento del diritto alla genitorialità è, peraltro, un corollario che si trae dalla statuizione dei doveri genitoriali di mantenere, istruire ed educare i figli non solo ad opera dell'art. 30, 1° comma, Cost., ma anche dell'art. 316 *bis*, 1° comma, c.c. Infatti, il dovere dei genitori di prendersi cura dei figli comporta il diritto del minore ad ottenere il riconoscimento della filiazione.

Il genitore che non riconosce il figlio, pertanto, è responsabile di un illecito extracontrattuale omissivo⁽⁸¹⁾; si tratta di un illecito che, a rigore, si colloca al di fuori della categoria degli illeciti endofamiliari, la quale, come si è visto, comprende quegli illeciti commessi dai membri di un nucleo familiare nei confronti di altri soggetti facenti parte della stessa comunità. Infatti, sino all'accertamento della filiazione, il genitore biologico non è legato da alcun rapporto di parentela col minore.

Ma l'illecito danneggia anche il genitore che, invece, ha già riconosciuto il figlio, perché lede il suo diritto a prendersi cura del minore, con il sostegno – morale e materiale – dell'altro genitore (diritto alla genitorialità condivisa)⁽⁸²⁾.

⁽⁸¹⁾ Cfr., ad esempio, *ex multis*, nella giurisprudenza di merito, Trib. Matera, 7 dicembre 2017, n. 1370, in *Foro it.*, 2018, 1, I, c. 305; Trib. Milano, 13 marzo 2017, in *Fam. e dir.*, 2018, p. 397, con nota di A. SCALERA, *Il danno da deprivazione della figura paterna: alcune incertezze applicative*; Trib. Sulmona, 26 novembre 2012, in *Foro it.*, 2013, I, c. 689. Nella giurisprudenza di legittimità, v., ad esempio, Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, cit.; Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, cit.

⁽⁸²⁾ Questa lesione del diritto alla genitorialità condivisa può essere cagionata anche da una condotta assunta da uno dei genitori posteriormente all'accertamento della filiazione, come nel caso in cui, a seguito della separazione tra coniugi, il genitore affidatario neghi all'altro il diritto di visita del minore: cfr. Trib. Roma, 3 settembre 2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 1327, con nota di C. DINI, *Tutela risarcitoria della posizione genitoriale e danno endofamiliare*: «La gravissima compromissione dei rapporti affettivi del genitore verso il figlio minore, cagionata dall'altro genitore attraverso l'interruzione di ogni apprezzabile relazione per un lungo periodo, integra la lesione del diritto personale alla genitorialità, diritto costituzionalmente garantito a norma degli artt. 2 e 29 Cost. È risarcibile il conseguente danno non patrimoniale, da intendersi nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica e da individuarsi nella forte sofferenza del genitore per non avere potuto assolvere ai doveri verso il figlio e per non aver potuto godere della presenza e dell'affetto del piccolo». In realtà, la fonte del diritto di un genitore di prendersi cura del minore insieme all'altro deriva primariamente dall'art. 30, 1° comma, Cost., pur rientrando certamente nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. nelle formazioni sociali ove si svolge la

La lesione del diritto del minore alla genitorialità può essere cagionata anche da chi (medico, ostetrica o altra persona che ha assistito al parto), pur essendovi tenuto, ha omesso di rendere la dichiarazione di nascita *ex art. 30*, d.p.r. n. 396/2000 sull'ordinamento di stato civile, nell'inerzia consapevole dei genitori (*rectius*, certamente con il tacito accordo della madre). Si pensi, ad esempio, alla volontà della madre di celare una relazione adulterina, ma senza avvalersi della possibilità di partorire in anonimato.

In questo caso, l'illecito è sempre plurisoggettivo e dà luogo a responsabilità solidale *ex art. 2055 c.c.*⁽⁸³⁾, concorrendo con l'omissione della madre o anche del padre quella del soggetto che deve rendere la dichiarazione di nascita in loro vece, salvi i profili di responsabilità penale, derivanti dal concorso nel reato di soppressione di stato (art. 566, 2° comma, c.p.)⁽⁸⁴⁾.

sua personalità. Lo stretto collegamento tra gli artt. 2 e 30 Cost. deve essere evidenziato al fine di chiarire che il concreto esercizio del diritto (inviolabile) del genitore trova un limite intrinseco nell'interesse del minore a vivere in un contesto familiare sereno, come nel caso in cui il giudice disponga l'affidamento esclusivo del figlio (art. 337 *quater*, 1° comma, c.c.) o quello temporaneo *ex art. 2*, 1° comma, l. adozione.

⁽⁸³⁾ Cfr. Cass., 25 settembre 2014, n. 20192, in *leggiditalia.it*: «L'unicità del fatto dannoso richiesta dall'art. 2055 c.c. ai fini della configurabilità della responsabilità solidale degli autori dell'illecito va intesa in senso non assoluto, ma relativo, in coerenza con la funzione propria di tale istituto di rafforzare la garanzia del danneggiato, sicché ricorre tale responsabilità pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni o omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti, e anche diversi, sempre che le singole azioni o omissioni, legate da un vincolo di interdipendenza, abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione dell'intero danno. Il giudice, quindi, qualora il fatto illecito fonte di danno si articoli in una pluralità di azioni od omissioni poste in essere da più soggetti, è tenuto a verificare, dandone conto in motivazione, se, alla luce del criterio predetto, ricorra un unico fatto dannoso, ovvero non si tratti, anche in parte, di episodi autonomi e scindibili, che abbiano a loro volta prodotto danni distinti, dei quali – sebbene tutti collocati all'interno di una serie causale unitaria – solo il partecipante a ciascun episodio può essere ritenuto responsabile, in forza del principio secondo cui ognuno risponde del solo evento di danno rispetto al quale la sua condotta, attiva o omissiva, opera come causa efficiente, ponendosi come antecedente causale necessario».

⁽⁸⁴⁾ Cass., 18 ottobre 1978, D.L., in *leggiditalia.it*: «Il reato di soppressione di stato (art. 566, comma secondo, c.p.) consiste nell'impedire al neonato l'acquisto dello stato civile spettantegli senza attribuirgliene uno diverso e si consuma facendo in modo che egli non risulti nato, e si trovi in vita senza che sia dato conoscere a quale famiglia appar-

Viceversa, se la madre ha esercitato il diritto al parto anonimo (art. 30, 1° comma, ordinamento di stato civile), l'illecito è escluso dalla causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. (esercizio di un diritto), anche nel caso in cui il minore abbia agito (tramite il suo rappresentante legale) per l'accertamento dello *status* ai sensi degli artt. 239 c.c. o 269 c.c.

La responsabilità aquiliana del genitore per mancato riconoscimento del figlio è, come si è visto nel paragrafo precedente, affermata dalla giurisprudenza quale violazione di obblighi genitoriali: pertanto non esistono precedenti giudiziali che si riferiscano alla lesione del diritto del minore al conseguimento dello *status filiationis*.

Tuttavia, non è condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il danno non patrimoniale del minore per "privazione della figura genitoriale", da liquidare in via equitativa *ex art. 1226 c.c.*, sia rapportato al danno da "perdita definitiva" (morte) del genitore, dal momento che il rapporto di filiazione non è mai sorto⁽⁸⁵⁾.

tenga». Nella specie, era stata occultata la nascita di un bambino al fine di sottrarsi alle conseguenze di una relazione adulterina. V. anche Cass., 21 maggio 2013, F. e C., *invi*: «Nel reato di soppressione di stato, la condotta di occultamento consiste nel nascondere per un apprezzabile periodo di tempo il neonato a tutti i soggetti legittimati a denunciarne la nascita all'ufficiale dello stato civile e si protrae fino alla dichiarazione "tardiva" o alla formazione di ufficio dell'atto di nascita». Nella specie, la S.C. ha ritenuto integrato il reato in un caso in cui, dopo una gravidanza ed un parto clandestini, e dopo l'elusione degli obblighi connessi a visite pediatriche, vaccinazioni ed iscrizioni a nidi di infanzia, il fanciullo era stato dichiarato dai genitori, entrambi coniugati con altre persone, a distanza di oltre quattro anni dalla nascita.

⁽⁸⁵⁾ Cfr., ad esempio, Trib. Milano, 23 luglio 2014, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 43, con nota di S. VERONESI, *Sulla determinazione tabellare del danno endofamiliare*: «Subisce un danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c. la figlia minore che, privata della figura genitoriale paterna, a causa del comportamento consapevolmente insensibile del padre, è costretta a condurre una vita carente delle molteplici attività realizzatrici della persona e dunque "qualitativamente" inferiore a quella che le sarebbe spettata in presenza di entrambe le figure genitoriali. Il pregiudizio subito dalle lesioni della situazione giuridica soggettiva costituzionalmente tutelata, nel caso di specie considerata "seria" e "grave", sfugge a precise quantificazioni in moneta e deve essere liquidato in via equitativa *ex art. 1226 c.c.* mediante il ricorso alle tabelle elaborate dall'Osservatorio sulla Giustizia civile, ed in particolare alla voce riguardante la "perdita definitiva" del genitore. L'importo corrispondente a tale voce di danno deve tuttavia essere adeguatamente rideterminato, in assenza del decesso della

La responsabilità è oggettiva, atteso che la tutela del diritto fondamentale del minore ad essere riconosciuto non può essere subordinata alla dimostrazione della colpevolezza del genitore. Trattandosi di illecito permanente la relativa azione risarcitoria deve inoltre ritenersi imprescrittibile.

figura genitoriale, nella misura pari ad un quarto dell'importo minimo stabilito». Sul punto, v. F. GALLETTI, *Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milano come possibile risposta al problema della relativa quantificazione*, in *Resp. civ. e pren.*, 2015, 562 ss. Sul ricorso alle tabelle elaborate dai giudici per valutare *ex ante* il danno non patrimoniale (sia pure personalizzate, cioè adeguate dal giudice alla specificità del caso concreto), v. G. PONZANELLI, *Tabelle*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 246 ss. Osserva, in proposito, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 609, che: «La quantificazione mediante una tabella può apparire un criterio primitivo, che sembra riportare al tempo dell'editto di Rotari e al guidrigildo. In realtà, essa costituisce un modo per assicurare l'oggettiva controllabilità delle decisioni; inoltre realizza una tendenziale coerenza delle decisioni stesse, con ciò rispondendo a un'ovvia esigenza».

